

Administratief Recht

Een actuele stand van zaken inzake overheidsopdrachten

David D'HOOGHE
deeltijds hoogleraar KU Leuven en advocaat-vennoot Stibbe

Nathanaëlle KIEKENS
advocaat Stibbe

I. Inleiding

1. In deze bijdrage wordt een beknopt overzicht gegeven van de actuele stand van zaken inzake overheidsopdrachten.

Op Belgisch niveau is de ‘nieuwe’ wet overheidsopdrachten van 2006, in 2013 ‘eindelijk’ in werking getreden. De doelstelling van de wet overheidsopdrachten van 2006 bestond erin de Europese richtlijnen van 2004 in Belgisch recht om te zetten. Het heeft bijna 10 jaar geduurd om de nodige uitvoeringsbesluiten uit te werken.

Het heeft in ieder geval lang genoeg geduurd, opdat het inmiddels tijd is om alweer nieuwe Europese richtlijnen te gaan omzetten in nationaal recht. Het Europees Parlement heeft op 15 januari 2014 een nieuw pakket overheidsopdrachtenrichtlijnen goedgekeurd. Na publicatie van deze teksten (in het Europees Publicatieblad), beschikken de lidstaten over 24 maanden voor de omzetting in nationaal recht.

In die periode heeft ook de rechtspraak, zowel van het Hof van Justitie, als – op Belgisch niveau – vooral de Raad van State, de krijtlijnen van het overheidsopdrachtenrecht verder uitgezet.

Een actuele stand van zaken van een materie waarin de Belgische regelgever er systematisch niet in slaagt de Europese regelgever bij te houden.

II. Rechtskader

§1. Europese context

2. In het Europees EU-basisverdrag wordt niet uitdrukkelijk verwezen naar overheidsopdrachten. De Verdragsregels houden niettemin een aantal basisverplichtingen van algemene aard in, de zgn. interne marktbeginnselen – met name het vrij verkeer van vestiging, goederen, diensten en kapitaal – het mededingsbeginsel en het non-discrimatiebeginsel.

3. Omdat de gunningsprocedures en de toepasselijke rechtsstelsels in de diverse lidstaten dermate specifiek bleken, en de nationale markten de facto voorbehouden bleven voor de nationale ondernemingen, werd een meer verregaand mechanisme nodig geacht om een geïntegreerde markt op het gebied van de overheidsopdrachten tot stand te brengen.

Vandaar dat sedert het begin van de jaren 1970 Europese richtlijnen werden uitgevaardigd met het oog op de coördinatie van de gunningsprocedures en, in een latere fase, de rechtsbescherming. Die coördinatie berust op basisprincipes, die – nog steeds – de hoekstenen vormen van het overheidsopdrachtenrecht, transparantie met aandacht voor bekendmaking en motivering, gelijke behan-

deling, een verbod van discriminerende specificaties en een toepassing van objectieve criteria.

4. Er hebben lange tijd drie afzonderlijke richtlijnen voor werken, leveringen en diensten bestaan die betrekking hadden op de gunningsprocedures (klassieke sectoren)¹. In 2004 werd één richtlijn aangenomen ter vervanging van de drie voormelde richtlijnen in de klassieke sectoren (tegelijk voor werken, leveringen en diensten)².

5. Daarnaast werd Europees ook een specifieke richtlijn uitgewerkt voor de overheidsopdrachten in de nutssectoren (water, energie en vervoer)³. Intussen werd ook een specifieke richtlijn uitgevaardigd betreffende opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied⁴.

De voornaamste reden voor de bijzondere regeling voor de nutssectoren⁵ houdt verband met de volgende elementen:

- i) het gaat om sectoren waarvoor de dienstverlening in sommige landen door overheidsinstanties gebeurt en in andere door privaatrechtelijke rechtspersonen, waardoor een verwijzing naar het begrip '*aanbestedende overheid*' tot – ongewenst – gevolg zou hebben dat de regelgeving slechts in een beperkt aantal landen van toepassing zou zijn;
- ii) er bestaat niettemin een grote betrokkenheid van overheidswege, bijvoorbeeld doordat exclusieve rechten worden toegekend en/of door een belangrijke aanwezigheid van de overheid in de beheersstructuren;
- iii) het gaat om een commerciële activiteit.

Het betreft (in huidige stand van het recht) volgende sectoren: water, energie, vervoer en post (en aldus geen telecom meer).

Voorts zijn er ook specifieke richtlijnen inzake rechtsbescherming. Als uitgangspunt geldt dat het geen zin heeft om in een communautaire coördinatie

¹ Richtlijn 93/36 van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van leveringen, *Pb.* nr. L 199/1 van 9 augustus 1993; Richtlijn 93/37 van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, *Pb.* nr. L 199/54 van 9 augustus 1993; Richtlijn 92/50 van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, *Pb.* nr. L 209 van 24.7.1992, 1.

² Richtlijn 2004/18.

³ Richtlijn 93/38 van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, *Pb.* nr. L 199 van 9 augustus 1993, 84, vervolgens Richtlijn 2004/17.

⁴ Richtlijn 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG.

⁵ Er is op te merken dat op Belgisch niveau thans terminologisch gesproken wordt van 'speciale sectoren'.

van de gunningsprocedures te voorzien wanneer er geen sancties gekoppeld worden aan de niet-naleving van die regels⁶.

6. De Europese richtlijnen zijn slechts van toepassing op opdrachten boven welbepaalde drempelbedragen. Voor 2014 bedragen die drempels 5.186.000 euro voor werken, 207.000 euro voor leveringen en diensten in de klassieke sectoren en 414.000 euro voor leveringen en diensten in de speciale sectoren.

7. Het Europees Parlement heeft op 15 januari 2014 het wetgevingspakket inzake de modernisering van de Europese overheidsopdrachtenrichtlijnen goedgekeurd. De nieuwe richtlijnen vervangen de bestaande richtlijnen 2004/18 (klassieke sectoren) en 2004/17 (nuts speciale sectoren) én voeren een nieuwe richtlijn in die de gunning van concessies regelt. De EU hoopt met deze hervorming de doeltreffendheid en efficiëntie van overheidsopdrachten verder te vergroten en aanbesteders in staat te stellen overheidsopdrachten beter te gebruiken om strategisch maatschappelijke doelen te bereiken (o.m. op het vlak van milieu, innovatie, werkgelegenheid en maatschappelijke integratie) (zie verder – randnummers 70 e.v.).

§2. Belgische context

8. De eerste sporen van een wetgeving betreffende de overheidsopdrachten zijn te vinden in de wet op de comptabiliteit van de Staat van 15 mei 1846. Reeds toen werden de basisprincipes neergelegd, te weten: de opdrachten worden gegund op basis van mededinging, na openbaarmaking, tegen een vaste prijs en waarbij betalingen enkel gebeuren voor verstrekte en aanvaarde prestaties.

9. De wetgeving werd door de jaren heen meermaals grondig herwerkt met de wet van 14 maart 1963, de wet van 14 juli 1976, de wet van 24 december 1993 en tot slot de wet van 15 juni 2006.

