



GSJ advocaten

Gedeelde kennis is dubbele kennis





Stichting Overheidsopdrachten
Fondation Marchés Publics

Hoe overheidsopdrachten vermijden?

Joris Wouters

Geert Van Engelgem

GSJ advocaten

00

Inleiding en basisprincipes inzake overheids- opdrachten

Basisbeginselen

Welke principes moet een overheid respecteren bij het afsluiten van overeenkomsten?

- Eerlijke mededinging
- Gelijke behandeling en verbod van discriminatie
- Transparantie

Overheid kan dus niet vrij kiezen met wie zij overeenkomsten sluit

Bepaalde regels en procedures moeten gevolgd worden →
Overheidsopdrachtenreglementering

- Naast bestaande beginselen van gelijkheid, niet-discriminatie en transparantie, wordt thans ook het proportionaliteitsbeginsel genoemd (artikel 4 van de Wet van 17 juni 2016):
 - Volgt uit Europese rechtspraak waarin regelmatig wordt gewezen op evenredigheidsbeginsel als basisbeginsel
 - Zowel tijdens gunning als uitvoering
- Basisbeginselen altijd in het achterhoofd houden bij de plaatsing van (overheids-) opdrachten

Twee sectoren van overheidsopdrachten

Steeds onderscheid tussen zgn. 'klassieke sectoren' en 'speciale sectoren':

- Klassieke sectoren: restcategorie
- Speciale sectoren: sectoren water, energie, vervoer en postdiensten:
 - Op bepaalde punten afwijkende regelgeving (soepelere gunningsprocedures)

Voorwerp van de studiedag

- Overheidsopdrachten zijn complex: wetgeving, termijnen, invulling rechtspraak, administratie, uitvoeringsregels, ...
- Regelgeving overheidsopdrachten voorziet zelf bepaalde 'versoepelingen' in de plaatsingsprocedures (bv. opdrachten beperkte waarde), dan wel optimalisatie en efficiëntie (bv. aankoopcentrales)
- Mogelijkheden buiten de wetgeving overheidsopdrachten (bv. concessies)

Voorwerp van de studiedag

- **Sessie 1**

- In-house-toezicht en niet-geïstitutionaliseerde horizontale samenwerking
- Aankoopcentrales en occasionele gezamenlijke opdrachten
- Aanvullende leveringen en diensten
- Sociale en andere specifieke diensten
- Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking & opdrachten van beperkte waarde

Voorwerp van de studiedag

- **Sessie 2**
 - Uitgezonderde overheidsopdrachten
 - Concessies van werken en diensten
 - Subsidies en sponsoring
 - Gebrek aan selectiviteit

Maar let op

- Het feit dat overheidsopdrachtenreglementering niet of slechts gedeeltelijk moet toegepast worden, verleent doorgaans niet de absolute vrijheid
- De meeste overheden zijn sowieso gebonden door de beginselen van gelijkheid, niet-discriminatie en transparantie
- De wetgeving overheidsopdrachten creëert duidelijkheid over hoe tot keuze van private partner te komen. Deze duidelijkheid is mogelijk minder aanwezig bij procedures buiten de overheidsopdrachten
- Vandaag komen mogelijke versoepelingen aan bod doch de hierboven vermelde beginselen blijven doorgaans van toepassing.

01

**IN-HOUSE-
TOEZICHT EN
NIET –
GEÏNSTITUTIO-
NALISEERDE
SAMENWERKING**

Inleiding

- Artikel 30 wet 17 juni 2016: In-house-toezicht
- Artikel 31 wet 17 juni 2016: Niet-geïnstitutionaliseerde samenwerking

In-House-Toezicht

Algemeen

- Kadert in de vraag naar toepassing wetgeving overheidsopdrachten wanneer er sprake is van een overeenkomst tussen twee aanbestedende overheden. Is dat dan ook een overheidsopdracht?
- Eerste principe: Aanbestedende overheid mag werken, leveringen of diensten zelf laten uitvoeren met eigen diensten. Geen verplichting tot toepassing wetgeving overheidsopdrachten en de markt te raadplegen.
- Tweede principe: Wanneer de ene aanbestedende overheid beroep doet op de andere voor het laten uitvoeren van werken, leveringen of diensten: in beginsel wel een overheidsopdracht (maar...)

Rechtspraak Europees Hof van Justitie

- HvJ 18 november 1999, C-107/98, Teckal:

“Volgens artikel 1, sub a, van richtlijn 93/36 volstaat daartoe in beginsel, dat de overeenkomst is gesloten tussen een territoriaal lichaam en een persoon die daar rechtens van onderscheiden is. Dit zou slechts anders zijn wanneer het territoriale lichaam op de betrokken persoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen.”

- Basis voor de in-house exceptie (twee voorwaarden zijn opgenomen in arrest)

Wetgeving

- Teckal-rechtspraak is opgenomen in Richtlijn en vervolgens ook in Belgische reglementering
- Artikel 30 § 1 wet 17 juni 2016 (principe):

“Een overheidsopdracht die geplaatst wordt door een aanbestedende overheid bij een privaat- of publiekrechtelijke rechtspersoon, valt buiten het toepassingsgebied van deze wet, indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan :

- 1° de aanbestedende overheid oefent op die rechtspersoon toezicht uit zoals op haar eigen diensten;*
- 2° meer dan 80 % van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon behelst de uitvoering van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende overheid of door andere, door diezelfde aanbestedende overheid gecontroleerde rechtspersonen; en*
- 3° er is geen directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon, met uitzondering van geen controle of blokkerende macht opleverende vormen van participatie van privékapitaal, vereist krachtens de nationale wetgeving, in overeenstemming met de verdragen, die geen beslissende invloed uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon.*

Een aanbestedende overheid wordt geacht op een rechtspersoon toezicht zoals op haar eigen diensten uit te oefenen in de zin van het eerste lid, punt 1°, indien zij zowel op strategische doelstellingen als op belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon een beslissende invloed uitoefent.

Dit toezicht kan ook worden uitgeoefend door een andere rechtspersoon, die zelf op dezelfde wijze door de aanbestedende overheid wordt gecontroleerd.

Toepassingsvoorwaarden

- Aanbestedende overheid kan beroep doen op in-house-exceptie wanneer:
 - Aanbestedende overheid een overheidsopdracht (of concessie) wil plaatsen
 - Er toezicht is op andere aanbestedende overheid "zoals op haar eigen diensten": dit is het geval wanneer zij zowel op strategische doelstellingen als op belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon een beslissende invloed uitoefent.
 - Aan 80%-regel is voldaan: gecontroleerde rechtspersoon moet merendeel van werkzaamheden verrichten ten behoeve van betrokken aanbestedende overheid.
 - In gecontroleerde rechtspersoon mag geen privé-kapitaal aanwezig zijn doch slechts verbod op "geen directe participatie van privékapitaal in gecontroleerde rechtspersoon":

Het analoog toezicht

- Er toezicht is op andere aanbestedende overheid “zoals op haar eigen diensten” (analoog toezicht): dit is het geval wanneer zij zowel op strategische doelstellingen als op belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon een beslissende invloed uitoefent.
- Relevant is onder meer vraag wie kapitaal bezit, wat de samenstelling van de beheersorganen is en wat bevoegdheden hiervan zijn.
- Mate van toezicht wordt globaal beoordeeld in het licht van beheer en structuren en niet op basis van het gedrag in specifieke overheidsopdrachtenprocedure: het volstaat dat toezicht kan plaatsvinden ongeacht wijze waarop het werkelijk wordt uitgeoefend.

80%-regel

- Gecontroleerde rechtspersoon moet merendeel (80%) van werkzaamheden verrichten ten behoeve van betrokken aanbestedende overheid: dan is aan te nemen dat activiteit van gecontroleerde onderneming zich hoofdzakelijk toespitst op de controlerende aanbestedende overheid en dat elke andere activiteit slechts marginaal is
- Hoe bepalen?
 - Aan de hand van totale omzet;
 - Andere op activiteit gebaseerde maatstaf;
 - Bv. de kosten die door de betrokken rechtspersoon of aanbestedende overheid zijn gemaakt met betrekking tot diensten, leveringen en werken over de laatste drie jaren voorafgaand aan de gunning van de opdracht;
 - Desgevallend bedrijfsprognoses wanneer hierboven vermelde elementen niet langer relevant zijn (vb. ingevolge reorganisatie van activiteiten)

Afwezigheid van privé-kapitaal

- Er is geen directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon, met dien verstand dat zulke participatie wel is toegestaan wanneer:
 - Ze geen controle of blokkerende macht oplevert;
 - Ze is vereist krachtens de nationale wetgeving, in overeenstemming met de verdragen;
 - Ze oefent geen beslissende invloed uit op de gecontroleerde rechtspersoon;
- Versoepeling ten opzichte van de rechtspraak van het Hof van Justitie die tot dusver een verbod oplegde op elke participatie, zelfs voor minder dan de helft, van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap waarin ook de aanbestedende overheid participeerde Aan de hand van totale omzet;
- De nieuwe bepalingen bevatten geen verbod meer op de diverse vormen van participatie van privékapitaal, maar wel op directe participatie. Bij het gunnen van een overheidsopdracht zonder mededingingsprocedure zou de particuliere ondernemer met een deelname in het kapitaal van de gecontroleerde rechtspersoon dan namelijk onrecht matig voordeel verkrijgen ten opzichte van zijn concurrenten.

Afwezigheid van privé-kapitaal

- Afwezigheid van privé-kapitaal moet steeds voorhanden zijn

Soorten van in-house

- Gewone in-house (neerwaarts)
 - Controlerende aanbestedende overheid plaats opdrachten bij gecontroleerde rechtspersoon
 - Kan ook onrechtstreeks wanneer gecontroleerde rechtspersoon op zijn beurt eveneens een andere rechtspersoon controleert (indirecte of onrechtstreekse in-house)
- Opwaartse in-house
 - Gecontroleerde rechtspersoon (ook aanbestedende overheid) plaats een opdracht bij haar controlerende aanbestedende overheid
- Collaterale in-house
 - Gecontroleerde rechtspersoon plaatst de opdracht bij een andere rechtspersoon die door dezelfde aanbestedende overheid wordt gecontroleerd (een zusterentiteit).

- Gezamenlijke in-house

- Gezamenlijke rechtspersoon die door meerdere controlerende aanbestedende overheden werd opgericht, verricht het merendeel van zijn activiteiten ten behoeve van meerdere controlerende aanbestedende overheden
- Vb: intercommunales
- Zie voorwaarden artikel 30 § 3 wet 17 juni 2016
- Aanbestedende overheid die op een bepaalde rechtspersoon geen controle uitoefent, kan alsnog overheidsopdracht bij die rechtspersoon plaatsen indien die controle gezamenlijk met andere aanbestedende overheden wordt uitgeoefend.