Ter implementatie van de Europese richtlijnen van 2004 werd in 2006 de wet van 15 juni 2006 aangenomen. Deze wetgeving trad maar niet in werking, zodat de noodzakelijke aanpassingen (om het Belgisch overheidsopdrachtenrecht richtlijnconform te maken) grotendeels gerealiseerd werden door wijzigingen in de wet van 24 december 1993 en diens uitvoeringsbesluiten.

⁶ Richtlijn 89/665 van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, *Pb.* nr. L 395 van 30 december 1989, 33. Richtlijn 92/13 van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, *Pb.* nr. L 76 van 23.3.1992, 14. Beide Richtlijnen werden aangepast bij Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007.

In 2013 is de wet van 15 juni 2006 alsnog in werking getreden. Deze is van toepassing, zowel voor de klassieke sectoren als de nutssectoren, voor de opdrachten geplaatst na 1 juli 2013. De rechtsbeschermingsregeling – die eerder was geïncorporeerd in de wet van 24 december 1993 – is thans terug te vinden in de wet van 17 juni 2013.

10. In de Belgische wetgeving kunnen eigenlijk drie verschillende gunningsstelsels worden onderscheiden, met name de klassieke sectoren⁷, de speciale sectoren⁸ en de speciale sectoren voor privéondernemingen⁹. De diverse uitvoeringsbesluiten (koninklijke besluiten) sluiten daarbij aan. Bovendien de koninklijke besluiten die specifiek betrekking hebben op de gunningsprocedures, kent de Belgische wetgeving sedert lang ook specifieke regels voor de uitvoering van overheidsopdrachten¹⁰. Er is bij KB een soort ‘bindend’ contractenrecht uitgewerkt. Nieuw is dat de uitvoeringsregels en de (algemene) uitvoeringsvoorwaarden (vroeger gevoegd als bijlage bij het KB – de zgn. algemene aannemingsvoorwaarden) thans geïntegreerd worden in één tekst.

11. Ondanks de omvangrijke regelgevende teksten, is ook rekening te houden met de rechtspraak dienaangaande (vooral van het Hof van Justitie en de Raad van State), waarbij veel aandacht gaat naar de beginselen die geacht worden inherent deel uit te maken van het overheidsopdrachtenrecht.

III. Basisbeginselen

12. In de internrechtelijke benadering staan historisch vooral de vrijwaring van de financiële belangen van de besturen en de gelijkheid van de kandidaten centraal. Dit werd gekoppeld aan het basisbeginsel van de ‘vaste prijs’ en het beginsel dat betaling enkel voor verstrekte en aanvaarde prestaties mag gebeuren (in beginsel dus geen voorschotten)¹¹.

13. Het beginsel van de vaste prijs of het forfait betekent dat de inschrijver er zich onvoorwaardelijk moet toe verbinden om de opdracht, zoals beschreven in het bestek, uit te voeren tegen een vooraf bepaalde en ‘vaste’ prijs. Dit betekent dat een verkeerde inschatting aangaande de omvang van de prestaties, die te verwachten moeilijkheden bij de uitvoering, enz. behoren tot het normale ondernemingsrisico.

14. In de wet 2006 is er een belangrijke nuancering op het principe van de vaste prijs ingevoerd. Thans geldt er principieel een wettelijke verplichting tot prijsherziening in het licht van bepaalde economische factoren die de prijs beïnvloeden (cf. idee van de indexering). Slechts in uitzonderlijke gevallen, met

⁷ KB Plaatsing klassieke sectoren 15 juli 2011.

⁸ KB Plaatsing speciale sectoren 16 juli 2012.

⁹ KB 24 juni 2013.

¹⁰ Die zijn thans te vinden in het KB Uitvoeringsregels 14 januari 2013.

¹¹ Art. 6 en 7 Wet 2006.

name voor opdrachten van geringere waarde of kortlopende opdrachten, kan hiervan afgeweken worden.

15. Een tweede nuancering op het voormelde principe, en eigen aan het overheidsopdrachtenrecht, is de regeling voor ‘onvoorziene omstandigheden’ (als een toepassing van de imprevisie in Belgisch recht). Bij onvoorziene omstandigheden waaraan de aanbestedende overheid vreemd is, kan de aannemer een herziening van de voorwaarden van de opdracht vragen wanneer hij kan bewijzen dat hij een zeer belangrijk nadeel geleden heeft¹². In het uitvoeringsKB worden de toepassingsvoorwaarden nader bepaald, met name kan in dit specifieke geval wel om verbreking of herziening van de overeenkomst gevraagd worden, door omstandigheden te doen gelden, die redelijkerwijze niet konden worden voorzien, die men niet kon ontwijken en waarvan men de gevolgen niet kon verhelpen, niettegenstaande al het nodige daartoe werd gedaan. De omvang van het geleden nadeel wordt uitsluitend beoordeeld op basis van de elementen die eigen zijn aan de opdracht in kwestie. Voor het eerst wordt de drempel van het zeer belangrijke nadeel vastgesteld, namelijk op hetzij 2,5 percent van het initiële opdrachtbedrag, hetzij 100.000 euro.

Vanuit de Europeesrechtelijke benadering staan verder vooral transparantie, gelijke behandeling en mededinging centraal. Zo is uitdrukkelijk bepaald dat *‘de aanbestedende overheden de aannemers, de leveranciers en de dienstverleners op gelijke, niet-discriminerende en transparante wijze behandelen’*.¹³ Een en ander wordt verder uitgewerkt op het vlak van bekendmaking, termijnen en gunningsprocedures.

Teneinde de integriteit en eerlijke mededinging te verzekeren, zijn een aantal basisgaranties in de wet opgenomen. Het betreft o.m. het verbod op belangenvermenging¹⁴ en de sanctionering van verboden afspraken, wanneer die de normale mededingingsvoorwaarden zouden vertekenen¹⁵.

Het ‘frauduleus’ belemmeren of storen van de eerlijke mededinging wordt zelfs strafrechtelijk gesanctioneerd¹⁶.

IV. Personeel toepassingsgebied

16. De overheidsopdrachtenreglementering kent een specifiek personeel toepassingsgebied, dat niet noodzakelijk gelijk loopt met andere (Belgische) bestuursrechtelijke regelingen die uitgaan van de noties ‘administratieve overheid’, ‘bestuursinstantie’, enz.

¹² Art. 56 KB van 14 januari 2013. Een gelijkaardige regeling geldt wanneer de aannemer ten gevolge van onvoorziene omstandigheden een zeer belangrijk voordeel heeft genoten.

¹³ Art. 5 Wet 2006.

¹⁴ Art. 8 Wet 2006.

¹⁵ Art. 9 Wet 2006.

¹⁶ Art. 314 Strafwetboek; VAN BAVEL, H., VANDENDRIESSCHE, F., Gunningsfraude en strafrechtelijke bescherming van vrijheid van opbod *T.Gem.* 2012, afl. 3, 190-201.

Overeenkomstig de artikelen 12 en 2, 1° van de Wet 2006 is de overheidsopdrachtenreglementering (klassieke sectoren) van toepassing op ‘aanbestedende overheden’, met name de Staat; de territoriale lichamen en de publiekrechtelijke instellingen, alsmede de verenigingen gevormd door een of meerdere van deze. Verder wordt ook verwezen naar een open categorie, namelijk de rechtspersonen die, enerzijds, een doelstelling van algemeen belang nastreven dat niet van industriële of commerciële aard is en, anderzijds, onder determinerende overheidsbeïnvloeding staan (via financiering, toezicht of de samenstelling van de beslissende organen) (art. 2, 1°, d).

17. Vooral de wijze waarop die criteria moeten worden geïnterpreteerd, heeft al tot heel wat rechtspraak – vooral van het Hof van Justitie – aanleiding gegeven. Het gaat immers om criteria die in de richtlijnen zijn vastgesteld. Het komt finaal dan ook niet aan de lidstaten toe om te bepalen op welke wijze deze ingevuld moeten worden.

18. Wel werden er lijsten opgesteld van de instellingen die geacht worden aan de criteria inzake doelstelling van algemeen belang en determinerende overheidsbeïnvloeding te voldoen. Het gaat evenwel slechts om een indicatie. Niet de vermelding op die lijsten maar wel het vervuld zijn van de criteria, is determinerend voor de (niet-)toepasselijkheid van de regelgeving.

19. Behalve wanneer voldaan is aan de voorwaarden voor de zgn. quasi-inhouse, zijn ook opdrachten tussen aanbestedende overheden onderworpen aan de toepassing van de wetgeving overheidsopdrachten.

De Wet 2006 bevat evenwel volgende wettelijke uitzondering: een aanbestedende overheid die een beroep doet op een aankoop- of opdrachtcentrale is vrijgesteld van de verplichting om zelf een gunningsprocedure te organiseren. Een aankoopcentrale of opdrachtcentrale is een aanbestedende overheid die leveringen of diensten verwerft die bestemd zijn voor andere aanbestedende overheden of zelf overheidsopdrachten of raamovereenkomsten plaatst met betrekking tot werken, leveringen of diensten die bestemd zijn voor andere aanbestedende overheden¹⁷.

20. Verder gelden de meeste bepalingen inzake overheidsopdrachten ook voor rechtspersonen die voor de uitvoering van werken of diensten voor meer dan 50% subsidies genieten¹⁸.

21. Inzake de reglementering voor de nutssectoren is de toepasselijkheid gericht op overheidsbedrijven, evenals op privébedrijven die genieten van bijzondere of exclusieve rechten¹⁹.

¹⁷ Art. 2, 4° en 15 en 59 Wet 2006.

¹⁸ Art. 13 Wet 2006

¹⁹ Art. 44 Wet 2006.

V. Wat zijn overheidsopdrachten?

22. Niet ieder contract gesloten door een aanbestedende overheid is een overheidsopdracht. Er is pas sprake van een overheidsopdracht wanneer het gaat om een overeenkomst onder bezwarende titel die wordt gesloten tussen één of meer aannemers, leveranciers of dienstverleners en één of meer aanbestedende overheden of overheidsbedrijven en die betrekking heeft op het uitvoeren van werken, het leveren van producten of het verlenen van diensten, zoals nader bepaald in de overheidsopdrachtenreglementering.

23. Werken worden functioneel omschreven. Het moet gaan om een ‘werk op maat’, om aan de vastgestelde behoeften van de overheid te voldoen. Leveringen hebben altijd producten tot voorwerp. Wat de overheidsopdrachten voor diensten betreft, is het bijzonder moeilijk gebleken om er een algemene omschrijving van te geven, gezien het heterogene karakter ervan. Uiteindelijk werd er – zoals ook Europees voorzien – de voorkeur aan gegeven om de diensten waarop de wet van toepassing is, in bijlage van de wet op te nemen.

Er wordt een onderscheid gemaakt tussen prioritaire A-diensten en niet-prioritaire B-diensten. De zogenaamde A-diensten (of prioritaire diensten) zijn onderworpen aan regels die gelijkaardig zijn aan deze die gelden voor opdrachten van werken en leveringen. De niet-prioritaire B-diensten zijn (Europees) slechts aan een uiterst beperkt aantal voorschriften onderworpen. Ook nationaal, hoewel wel stringenter geregeld, geldt onder de toepassing van de Wet 2006 voor B-diensten een soepeler regime.

Het betreft onder meer volgende versoepelingen:

- Alle B-diensten onder de Europese drempelbedragen kunnen gegund worden middels een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking²⁰;
- Ongeacht het bedrag kunnen alle B-diensten steeds gegund worden middels een onderhandelingsprocedure met bekendmaking;
- Er is een soepeler gebruik van selectiecriteria als gunningscriteria;
- Er is een soepeler gebruik van de weging van de gunningscriteria mogelijk;
- Er is geen verplichte wachttermijn.

VI. Gunningswijzen

§1. Algemeen

24. De wijze waarop de mededinging voor overheidsopdrachten wordt georganiseerd, wordt in eerste instantie bepaald door de gekozen gunningswijze. Er bestaan verschillende gunningsprocedures.

25. In de eerste plaats bestaat er het onderscheid tussen aanbesteding (laagste prijs) en offerteaanvraag (economisch meest voordelig in het licht van de gun-

²⁰ Art. 105 PlaatsingsKB.

ningscriteria). Verder wordt ook een onderscheid gemaakt tussen open en beperkte procedures²¹.

Bij open en beperkte procedures is het – in de klassieke sectoren althans – niet toegelaten om tot onderhandelingen over te gaan.

Die mogelijkheid is enkel voorzien in geval van onderhandelingsprocedure en in een specifieke fase van de concurrentiedialoog, met name de dialoogfase. Deze procedures kunnen niet ‘standaard’ gebruikt worden in klassieke overheidsopdrachten.

§2. Verruiming van de toepassingsgevallen van de onderhandelingsprocedure

26. In uitzonderlijke gevallen – die in artikel 26 van de wet zijn opgesomd – is het echter wel mogelijk om een opdracht te gunnen op basis van *onderhandelingen* (onderhandelingsprocedure, met of zonder bekendmaking).

De gevallen waarin op een onderhandelingsprocedure een beroep kan worden gedaan in de klassieke sectoren, worden in de Wet 2006 (nog steeds) beperkt, weze dat er een zekere verruiming vast te stellen is, zeker voor opdrachten die onder de Europese drempels vallen.

27. Overeenkomstig de Wet 2006²² bedraagt de drempel voor een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking maximaal € 85.000 in de klassieke sectoren en € 170.000 in de speciale sectoren (zie art. 105 PlaatsingsKB). Ook gelegenhedaankopen (leveringen), zoals aankopen op grondstoffenmarkten of ‘buitenkansen’ bij faillissement kunnen rechtstreeks aangekocht worden.

28. Voor alle leveringen en diensten onder de Europese drempel (200.000 euro) en voor werken van eerder geringe waarde (600.000 euro) kan nu steeds beroep gedaan worden op een onderhandelingsprocedure met bekendmaking. Ook is voorzien in een procedurele vereenvoudiging, en kan voor deze opdrachten een ‘eenstapsprocedure’ georganiseerd worden²³.

²¹ *Open procedures* worden gekenmerkt door het feit dat alle belanghebbenden voor de in mededinging gestelde opdracht een inschrijving kunnen indienen. Bij *beperkte procedures* daarentegen mogen alleen die inschrijvingen in aanmerking worden genomen die uitgaan van de aannemers, leveranciers of dienstverleners die daartoe door de aanbestedende diensten werden uitgenodigd.