Niet-geïstitutionaliseerde horizontale samenwerking

Algemeen

- Aanbestedende overheden moeten kunnen beslissen hun taken van algemeen belang gezamenlijk in een samenwerkingsverband te verrichten:
- Zulke opdracht valt niet onder toepassingsgebied van wetgeving overheidsopdrachten

Relevante regelgeving

- Artikel 31 wet:

“Een opdracht die uitsluitend tussen twee of meer aanbestedende overheden wordt gesloten, valt buiten het toepassingsgebied van deze wet, wanneer aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan :

1° de opdracht voorziet in of geeft uitvoering aan samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende overheden om te bewerkstelligen dat de openbare diensten die zij moeten uitvoeren, worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen;

2° de invulling van die samenwerking berust uitsluitend op overwegingen in verband met het openbaar belang; en

3° de deelnemende aanbestedende overheden nemen op de open markt niet meer dan 20 % van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening. Dit activiteitenpercentage wordt bepaald overeenkomstig artikel 30, § 4.”

Voorwaarden

- Uitsluitend tussen twee of meer aanbestedende overheden
 - De deelname van aanbestedende overheid die gedeeltelijke deelname van privékapitaal heeft, is lijkt niet uitgesloten
- Samenwerking beoogt verwezenlijking van gemeenschappelijke doelstellingen
 - Uitvoering van openbare diensten verzekeren
 - Echte samenwerking is vereist, gemeenschappelijk initiatief van beide aanbestedende overheden
- Overwegingen uit hoofde van openbaar belang
 - Hoofdzakelijk commerciële overwegingen volstaan niet
- De open markt
 - Volgt uit bovenstaande voorwaarde ivm openbaar belang (geen handelsoogmerk)
 - Kan niet de bedoeling zijn dat activiteiten worden ontwikkeld die ook op open markt worden aangeboden (niet meer dan 20%)

02

**AANKOOPCENT-
RALES EN
OCCASIONELE
GEZAMENLIJKE
OPDRACHTEN**

AANKOOPCENTRALES

Definitie:

- Artikel 2, 6° van de Wet Overheidsopdrachten (wet 17 juni 2016)
 - Een **aanbestedende overheid** die permanent of regelmatig gecentraliseerde aankoopactiviteiten verricht, al dan niet gecombineerd met aanvullende aankoopactiviteiten
- Énkel aanbestedende overheden (geen private rechtspersonen die vrijwillig de wetgeving overheidsopdrachten toepassen)
- Vb: Leefmilieu Brussel (duurzame kantoorbenodigdheden)
- Oprichting: binnen overheid zelf (agentschappen), aparte rechtspersoon, intergemeentelijke samenwerking

AANKOOPCENTRALES

- De wet onderscheidt twee vormen:
 - Aankoopcentrale als tussenpersoon: plaatst opdrachten of raamovereenkomsten voor werken, leveringen of diensten namens andere aanbestedende overheden. Centrale is géén contractspartij
 - Aankoopcentrale als groothandelaar: koopt zelf aan om vervolgens aan andere aanbestedende overheden te leveren, inclusief beheer van voorraden en wederverkoop

Aankoopcentrales

- **Gecentraliseerde aankoopactiviteiten:** activiteiten die permanent plaatsvinden op een van de volgende wijzen:
 - a) de verwerving van leveringen en/of diensten die bestemd zijn voor aanbesteders;
 - b) de plaatsing van overheidsopdrachten of raamovereenkomsten voor werken, leveringen of diensten die bestemd zijn voor aanbesteders;
- **Aanvullende aankoopactiviteiten:** activiteiten die bestaan in het verlenen van ondersteuning aan aankoopactiviteiten, met name op de volgende wijzen:
 - a) technische infrastructuur die aanbesteders in staat stelt overheidsopdrachten of raamovereenkomsten te plaatsen voor werken, leveringen of diensten;
 - b) adviesverlening over het verloop of de opzet van plaatsingsprocedures;
 - c) voorbereiding en beheer van plaatsingsprocedures namens en voor rekening van de betrokken aanbesteder;

Aankoopcentrales

Artikel 47 Wet Overheidsopdrachten

- Een aanbesteder kan werken, leveringen of diensten verwerven via een (Europese) aankoopcentrale, hetzij door:
 - rechtstreeks aan te kopen bij een centrale (die zelf aankoopt en wederverkoopt)
 - gebruik te maken van opdrachten geplaatst door de centrale
 - gebruik te maken van een dynamisch aankoopstelsel van een aankoopcentrale
 - beroep te doen op een raamovereenkomst van een aankoopcentrale (mits vermeld in de oproep tot mededinging; cf. artikel 43 Wet)
- Bij gebruik van een aankoopcentrale hoeft de aanbesteder zelf geen eigen plaatsingsprocedure meer te organiseren

Aankoopcentrales

- Aankoopcentrale draagt verantwoordelijkheid. Aanbesteder blijft wel verantwoordelijk voor verplichtingen verbonden aan handelingen die ze zelf uitvoert, zoals:
 - Een opdracht plaatsen binnen een bestaande dynamische aankoopstelsel of raamovereenkomst
 - Een nieuwe oproep tot mededinging organiseren binnen een raamovereenkomst
- Een aankoopcentrale moet ook altijd gebruik maken van elektronische communicatiemiddelen voor haar plaatsingsprocedures

Aankoopcentrales en raamovereenkomsten

- Raamovereenkomsten worden vaak ingezet door aankoopcentrales
- Artikel 2, 35° Wet: een overeenkomst waarin aanbesteders en ondernemers afspraken vastleggen over voorwaarden (zoals prijs en hoeveelheden) voor toekomstige afzonderlijke opdrachten gedurende een bepaalde periode
- Volgens het Hof van Justitie (HvJ 19 december 2018, C-216/17, AGCM) moeten raamovereenkomsten duidelijk begrensd zijn qua maximumhoeveelheid of budget om mededinging en transparantie te waarborgen
- Geen exclusiviteit in hoofde van de opdrachtnemer

Aankoopcentrales en raamovereenkomsten

- RvS 11 december 2020, nr. 249.403: bevestigt dat raamovereenkomsten gesloten systemen zijn waarbij geen nieuwe aanbesteders of leveranciers tijdens de looptijd kunnen toetreden
- RvS 12 juni 2018 nr. 241.768: bevestigt dat afwijkingen op de maximale looptijd van 4 jaar (klassieke sectoren) gerechtvaardigd zijn indien gemotiveerd door economische of technische redenen
- RvS 12 oktober 2022, nr. 254.737: Bevestigt dat een aankoopcentrale bij plaatsing van een raamovereenkomst de betrokken aanbestedende overheden duidelijk moet identificeren. Dit om te voorkomen dat andere aanbesteders later alsnog toegang krijgen tot de raamovereenkomst (transparantie- en gelijkheidsbeginsel)

Conclusie

- Efficiëntie en schaalvoordelen: Door gezamenlijk aan te kopen, genieten deelnemers van betere prijzen en verminderde administratieve lasten
- Vermijden van plaatsingsprocedure voor overheden die aankopen bij de centrale
- Vereenvoudiging van controle en gunning: De aankoopcentrale doorloopt het volledige proces, wat de lasten voor de deelnemende overheden vermindert

Occasionele gezamenlijke opdrachten

- **Occasionele gezamenlijke opdracht:** verschillende aanbesteders bundelen occasioneel hun behoeften en plaatsen gezamenlijk één overheidsopdracht. Tot de nieuwe richtlijnen (Richtlijn 2014/24/EU) bestond hiervoor geen uitdrukkelijke Europese basis (wel ingeburgerd in praktijk)

Bv: gezamenlijke afvalophaling gemeentes

Richtlijn 2014/24/EU, Artikelen 38 en 39:

- **Artikel 38:** gezamenlijke opdrachten tussen aanbestedende diensten
- **Artikel 39:** gezamenlijke opdrachten tussen aanbestedende diensten van verschillende lidstaten
- Overheden kunnen gezamenlijk een opdracht plaatsen, mits zij verantwoordelijkheden verdelen

Occasionele gezamenlijke opdrachten

Wet van 17 juni 2016 inzake Overheidsopdrachten

- **Artikel 48:**

- Bepaalde specifieke opdracht (incidenteel/ad hoc karakter)
 - Meerdere opdrachten over een langere periode? => aankoopcentrale
- De aanbestedende entiteiten duiden in principe één entiteit aan om de opdracht namens alle betrokkenen uit te voeren
- Overheden kunnen onderling verantwoordelijkheden verdelen
- De Koning kan aanvullende regels opstellen, maar dit is op heden nog niet gebeurd

Occasionele gezamenlijke opdrachten

- Samenwerking met private partner mogelijk
 - Een aanbestedende overheid kan een private partij machtigen om een opdracht te plaatsen en offertes te onderzoeken, via een lastgeving (artikel 1984 BW)
 - Aanbestedende overheid neemt gunningsbeslissing

Occasionele gezamenlijke opdrachten

- **Flexibiliteit:** Geen nood aan een permanente structuur zoals een aankoopcentrale
- **Efficiëntie:** vermijden dubbele procedures en versterken onderhandelingspositie
- De opdracht wordt in beginsel **gezamenlijk voorbereid en beheerd**

Occasionele gezamenlijke opdrachten

Verantwoordelijkheden

- **Volledige gezamenlijke opdracht:** gezamenlijke verantwoordelijkheid
- **Gedeeltelijke opdracht:** alleen verantwoordelijk voor het eigen deel
- **Artikel 48 Wet:** *Wanneer een volledige plaatsingsprocedure gezamenlijk wordt doorlopen namens en voor rekening van alle betrokken aanbestedende overheden, zijn zij gezamenlijk verantwoordelijk voor het nakomen van hun verplichtingen. Dit geldt ook wanneer een aanbestedende overheid de plaatsingsprocedure beheert en optreedt voor rekening van zichzelf en voor rekening van de andere betrokken aanbestedende overheden.*
Als een plaatsingsprocedure niet in haar geheel wordt uitgevoerd namens en voor rekening van de betrokken aanbestedende overheden, zijn zij alleen gezamenlijk verantwoordelijk voor de gezamenlijk uitgevoerde delen. Elke aanbestedende overheid is als enige verantwoordelijk voor het nakomen van haar verplichtingen met betrekking tot de delen die zij in eigen naam en voor eigen rekening uitvoert
- Opdrachtdocumenten moeten duidelijkheid scheppen over verantwoordelijkheden
- **Risico:** zonder duidelijke afspraken kunnen overheden gezamenlijk aansprakelijk worden gesteld

Occasionele gezamenlijke opdrachten

Quid uitvoering?