²² Art. 26, §1 Wet 2006.

²³ Art. 2, 3° PlaatsingsKB - vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

§3. ‘Nieuwe’ gunningswijze: concurrentiedialoog

29. De toepassingsvoorwaarden van de concurrentiedialoog worden bepaald in artikel 27 van de Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006. Het gaat om een vrij letterlijke overname van de Europese Richtlijn 2004/18²⁴.

30. Vereist is dat het gaat om een ‘*bijzonder ingewikkelde opdracht*’, met name moet voldaan zijn aan volgende cumulatieve voorwaarden:

- de aanbestedende overheid is objectief niet in staat technische middelen te bepalen die aan haar behoeften kunnen voldoen of de aanbestedende overheid is objectief niet in staat te beoordelen wat de markt te bieden heeft op het vlak van technische, financiële of juridische oplossingen;
- de aanbestedende overheid is van oordeel dat de opdracht onmogelijk via open of beperkte procedures kan geplaatst worden.

Het betreft – net als de onderhandelingsprocedure – een uitzonderingsprocedure, die niet ‘naar goedgevoelen’ kan toegepast worden.

31. Net zoals de aanwending van de onderhandelingsprocedure, moet het gebruik van de concurrentiedialoog uitdrukkelijk worden gemotiveerd²⁵.

32. Het verloop van de dialoog wordt niet in detail uitgewerkt in de regelgeving, weze dat ter zake wel het gelijkheidsbeginsel dient te worden nageleefd en dat een aantal procedurele principes reglementair vastgelegd is²⁶. Tijdens de dialoog kan de aanbestedende overheid met de deelnemers alle aspecten van de opdracht bespreken (technisch, maar ook financieel en juridisch). De aanbestedende overheid zet de dialoog voort totdat zij, na vergelijking en op grond van de gunningscriteria, kan bepalen welke oplossing of oplossingen aan haar behoeften en eisen kan of kunnen voldoen. Het is ‘eigen’ aan de concurrentiedialoog dat, in tegenstelling tot de open of beperkte procedure, wel onderhandelingen over alle elementen van de opdracht mogelijk zijn. In tegenstelling tot de onderhandelingsprocedure, worden de onderhandelingen evenwel gebundeld in een specifieke fase in het gunningsproces voorafgaand aan de finale indiening van de offerte, met name de ‘dialoog’.

²⁴ Zie ook D. D’HOOGHE en S. JOCHEMS, ‘De ‘concurrentiegericht dialoog’: much ado about nothing?’, *TBP* 2005, 511 *et seq.*

²⁵ Art. 8 KB 12 augustus 2011.

²⁶ Art. 113 *et seq.* KB Plaatsing. S. ARROWSMITH en S. TREUMER, ‘Competitive dialogue in the EU’ in S. ARROWSMITH en S. TREUMER (eds.), *Competitive Dialogue in EU procurement*, Cambridge, University Press, 2012, 71.

§4. Flexibele gunningswijzen voor complexe opdrachten²⁷

A. Op heden geen veralgemeende flexibele uniforme gunningswijze voor complexe opdrachten

33. Zeker in geval van eerder complexe opdrachten, vormen de standaardprocedures veelal geen geschikte gunningswijze om op efficiënte wijze een project te realiseren.

Besprekingen met de inschrijvers zijn dan integendeel nodig om een kwaliteitsvolle value for money-oplossing te bekomen:

- Het is eigen aan de onderhandelingsprocedure dat de aanbestedende overheid met een aantal gekozen ondernemers ‘overleg pleegt’ en door onderhandelingen met een of meer van hen de contractuele voorwaarden vaststelt²⁸. Voor wat betreft de ‘klassieke sectoren’ kan de opdracht slechts op grond van een onderhandelingsprocedure worden gegund in de gevallen welke limitatief in de overheidsopdrachtenreglementering zijn opgesomd. Voor wat betreft de ‘nutssectoren’²⁹ (net als voor de ‘bijzondere’ opdrachten op het gebied van veiligheid en defensie), kan wel een vrij beroep gedaan worden op de onderhandelingsprocedure (met voorafgaande bekendmaking).
- Daarnaast bestaat er ook de ‘concurrentiedialoog’. De concurrentiedialoog betreft een procedure waarbij de aanbestedende overheid een dialoog voert met de geselecteerde kandidaten, om een of meer oplossingen uit te werken die aan de behoeften van de aanbestedende overheid beantwoorden. Op grond van de resultaten van de dialoog worden de gekozen kandidaten uitgenodigd om een offerte in te dienen die dient als basis voor de gunning van de opdracht³⁰.

Er is op te merken dat de reglementering nutssectoren heden niet voorziet dat gebruik kan gemaakt worden van de procedure van de concurrentiedialoog. In de toekomst, op basis van de nieuwe richtlijnen, wordt deze mogelijkheid wel uitdrukkelijk voorzien.

²⁷ D. D’HOOGHE en N. KIEKENS, Valt de knoop van concurrentiedialoog en onderhandelingsprocedure ooit te ontwarren?, in S. VAN GARSSE, Concurrentiedialoog, Brugge, Die Keure, nog te verschijnen.

²⁸ Art. 1.11, d Richtlijn 2004/18.

²⁹ In de wet van 15 juni 2006 en de uitvoeringsbesluiten wordt het begrip ‘speciale sectoren’ gehanteerd.

³⁰ Art. 1.11, c Richtlijn 2004/18; art. 3, 9° wet 15 juni 2006.

B. Hoe verhouden concurrentiedialoog en de onderhandelingsprocedure zich tot elkaar?

34. De toepassingsgevallen voor het gebruik van de onderhandelingsprocedure (met bekendmaking) zijn exhaustief opgesomd in de regelgeving³¹.

35. De mogelijke ‘overlap’ en de vraagstelling naar de verhouding tussen beide procedures doet zich vooral voor ten aanzien van de volgende toepassingsgevallen:

- wanneer het in uitzonderlijke gevallen gaat om werken, leveringen of diensten waarvan de aard of de onzekere omstandigheden verhinderen op voorhand een globale prijs vast te stellen;
- in het geval van een overheidsopdracht voor diensten, voor zover door de aard van de te verlenen diensten de specificaties van de opdracht niet voldoende nauwkeurig kunnen worden vastgesteld om de opdracht bij open of beperkte procedure te plaatsen.

36. Vaak zullen ‘bijzonder ingewikkelde opdrachten’ die aanleiding kunnen geven tot een procedure van concurrentiedialoog immers ook opdrachten kunnen zijn die op grond van de voorgaande geciteerde bepalingen ook in aanmerking kunnen komen voor een onderhandelingsprocedure met bekendmaking en *vice versa*.

37. De keuze tussen beide procedures – indien voorhanden – zal in concreto afhankelijk zijn van de vraag wanneer en waarover in het gunningstraject gesprekken met de inschrijvers nodig zijn.