- een occasionele gezamenlijke opdracht geplaatst middels één plaatsingsprocedure voor rekening van verscheidene aanbestedende overheden: wie dient de opdrachtnemer aan te spreken wanneer zich een probleem stelt in de uitvoering?
- Artikel 48 Wet Overheidsopdrachten (en Memorie van Toelichting) regelt enkel 'gezamenlijke' verantwoordelijkheid tijdens *de plaatsing*
- risico op gezamenlijke aansprakelijkheid
- Opvolging van de uitvoering kan zowel door de penhouder als door de andere deelnemers afzonderlijk gebeuren

Occasionele gezamenlijke opdrachten

- Opstellen **samenwerkingsovereenkomst**
- Duidelijke afspraken over:
 - Wie fungeert als aanbestedende overheid?
 - Welke wetgeving is van toepassing?
 - Wie draagt welke verantwoordelijkheid?
- In sommige gevallen is een aparte **volmacht of mandaat overbodig** als dit al contractueel geregeld is

Verschillen tussen aankoopcentrale en occasionele gezamenlijke opdrachten

- **Aankoopcentrale:**
 - Permanente of regelmatige structuur
 - Kan optreden als tussenpersoon zonder betrokkenheid bij de individuele uitvoering
 - Opdrachten ook geplaatst voor andere aanbesteders (eerder dan met)
- **Occasionele gezamenlijke opdracht:**
 - Eenmalige samenwerking zonder permanente structuur
 - Beginsel van gemeenschappelijke verantwoordelijkheid; aansprakelijkheden regelen via samenwerkingsovereenkomst

03

AANVULLENDE LEVERINGEN EN DIENSTEN

Inleiding

- Mogelijkheden opgenomen in regels met betrekking tot uitvoering
- Mogelijkheden opgenomen in regels met betrekking tot gunning

Tijdens de uitvoering van de opdracht

- KB 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten (AUR)
- Afdeling 5 "Wijzigingen aan de opdracht"
- Ganse regeling inzake 'wijziging' van de opdracht te weten: *"elke aanpassing in de loop van de uitvoering van de contractuele voorwaarden van de opdracht, prijsvraag of de raamovereenkomst."*
- Wijzigingen van de opdracht kunnen alleen maar wanneer:
 - Er sprake is van een "herzieningsclausule" die is opgenomen in het bestek
 - Voldaan is aan andere toepassingsvoorwaarden voorzien in de reglementering

- Aanvullende leveringen of diensten (artikel 38/1 AUR)

“Een wijziging mag zonder nieuwe plaatsingsprocedure worden doorgevoerd, voor door de oorspronkelijke opdrachtnemer te verrichten aanvullende werken, leveringen of diensten die noodzakelijk zijn geworden en die niet in de oorspronkelijke opdracht waren opgenomen, indien de verandering van opdrachtnemer:

1° niet mogelijk is om economische of technische redenen, zoals wanneer de aanvullende goederen of diensten uitwisselbaar of interoperabel moeten zijn met bestaande uitrusting, diensten of installaties die in het kader van de oorspronkelijke opdracht zijn verworven; en

2° tot aanzienlijk ongemak of een aanzienlijke kostenstijging zou leiden voor de aanbesteder.

De prijsverhoging die het gevolg is van de wijziging mag evenwel niet hoger zijn dan vijftig procent van de waarde van de oorspronkelijke opdracht. Indien er verscheidene opeenvolgende wijzigingen worden doorgevoerd, geldt deze beperking voor de waarde van elke wijziging.

Dergelijke opeenvolgende wijzigingen mogen niet worden gebruikt om de wetgeving inzake overheidsopdrachten te omzeilen.

Het onderhavige lid is niet van toepassing op de opdrachten die worden geplaatst door aanbestedende entiteiten die activiteiten uitoefenen in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten als bedoeld in titel III van de wet.

Voor de berekening van het in het tweede lid bedoelde bedrag wordt, voor zover de opdracht een indexeringsclausule bevat, de geactualiseerde waarde als referentiewaarde gehanteerd."

- Vertaling van de vroegere “onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking met de aannemer die de opdracht toegewezen heeft gekregen”: maar, veel soepeler regime.
- Principe van de het technisch of economisch “onscheidbaar” zijn of “strikt noodzakelijk zijn voor de vervolmaking van de opdracht” afgeschaft.
- Indien er verscheidene opeenvolgende wijzigingen worden doorgevoerd, geldt de beperking tot vijftig procent van de waarde van de oorspronkelijke opdracht voor de waarde van elke wijziging, hetgeen een versoepeling uitmaakt van de toepassingscriteria
- Beperking van 3 jaar na gunning geldt evenmin nog.

- Bij Europese opdrachten aankondiging vereist door de Aanbesteder, zie artikel 38/19 AUR:

"De aanbesteder die een wijziging doorvoert zoals bepaald in de artikelen 38/1 en 38/2 aan een opdracht waarvan de geraamde waarde gelijk is aan of hoger is dan de drempel voor Europese bekendmaking, maakt hiervan een aankondiging bekend in het Publicatieblad van de Europese Unie en in het Bulletin der Aanbestedingen, dat de inlichtingen bevat opgenomen in bijlage 2. De aanbesteder maakt hierbij gebruik van de elektronische standaardformulieren opgemaakt en ter beschikking gesteld door de federale overheidsdienst Beleid en Ondersteuning op basis van de uitvoeringsverordening van de Europese Commissie in verband met de vaststelling van standaardformulieren voor de bekendmaking van aankondigingen op het gebied van overheidsopdrachten.

In afwijking van het eerste lid moeten de in het eerste lid bedoelde wijzigingen voor de opdrachten die onder het toepassingsgebied vallen van de wet defensie en veiligheid, niet bekendgemaakt worden in het Publicatieblad van de Europese Unie"

- Onvoorzienbare omstandigheden in hoofde van de aanbesteder (artikel 38/2 AUR)

“Een wijziging mag zonder nieuwe plaatsingsprocedure voor een opdracht worden aangebracht, indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

1° de wijziging is het noodzakelijk gevolg van omstandigheden die een zorgvuldige aanbesteder niet kon voorzien;

2° de wijziging brengt geen verandering in de algemene aard van de opdracht of raamovereenkomst;

3° de prijsverhoging die het gevolg is van een wijziging is niet hoger dan vijftig procent van de waarde van de oorspronkelijke opdracht of raamovereenkomst. Indien er verscheidende opeenvolgende wijzigingen worden doorgevoerd, geldt deze beperking voor de waarde van elke wijziging. Dergelijke opeenvolgende wijzigingen mogen niet worden gebruikt om de wetgeving inzake overheidsopdrachten te omzeilen.

De voorwaarde vermeld in het eerste lid, 3°, is niet van toepassing op opdrachten die worden geplaatst door aanbestedende entiteiten die activiteiten uitoefenen in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten als bedoeld in titel 3 van de wet.

Voor de berekening van het in het eerste lid, 3°, bedoelde bedrag wordt, voor zover de opdracht een indexeringsclausule bevat, de geactualiseerde waarde als referentiewaarde gehanteerd.”

- Verslag aan de Koning: *"Aanbesteders kunnen inderdaad worden geconfronteerd met externe omstandigheden die zij niet konden voorzien bij het plaatsen van de opdracht, met name wanneer de uitvoering van de opdracht zich over een langere termijn uitstrekt. In dat geval is enige flexibiliteit vereist om de opdracht zonder nieuwe plaatsingsprocedure aan deze omstandigheden aan te passen.*³
- Verslag aan de Koning: *"Het begrip onvoorzienbare omstandigheden betreft omstandigheden die niet konden worden voorzien ondanks een normaal zorgvuldige voorbereiding van de aanvankelijke plaatsing, rekening houdend met de beschikbare middelen, de aard en de kenmerken van het specifieke project, de goede praktijk op het betrokken gebied en het feit dat er een redelijke verhouding moet zijn tussen de voor de voorbereiding van de plaatsing uitgetrokken middelen en de verwachte waarde ervan."*
- Bij Europese opdrachten eveneens aankondiging vereist

- De minimis (artikel 38/4 AUR)

“Een wijziging mag zonder nieuwe plaatsingsprocedure voor een opdracht worden doorgevoerd, indien het bedrag waarmee de wijziging gepaard gaat lager is dan elk van beide volgende bedragen:

1° de drempel voor de Europese bekendmaking; en

2° tien procent van de waarde van de aanvankelijke opdracht voor leveringen en diensten en vijftien procent van de waarde van de aanvankelijke opdracht voor werken.

Wanneer een aantal opeenvolgende wijzigingen plaatsvinden, wordt het in het eerste lid, bedoelde bedrag bepaald op basis van de netto-cumulatieve waarde van de opeenvolgende wijzigingen.

Voor de berekening van het in het eerste lid, 2°, bedoelde waarde van de aanvankelijke opdracht wordt, voor zover de opdracht een indexeringsclausule bevat, de geactualiseerde waarde als referentiewaarde gehanteerd.

De wijziging mag de algemene aard van de opdracht of raamovereenkomst evenwel niet veranderen.”

- 'kleinigheden' waarmee geen rekening dient te worden gehouden.
- Gans nieuwe benadering : tot 10% (leveringen en diensten) of 15% (werken) altijd voor zover de 'algemene aard' niet wijzigt mag men wijzigingen doorvoeren.
- Berekening van de netto – cumulatieve waarde van de opeenvolgende wijzigingen. De Aanbesteder zal dan ook de waarde van alle wijzigingen moeten bijhouden.

Reeds in het bestek voorzien

- Eén van de toepassingsmogelijkheden van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking

- Zie artikel 42 § 1, 2° wet 17 juni 2016 (werken en diensten):

*“in geval van een overheidsopdracht voor **werken of diensten** wanneer het gaat om nieuwe werken of diensten bestaande uit een herhaling van **soortgelijke** werken of diensten, die aan de opdrachtnemer van de oorspronkelijke opdracht worden gegund door dezelfde aanbestedende overheid, op voorwaarde dat deze werken of diensten overeenstemmen met een basisproject en dit project het voorwerp uitmaakte van een oorspronkelijke opdracht die geplaatst werd bij een in artikel 35, eerste lid, bedoelde procedure. Het basisproject dient de omvang van de eventuele aanvullende werken of diensten evenals de voorwaarden waaronder deze zullen worden gegund, te vermelden. **De mogelijkheid om deze procedure aan te wenden dient evenwel bij het in mededinging stellen van de eerste opdracht vermeld te worden** en het geraamde totaalbedrag voor de daaropvolgende werken of diensten moet reeds vanaf dit ogenblik door de aanbestedende overheden in aanmerking genomen worden voor het al dan niet bereiken van de voor de Europese bekendmaking bepaalde drempels. **Bovendien moet de gunning van de herhalingsopdrachten gebeuren binnen drie jaar na de sluiting van de oorspronkelijke opdracht.**”*