- Indien in hoofdzaak gesprekken over het project zelf *c.q.* de behoeften nodig zijn, en aldus over het bestek moet worden onderhandeld, omdat de aanbestedende overheid zich geconfronteerd weet met een ‘hinderpaal’ om een gedegen bestek op te stellen, zal de concurrentiedialoog in beginsel de meest aangewezen procedure zijn. De dialoog heeft immers precies tot doel na te gaan en te bepalen welke middelen ‘best’ geschikt zijn om zo goed mogelijk aan de behoeften van de aanbestedende overheid te voldoen. Hierbij ligt de nadruk in principe op de besprekingen voorafgaand aan de indiening van de offertes. De gesprekken dienen te worden geconcentreerd in de zgn. dialoogfase. Na de dialoogfase moeten wel nog ‘definitieve offertes’ worden ingediend op basis van de tijdens de dialoog voorgelegde en gespecificeerde oplossing of oplossingen, en zijn besprekingen – in theorie – maar beperkt mogelijk.
- In het kader van de onderhandelingsprocedure ligt de klemtoon in principe op de besprekingen na de indiening van de offertes. Er wordt dan met name onderhandeld over de door de inschrijvers op basis van het bestek ingediende offertes, teneinde deze aan te passen aan de eisen die in de opdrachtdocumenten zijn opgenomen, en teneinde het beste bod te zoeken. De flexibiliteit die beoogd wordt, is dan eerder toegespitst op de fase van het overleg met de ondernemers om de (contractuele) voorwaarden vast te

³¹ Zie thans art. 26, § 2 wet 15 juni 2006.

stellen en hun offerte te optimaliseren. Onderhandelingen zijn in beginsel mogelijk tijdens de ganse gunningsfase, voor zover de mededinging en gelijke behandeling van de inschrijvers niet in het gedrang komt³². Het verloop van de onderhandelingen is niet op een gelijkaardige wijze als bij de concurrentiedialoog reglementair ingeperkt en kent dus de ruimste marge aan flexibiliteit binnen de algemene principes die het overheidsopdrachtenrecht beheersen.

38. Besluitend kunnen we stellen dat, ook al kunnen concurrentiedialoog en onderhandelingsprocedure nagenoeg worden ingevuld op een wijze dat er ook over de (ontwerp)offertes wordt onderhandeld (bij een concurrentiedialoog) dan wel dat er ook over het bestek wordt onderhandeld (bij een onderhandelingsprocedure), de finaliteit van beide procedures wel duidelijk van elkaar kunnen worden onderscheiden.

Is de aanbestedende overheid niet in staat om een bestek op te stellen op grond waarvan (vergelijkbare) offertes kunnen worden ingediend en beoordeeld, dan is de concurrentiedialoog de aangewezen procedure. Is de overheid wel in staat om een dergelijk bestek op te stellen, maar is er nood om de offertes op de specifieke behoeften van de aanbestedende overheid af te stemmen, dan zal de onderhandelingsprocedure normaliter de meest aangewezen procedure zijn.

39. Het valt te betreuren dat de keuze tussen de beide procedures in beginsel niet door de finaliteit ervan mag worden bepaald. Het zijn de voorwaarden die wettelijk zijn bepaald die bepalen welk van beide procedures zich opdringt, en in beginsel bestaat er ter zake dus geen vrije keuze. Evenwel, zoals gezegd, zullen sommige complexe opdrachten het beroep op beide procedures kunnen verantwoorden, in welk geval wel degelijk een keuze in functie van de finaliteit van de procedure mogelijk is en, meer nog, aangewezen is.

40. De nieuwe Europese richtlijnen trachten een antwoord te bieden op deze problematiek:

- Er komt een duidelijkere gelijkschakeling van de procedures waarop – in het vigerend recht – slechts in beperkte gevallen een beroep mag worden gedaan. De concurrentiedialoog en onderhandelingsprocedure (met bekendmaking) worden als gelijkwaardige flexibele procedures beschouwd, in die gevallen waarin het beroep op een flexibele procedure nader moet worden verantwoord in het licht van de ter zake geldende voorwaarden³³. Een cascaderегeling of een moeilijke toetsing van de voor de diverse procedures geldende onderscheiden voorwaarden is niet (langer) aan de orde.
- De toepassingsgevallen om beroep te doen op een van deze procedures zijn in beginsel gelijk en ruimer dan de huidige toepassingsgevallen.
- Voorts is er ook een bevestiging te vinden van de onderscheiden finaliteit van de procedures. Afhankelijk van de wijze waarop het project overleg nodig maakt, zal hetzij beroep moeten gedaan worden op de onderhande-

³² Art. 11 en 30 Richtlijn 2004/18.

³³ Werkdocument Europees Parlement 23 februari 2012, Commissie interne markt en consumentenbescherming, rapporteur Marc TARABELLA. Zie ook artikel 26 – keuze van procedure – van de Richtlijn Klassieke Sectoren.

lingsprocedure met bekendmaking, hetzij op de concurrentiedialoog. Onderscheidend criterium vormt het voorwerp en zwaartepunt van het overleg, hetzij ‘het bestek’, hetzij ‘de ingediende offertes’.

VII. Verloop van het plaatsen van een overheidsopdracht³⁴

§1. Terminologische ‘vernieuwing’ op Belgisch niveau

41. Terminologisch werd in de Wet 2006 een nieuw begrippenapparaat ingevoerd. Er is generiek sprake van het ‘plaatsen’ van overheidsopdrachten (art. 16 Wet 2006). De gunning van de opdracht betreft de beslissing van de aanbestedende overheid om de gekozen inschrijver aan te wijzen (eenzijdige beslissing) (art. 3, 16° Wet 2006). De sluiting van de opdracht is de totstandkoming van de contractuele band tussen enerzijds de aanbestedende overheid en anderzijds de opdrachtnemer (contract) (art. 3, 17° Wet 2006).

§2. Bekendmaking

42. De modaliteit van aankondiging is afhankelijk van de geraamde waarde van de opdracht (Hfdst. 3 PlaatsingsKB). Opdrachten onderworpen aan Europese bekendmaking moeten worden bekendgemaakt in het Europees Publicatieblad en het Bulletin. Opdrachten enkel onderworpen aan Belgische bekendmaking worden enkel in het Bulletin bekendgemaakt. Ter zake is er rekening te houden met elektronische platformen, zowel op Belgisch als Europees niveau. De elektronische platformen zijn van belang, want er bestaat de mogelijkheid om de termijnen voor indiening van offertes in te korten bij e-procurement (art. 46-47 PlaatsingsKB). Ook bevat het KB een uitgewerkte regeling voor het gebruik van elektronische middelen.

43. Als principe geldt dat er een individuele aankondiging per opdracht moet gebeuren (art. 40).

Voor opdrachten onder de drempel bestaat er thans een specifieke mogelijkheid, ook in de klassieke sectoren, *tot ‘bundeling’* van meerdere opdrachten in een enkele aankondiging, met name de lijst van geselecteerden (art. 41, §2 KB), die een gesloten lijst voor maximaal 3 jaar is, of het kwalificatiesysteem (art. 41, §3 KB), die weliswaar een open lijst doch op regelmatige tijdstippen moet bijgewerkt worden. Dit staat echter enkel open voor recurrente aankopen.

³⁴ Tenzij anders vermeld, wordt voor de verwijzingen verwezen naar het PlaatsingsKB voor de klassieke sectoren, met name het KB van 15 juli 2012.

§3. Toegangsrecht

44. In de Europese richtlijnen wordt de beslissing over de keuze van de contractant (nog steeds) opgedeeld in drie verschillende fasen. Ook op Belgisch niveau is dit op die wijze uitgewerkt in de huidige overheidsopdrachtenreglementering.

45. Eerst gebeurt de uitsluiting van de inschrijvers die niet als betrouwbaar kunnen worden beschouwd (= toegangsrecht) (art. 20 Wet 2006). De betrouwbaarheidscriteria hebben betrekking op de zgn. moraliteit van de onderneming, met name of de onderneming niet in staat van faillissement of vereffening is, en of de onderneming wel in orde is met haar sociale bijdragen en fiscale verplichtingen. Er zijn diverse inhoudelijke bijstellingen / wijzigingen t.o.v. het eerdere rechtsregime, zonder dat fundamentele wijzigingen zich ter zake voordoen. Wel nieuw is dat het toegangsrecht geldt op het niveau van de afzonderlijke ondernemingen. Het is van rechtswege van toepassing op ieder lid afzonderlijk van consortia en van de ondersteunende entiteiten (art. 66 KB en art. 74 KB).

§4. Kwalitatieve selectie

46. Vervolgens worden de inschrijvers geselecteerd die uit technisch, financieel en economisch oogpunt geschikt zijn om de in mededinging gestelde opdracht uit te voeren (= kwalitatieve selectie).

47. Er wordt ook bepaald aan de hand van welke documenten en referenties die criteria zijn te beoordelen. De kwalitatieve selectie-eisen en bewijzen die desbetreffend kunnen gevraagd worden, zijn bij opdrachten boven de Europese drempel limitatief bepaald. Er kunnen dus geen andere vereisten opgelegd worden. Voor opdrachten onder de Europese drempel beschikt een aanbestedende overheid thans over meer vrijheid bij de invulling en toepassing van de selectiecriteria (art. 73 KB).

Hierbij is te beklemtonen dat de selectieregeling niet noodzakelijk geldt bij de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking³⁵. De opdrachtdocumenten kunnen evenwel anders bepalen.

Ook in de reglementering nutssectoren wordt een onderscheid gemaakt tussen selectie en gunning. Wel is het zo dat de regeling in de nutssectoren minder gedetailleerd uitgewerkt is, en aldus meer ruimte laat voor de invulling en toepassing van de selectiecriteria (zie art. 63 KB Plaatsing Speciale Sectoren).

³⁵ Art. 106 PlaatsingsKB.

§5. Gunning van de opdracht

48. De gunning van de opdracht gebeurt op grond van de in het bestek vastgestelde gunningscriteria (= gunningsfase). Voorafgaand wordt de regelmatigheid van de offertes nog onderzocht.

A. Regelmatigheidsonderzoek

49. De vereiste dat enkel regelmatige inschrijvingen voor de gunning van een opdracht in aanmerking kunnen komen, is nauw verbonden met de voor een effectieve mededinging vereiste gelijke behandeling van de verschillende inschrijvers. Verschillende inschrijvingen die niet hetzelfde project beogen, kunnen immers niet ernstig met elkaar worden vergeleken.

50. Er is vooreerst een onderscheid te maken tussen:

- De regelmatigheid op het inhoudelijk vlak (materiële regelmatigheid) en de regelmatigheid op het vormelijke vlak (formele regelmatigheid).
Hierbij is op te merken dat voortaan strenger wordt toegezien op de tijdige indiening van offertes. Laattijdigheid wordt nog strenger bestraft (art. 90 KB). Ook de ondertekening is een belangrijk, en streng gesanctioneerd, vormvoorschrift (art. 82 KB).
Inhoudelijk zijn er een aantal kernvereisten, waarvan in principe – volgens de reglementering – nooit mag afgeweken worden. Het bestek zal ter zake een grote rol spelen, en bevat belangrijke indicaties omtrent het ‘essentieel’ karakter van een bepaling, waarvan niet mag afgeweken worden.
- Als er een tekortkoming vastgesteld wordt (een ‘onregelmatigheid’), is er een onderscheid te maken naargelang de sanctie die gekoppeld wordt aan de tekortkoming: de substantiële onregelmatigheid (de tekortkoming leidt tot een absolute nietigheid) en de relatieve onregelmatigheid (de tekortkoming leidt tot een relatieve nietigheid). Dit onderscheid was vooral in de rechtspraak van de Raad van State terug te vinden. Thans is dit hernomen in de tekst van het KB. De bepalingen hierover zijn evenwel niet erg helder (art. 95 KB).

51. Een belangrijk luik van het regelmatigheidsonderzoek, vormt het prijszonderzoek. Dit is overigens het enige aspect inzake regelmatigheid dat (deels) Europees geregeld is.

De bepalingen inzake het prijszonderzoek en offertes met abnormale prijzen zijn bijgesteld (art. 99 én art. 21). Er geldt voortaan uitdrukkelijk een algemene reglementaire verplichting om alle offertes aan een prijszonderzoek te onderwerpen. Eerder werd zulks veeleer aanzien als een toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Voor aanbestedingen van werken is er van rechtswege een ‘reglementaire’ drempel van 15% als knipperlicht. Offertes met een prijs die 15% lager ligt dan het gemiddelde wordt aldus als een ‘verdachte’ offerte beschouwd, waarvan de

prijzen op het eerste gezicht abnormaal blijken te zijn. De opdrachtdocumenten kunnen deze ‘15%-regel’ thans ook uitdrukkelijk van toepassing verklaren op offerteaanvragen, en leveringen en diensten.

Als principe geldt dat offertes die – na onderzoek van de verstrekte verantwoording – abnormale prijzen blijken te bevatten, in principe moeten geweerd worden. De marge om dit niet te doen, wordt verkleind in de huidige regelgeving.

B. Beoordeling in het licht van de gunningscriteria

52. De inhoudelijke beoordeling van de offertes gebeurt aan de hand van de gunningscriteria.

Op basis van de gunningscriteria wordt een onderscheid gemaakt tussen ‘de laagste prijs’ en de ‘economisch meest voordelige offerte’. Het vloeit uit de Europese richtlijnen voort dat de criteria van aard moeten zijn om de *economisch* meest voordelige aanbidding te selecteren. De klemtoon om het ‘economisch’ voordelig karakter maakt het moeilijk om zonder meer ‘sociale’ of ‘ecologische’ gunningcriteria te voorzien. Niettemin zullen sociale en ecologische voordelen ook in gunningcriteria vertaald kunnen worden voor zover zij voldoende verbonden kunnen worden aan het voorwerp van de opdracht en objectief zijn (bv. toegankelijkheid voor mindervaliden; duurzaamheid; mate waarin nader bepaalde sociale doelstellingen kunnen worden gerealiseerd).

In sommige gevallen is het overigens mogelijk om opdrachten voor de sociale economie voor te behouden (art. 22 Wet 2006).

53. De regelgeving schrijft – voor opdrachten boven de drempel – voor dat de gunningscriteria moeten gewogen worden, tenzij dit niet mogelijk zou zijn. Een belangrijk aspect in de beoordeling, namelijk de toepassing van subgunningscriteria is niet bij wet geregeld. De toepassing van de beoordeling en de beoordelingsmethodieken wordt evenmin geregeld. Aldus is dit nog steeds af te toetsen aan de principes ontwikkeld in de rechtspraak van de Raad van State en het Hof van Justitie.