- Wat precies "soortgelijk" is, wordt nergens verduidelijkt. Het hoeft evenwel niet identiek te zijn.
- Voorbeeld: poetsdiensten, groendiensten, de bouw van een tweede vleugel aan gebouw (die symmetrisch is aan de eerste).
- Gunning van herhalingsopdracht dient te gebeuren binnen 3 jaar na sluiting van oorspronkelijke opdracht (deze regel geldt enkel in klassieke sectoren en niet in speciale sectoren)
- Het feit dat mogelijkheid is voorzien in bestek, geeft aan betrokken uitvoerder geen recht op uitvoering van herhalingsopdracht.

- Zie artikel 42 § 1, 4°, b) wet 17 juni 2016 (leveringen):

*“aanvullende leveringen moeten worden verricht door de oorspronkelijke leverancier, die **ofwel bestemd zijn voor de gedeeltelijke vernieuwing van leveringen of installaties, ofwel voor de uitbreiding van bestaande leveringen of installaties, wanneer een verandering van leverancier de aanbestedende overheid ertoe zou verplichten leveringen te verwerven met andere technische eigenschappen, zodat onverenigbaarheid zou ontstaan of zich bij het gebruik en het onderhoud onevenredige technische moeilijkheden zouden voordoen. De looptijd van deze opdrachten en nabestellingen mag in de regel niet langer zijn dan drie jaar.**”*

04

**SOCIALE EN
ANDERE
SPECIFIEKE
DIENSTEN**

Inleiding

- Afzonderlijke regime in de wetgeving overheidsopdrachten (artikel 88 e.v. wet)
- Niet van toepassing op opdrachten beperkte waarde (cf. volgende presentatie)
- Sociale en andere diensten opgesomd in bijlage III (CPV-codes zijn van belang)

Over wat voor diensten gaat het? (Bijlage III wet, CPV-codes)

- Gezondheidszorg, maatschappelijke en aanverwante dienstverlening
- Administratieve sociale diensten, administratieve diensten voor onderwijs, administratieve diensten voor gezondheidszorg, culturele diensten
- Diensten voor verplichte sociale verzekering
- Uitkeringsdiensten
- Religieuze diensten
- Hotels en restaurants
- Bepaalde juridische dienstverlening
- Diensten ten behoeve van de gemeenschap
- Gevangenis- en aanverwante diensten
- Opsporings- en beveiligingsdiensten
- Internationale diensten
- Postdiensten
- Diverse diensten

Mogelijke plaatsingsprocedures (artikel 89 wet)

- Mogelijkheid tot meer soepele plaatsing
- Voor dienstenopdrachten kan de aanbestedende overheid kiezen uit:
 - Vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking
 - Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, **indien geraamde bedrag van opdracht lager ligt dan 750.000 euro** of in bepaalde wettelijke gevallen van artikel 42 Wet
 - Andere procedures uit hoofdstuk 2 en 3 (uitgezonderd bovenstaande procedures), zonder verplichte toepassingsvoorwaarden
 - Een **zelf bepaalde** (*sui generis*) procedure met voorafgaande bekendmaking
- Principes: transparantie, proportionaliteit en gelijke behandeling
- Gewicht van gunningscriteria duidelijk vooraf te bepalen, anders gelden ze als gelijkwaardig

Mogelijke plaatsingsprocedures

- Vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking (§2) en onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking (§3):
 - Specifieke minimale verplichtingen voorzien door de wet
 - Mogelijkheid tot onderzoek van offertes vóór controle uitsluitingsgronden/selectiecriteria, mits transparante en onpartijdige controle achteraf
- Andere bestaande procedures (§4): Integraal volgen van alle wettelijke bepalingen van gekozen procedure
- Procedure *sui generis* (§5):
 - Minimale wettelijke verplichtingen naleven en eigen procedurevoorschriften toepassen
 - De aanbestedende overheid kan beslissen de offertes te onderzoeken voorafgaand aan de controle op de afwezigheid van gronden tot uitsluiting (op onpartijdige en transparante wijze)

Bekendmaking (artikel 90 wet)

- Bij opdrachten (behalve onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking) gebruikt de aanbestedende overheid steeds een aankondiging van opdracht of een vooraankondiging
- De aankondiging vermeldt de procedure:
 - Bij vereenvoudigde onderhandelingsprocedure of andere procedures: verwijzing naar benaming van de procedure
 - Bij procedure *sui generis*: korte samenvatting van procedure in aankondiging; gedetailleerde omschrijving in opdrachtdocumenten
 - Indien gedeeltelijk verwezen wordt naar bestaande procedures: exacte verwijzingen en eventuele afwijkingen
- Vooraankondigingen kunnen op 'voortdurende wijze' gepubliceerd worden en langer dan 12 maanden gelden (bij niet-openbare procedure of mededingingsprocedure met onderhandeling)

Bekendmaking (artikel 90 wet)