VIII. Overzicht van een aantal nieuwigheden

54. De bestaande praktijk van de voorafgaande marktverkenning werd reglementair gevalideerd (art. 5 KB Plaatsing), met name mag een aanbestedende overheid vóór het aanvaarden van een gunningsprocedure de markt verkennen met het oog op het opstellen van de opdrachtdocumenten en -specificaties, op voorwaarde dat die marktverkenning niet tot een verhindering of een vertekening van de mededinging leidt.

55. Ook werden een aantal modaliteiten inzake het voorwerp van de opdracht nader uitgewerkt. Zo is er een uitwerking voor percelen, die weliswaar soms

erg complex oogt. Bijvoorbeeld kan de gunningswijze verschillen per perceel (art. 36 Wet 2006 en art. 11 PlaatsingsKB). Ook is er principieel voorzien dat er een mogelijkheid bestaat tot beperking van het aantal percelen waarvoor een inschrijver een offerte mag indienen (art. 54 KB).

56. Een opdracht kan opgesplitst worden in vaste gedeelten en voorwaardelijke gedeelten (art. 37 Wet 2006). De sluiting heeft betrekking op de volledige opdracht, doch de aanbestedende overheid is enkel gehouden tot het vast gedeelte. Er is een ‘afzonderlijke’ bestelling (overeenkomstig opdrachtdocumenten) voor voorwaardelijke gedeelten.

57. Ook de regeling voor opties – bijkomende elementen die niet strikt noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de opdracht, die hetzij op vraag van de aanbestedende overheid, hetzij op initiatief van de inschrijver worden ingediend – is nieuw (art. 2, 11° KB Plaatsing + art. 10 KB Plaatsing). Er bestaan twee soorten opties: verplichte opties, waarop inschrijvers moeten inschrijven en vrije opties. De aanbestedende overheid is nooit verplicht om een optie te bestellen, noch bij de sluiting, noch tijdens de uitvoering van de opdracht.

58. Ook inzake de beoordeling en uitwerking van varianten bevat de reglementering meer gedetailleerde bepalingen.

59. De verbintenistermijn (art. 57 KB) bedraagt standaard 90 dagen. Hiervan kan afgeweken worden in het bestek.

IX. Bijzonderheden ten gevolge van de rechtsbeschermingsregeling

60. De overheidsopdrachtenreglementering bevat een uitgewerkte eigen regeling inzake rechtsbescherming (met soms van het gemeen recht afwijkende termijnen), zowel vóór als na contractsluiting. De regeling voorzien in de wet van 17 juni 2013 sluit heel nauw aan bij hetgeen reeds voorzien was in boek IIbis van de wet van 24 december 1993. Op dat vlak zijn er geen grote omwentelingen ingevoerd.

61. De aanbestedende instantie dient voor de overheidsopdrachten boven de Europese drempel (en degene die daarmee zijn gelijkgesteld – zoals werken die de helft van de Europese drempel bedragen) verplicht een wachttermijn in acht te nemen (de zgn. ‘standstillperiode’).

Die termijn strekt ertoe de gekozen inschrijvers toe te laten een beroep in te stellen tegen de gunningsbeslissing vooraleer het contract tot stand komt. De contractsluiting mag daarom in geen geval plaatsvinden vóór het verstrijken van een wachttermijn die vastgesteld is op *15 kalenderdagen*. Deze vaste termijn van 15 kalenderdagen begint te lopen de dag nadat de gemotiveerde gunningsbeslissing aan de betrokken kandidaten en inschrijvers is *verzonden*. Een

miskenning van de wachttermijn kan leiden tot een schorsing van rechtswege van het afgesloten contract.

62. Inzake overheidsopdrachten gelden er – naast algemene bestuursrechtelijke principes of verplichtingen – specifieke motiverings- en informatieverplichtingen. Alle bepalende beslissingen (selectie, gunning, stopzetting ...) moeten gemotiveerd worden. Er geldt een veralgemeende *verplichting tot kennisgeving van beslissing en motieven ervan aan de betrokken kandidaten (selectie) en inschrijvers (gunning)*. Bepaalde ‘*vertrouwelijke*’ gegevens mogen evenwel niet worden meegedeeld indien dit afbreuk zou doen aan de bescherming van het *zakengeheim*³⁶. Er zijn verder uiteenlopende bepalingen voor opdrachten boven en onder de Europese drempel, vooral wat betreft de wachttermijn.

63. Afhankelijk van de hoedanigheid van al dan niet administratieve overheid, is de Raad van State, dan wel de burgerlijke rechter bevoegd voor de schorsing en vernietiging van de gunningsbeslissing. Wanneer de schorsing wordt gevorderd, is toepassing te maken van de UDN procedure (uiterst dringende noodzakelijkheid), zonder dat hierbij een moeilijk te herstellen ernstig nadeel moet aangetoond worden. Voor schadevergoeding is op heden enkel de burgerlijke rechter bevoegd.

64. Voor de ‘onverbindendverklaring’ van de overeenkomst is ook de burgerlijke rechter bevoegd. In geval van ernstige tekortkoming aan het overheidsopdrachtenrecht (geen verplichte bekendmaking; miskenning van de wachttermijn) kan de opdracht, op verzoek van elke belanghebbende, gedurende een termijn van 6 maand (in sommige gevallen ingekort tot 30 dagen), onverbindend worden verklaard. Er zijn ook ‘alternatieve sancties’ mogelijk (art. 22 Wet 17 juni 2013), zoals boetes of de inkorting van de looptijd van de opdracht.

X. Uitvoering van de overheidsopdracht

65. Ook de uitvoering van overheidsopdrachten wordt gekenmerkt door een sterk gereguleerd kader met beperkte afwijkmogelijkheden (art. 9, § 4), weze met een grotere marge voor afwijkingen bij concurrentiedialoog en onderhandelingsprocedure.

66. In het algemeen kan vastgesteld worden dat er specifieke regels zijn inzake betalingen, inzake oplevering, evenals specifieke verjaringsregels. De aanbestedende overheid kan eveneens maatregelen van ambtswege nemen zonder rechterlijke tussenkomst.

67. Er geldt thans uitdrukkelijk een specifieke regeling voor wijzingen aan de opdracht (art. 37 – 38 AUR), tijdens de uitvoering. Wijzingen zijn slechts mo-

³⁶ Zakengeheim, Reeks ‘Recht en onderneming’, nr. 41., Die Keure, Brugge, 2012, 233 p., D’HOOGHE, D., KIEKENS, N., Deel V. Bescherming van vertrouwelijke bedrijfsinformatie in het bestuursrecht.

gelijk voor zover het voorwerp van de opdracht onveranderd blijft, en voor zover wordt voorzien in passende compensatie voor de opdrachtnemer indien nodig. De wijziging moet in waarde beperkt blijven tot 15% van het oorspronkelijke opdrachtbedrag. Van de essentiële bepalingen en voorwaarden van de opdracht kan bovendien enkel worden afgeweken op gemotiveerde wijze. De voormelde mogelijkheid tot wijzigingen laat echter niet toe om zonder voorafgaande marktraadpleging over te gaan tot de gunning van nieuwe overheidsopdrachten. In de rechtspraak van het Hof van Justitie – met name de principiële arresten *Presstext* 454/06 d.d. 19 juni 2008 en *Wall C-91/08* d.d. 13 april 2010 – worden immers grenzen gesteld aan de mogelijkheid om de opdracht in de loop van de uitvoering ervan te wijzigen.

68. Ook de regeling inzake onderaanneming werd bijgewerkt (art. 12-14). De hoofdaannemer blijft aansprakelijk voor de uitvoering van zijn verbintenissen, ook wanneer hij deze aan een derde toevertrouwt. Tussen de aanbestedende overheid en de onderaannemer bestaat immers geen enkele contractuele band. Het is de hoofdaannemer bovendien verboden beroep te doen op onderaannemers die niet voldoen aan de uitsluitingsgronden (faillissement, sociale zekerheid, belastingen, beroepsfouten, veroordelingen, ...) en bij een opdracht van werken, aan de erkenningsreglementering.

Wanneer de opdracht een prijsherzieningsclausule bevat, bevat het onderaannemingscontract eveneens een herzieningsformule of wordt het onderaannemingscontract daartoe aangepast indien:

- 1° het bedrag van het onderaannemingscontract groter is dan 30.000 euro, of;
- 2° de tijdsperiode tussen de datum waarop het onderaannemingscontract wordt gesloten en de aanvangsdatum van de uitvoering van het in onderaanneming gegeven gedeelte van de opdracht, meer dan negentig dagen bedraagt.

De opdrachtnemer die een beroep doet op een onderaannemer deelt de op de opdracht toepasselijke betalingsvoorwaarden mee aan deze onderaannemer bij het sluiten van de overeenkomst met deze laatste. De onderaannemer heeft het recht om zich ten aanzien van de opdrachtnemer op die betalingsvoorwaarden te beroepen om van hem de betaling te vorderen van de sommen, verschuldigd voor de werken, leveringen en diensten ter uitvoering van de opdracht.

69. Ook de actiemiddelen van de overheid bij het in gebreke blijven van de medecontractant zijn specifiek voor overheidsopdrachten (art. 44-51). Dat de aannemer in gebreke blijft, kan vastgesteld worden op basis van een aantal gronden, indien prestaties niet uitgevoerd worden volgens de opdrachtdocumenten, wanneer de prestaties zo traag vorderen dat zij op de vastgestelde data niet kunnen worden voltooid, of nog wanneer de aannemer de geldig gegeven schriftelijke bevelen van de aanbestedende overheid niet naleeft. De vaststelling van de tekortkomingen moet in een PV vastgesteld worden en een afschrift ervan moet onmiddellijk aangetekend verstuurd worden naar de aannemer. De aannemer kan binnen de 15 dagen reageren. Een eventueel stilzwijgen houdt de erkenning van de vastgestelde tekortkoming in. Hij is dan verplicht de tekortkoming onmiddellijk te herstellen.

Ten opzichte van een in gebreke gebleven aannemer (waarbij de tekortkoming vastgesteld werd op basis van de hierboven vermelde gronden) heeft de aanbestedende overheid de mogelijkheid om de verschillende straffen op te leggen, waaronder vertragsboetes en maatregelen van ambtswege, zoals het eenzijdig verbreken van de opdracht, de uitvoering in eigen beheer van het geheel of van een deel van de niet-uitgevoerde opdracht of het sluiten van één of meerdere opdrachten voor rekening met één of meerdere derden.

XI. Nieuwe Europese Richtlijnen

70. Eind 2011 werden drie voorstellen van richtlijn gepubliceerd, één betreffende de klassieke sectoren, één betreffende de nutssectoren en één betreffende concessies³⁷. Het Europees Parlement heeft het nieuw pakket richtlijnen inmiddels op 15 januari 2014 goedgekeurd. De thans goedgekeurde richtlijnen zullen de Richtlijnen 2004/18 (klassieke sectoren) en 2004/17 (nutssectoren) vervangen, en voeren een nieuwe richtlijn in voor de gunning van concessies.

Na publicatie van deze teksten (in het Europees Publicatieblad), beschikken de lidstaten over 24 maanden voor de omzetting in nationaal recht.

71. Hoewel het thans nog geen vigerend recht betreft, geeft dit alvast een beeld van de wijze waarop Europees gedacht wordt over de toekomst van het overheidsopdrachtenrecht.

72. De nieuwe overheidsopdrachtenrichtlijnen wijzigen de bestaande regels op een groot aantal punten zonder daarbij evenwel te raken aan de basisprincipes. De belangrijkste nieuwigheden betreffen:

- het onderscheid tussen de A-diensten (prioritaire diensten) en de B-diensten (niet-prioritaire diensten) wordt afgeschaft en er wordt in een apart regime voorzien voor de sociale en andere specifieke diensten;
- een nieuwe gunningsprocedure ‘het innovatiepartnerschap’ wordt ingevoerd en de gronden voor het gebruik van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking en de concurrentiegericht dialoge worden versoepeld;
- het aanbestedingsregime voor decentrale overheden (regionale en lokale besturen) wordt verlicht;
- het gebruik van elektronische communicatiemiddelen tijdens de aanbestedingsgunningsprocedure wordt verruimd;
- de procedures worden gemoderniseerd door een verkorting van de termijnen en een versoepeling van het onderscheid tussen selectie- en gunningscriteria;
- de toegang van KMO's tot overheidsopdrachten wordt vereenvoudigd door een vermindering van de administratieve lasten en door de opsplitsing van de opdrachten in percelen aan te moedigen;

³⁷ Voorstel van Richtlijn 20.12.2011, COM (2011) 896 def., 2011/0438 (COD) (klassieke sectoren); voorstel van Richtlijn 20.12.2011, COM (2011) 895 def., 2011/0439 (COD) (speciale sectoren); voorstel van Richtlijn 20.12.2011, COM (2011) 897 final, 2011/0437 (COD) (concessies).

- er wordt meer ruimte gecreëerd om rekening te houden met maatschappelijke en milieucriteria. Zo kunnen behalve de prijs ook milieueffecten, sociale factoren en innovatiepotentieel een rol spelen;
- de lidstaten worden verplicht een toezichthoudend orgaan op te richten dat onder meer zal toezien op de naleving van de aanbestedingsregels, het overheidsopdrachtenrecht en overtredingen meldt bij de bevoegde rechterlijke instantie.

73. Vooralsnog was er in de richtlijnen enkel een regeling voor concessies van werken. De nieuwe concessierichtlijn bevat een regeling voor concessies voor werken én voor diensten, telkens met een waarde boven de drempel van 5 miljoen euro. De richtlijn stelt een aantal procedurele waarborgen voorop die ervoor moeten zorgen dat de gunningsprocedure eerlijk en transparant verloopt. Het is aan de lidstaten om deze minimale bepalingen aan te vullen en verder te ontwikkelen, indien zij dit aangewezen achten.

De regeling geldt voor concessieovereenkomsten voor werken en voor diensten zowel in de klassieke als in de nuts speciale sectoren. Bepaalde concessies worden uitgesloten van het toepassingsgebied van deze richtlijn. Het is o.m. het geval voor concessies op het gebied van elektronische communicatie en op het gebied van watervoorziening.