- Na gunning van dienstenopdrachten (≥ 750.000 euro) publiceert de aanbestedende overheid verplicht een aankondiging van gegunde opdracht
- Gegunde opdrachten mogen gebundeld worden per kwartaal; publicatie uiterlijk 30 dagen na elk kwartaal
- Alle genoemde aankondigingen moeten worden gepubliceerd volgens specifieke uitvoeringsregels vastgesteld door de Koning

Voorbehouden opdrachten voor bepaalde diensten (artikel 91 wet)

- Federale Staat, gemeenschappen, gewesten en aangewezen aanbestedende overheden kunnen deelname aan bepaalde plaatsingsprocedures exclusief voorbehouden aan specifieke organisaties
- Dit geldt uitsluitend voor diensten op het gebied van gezondheid, sociale en culturele diensten (volgens artikel 88) en specifieke CPV-codes vermeld in artikel 91
- De opdracht mag maximaal drie jaar lopen
- De aankondiging of vooraankondiging verwijst uitdrukkelijk naar artikel 91

Voorbehouden opdrachten voor bepaalde diensten (artikel 91 wet)

- Organisaties moeten cumulatief aan volgende voorwaarden voldoen:
 - Doel: vervullen van een opdracht van algemeen belang gerelateerd aan genoemde diensten
 - Winst wordt opnieuw geïnvesteerd in het doel van de organisatie. Eventuele winstuitkering gebeurt uitsluitend op participatieve basis
 - Beheers- of eigendomsstructuur is gebaseerd op werknemersaandeelhouderschap, participatie of actieve betrokkenheid van werknemers, gebruikers of belanghebbenden
 - De organisatie ontving gedurende de afgelopen drie jaar geen gelijkaardige opdracht van dezelfde aanbestedende overheid op grond van artikel 91

5.1

ONDERHANDEL- INGSPROCEDURE ZONDER VOORAFGAANDE BEKENDMAKING

Inleiding

Artikel 35 van de Wet van 17 juni 2016 maakt in de klassieke sectoren melding van volgende wijzen van gunning (plaatsingsprocedures):

- De openbare procedure
- De niet-openbare procedure
- De mededingingsprocedure met onderhandeling
- De concurrentiegerichtte dialoog
- Het innovatiepartnerschap
- De vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking
- De onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking
- Daarnaast ook nog opdrachten van beperkte waarde

Relevante drempels

Vraag:

“Vanaf welk bedrag moet/mag men wat doen?”

Antwoord:

- Tot 30.000,00 EUR (geraamde waarde): opdracht van beperkte waarde
- Tot 143.000,00 EUR (bedrag waarvoor opdracht gesloten wordt): onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking
- Tot 221.000,00 EUR (geraamde waarde): vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking (voor leveringen en diensten)
- Tot 750.000,00 EUR (geraamde waarde): vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking (voor werken)

Relevante drempels

- Er zijn ook andere toepassingsmogelijkheden voor de hierboven genoemde plaatsingsprocedures

Vraag:

“Er gaat iets stuk dat dringend hersteld of vernieuwd moet worden. Is er een noodprocedure?”

Relevante drempels

Antwoord:

- Gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking is mogelijk, ongeacht het bedrag
- Artikel 42 wet 17 juni 2016 voorziet dat gebruik mogelijk is in geval van "dwingende spoed"
- Let op: Mogelijkheden om onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking toe te passen worden strikt geïnterpreteerd. Bv. dwingende spoed is vereist. Deze mag niet het gevolg zijn van een optreden van de aanbestedende overheid zelf en evenmin het gevolg van een gebrek aan vooruitziendheid

Definitie

- Artikel 2,26° Wet 17 juni 2016:

*"De plaatsingsprocedure waarbij de aanbestedende overheid **de door haar gekozen ondernemers** een offerte vraagt en met **een of meer van hen** over de voorwaarden van de opdracht kan **onderhandelen**, en die uitsluitend van toepassing is op de opdrachten die onder het toepassingsgebied van titel 2 vallen;"*

- Geen bekendmaking: aanbestedende overheid kiest zelf aan wie ze offerte vraagt (wel mededinging)
- Uitzonderingsprocedure: enkel mogelijk in die gevallen die wet omschrijft. Limitatief opgesomd in artikel 42 van Wet 17 juni 2016 (strikte interpretatie)
- De motieven moeten in principe bestaan op het moment dat de beslissing hiertoe werd genomen (cf. dwingende spoed; binnen 15 dagen)

Definitie

- Verplichtingen:
 - de aankondiging van gegunde opdracht (boven de drempels) met betrekking tot de resultaten van de procedure
 - het meedelen binnen 15 dagen, van de gemotiveerde gunningsbeslissing
 - het opstellen van een proces-verbaal van iedere gegunde opdracht (boven de drempels) en het meedelen ervan aan de Europese Commissie, samen met de rechtvaardiging van het beroep op de OZVB
 - de vrijstelling van bekendmaking ontslaat de aanbesteder niet van zijn verplichting indien mogelijk, verschillende ondernemers te raadplegen

- Toepassingsvoorwaarden (artikel 42 Wet 17 juni 2016)

Werken, leveringen, diensten:

- **Goed te keuren bedrag niet hoger dan 143.000,00 EUR (excl. BTW) (vroeger 85.000,00 EUR en dan 135.000,00 EUR) (art. 90 KB Plaatsing 18 april 2017)**
- of 443.000 EUR speciale sectoren (artikel 11 KB 18 juni 2017 speciale sectoren)
- Dwingende spoed: onvoorziene gebeurtenissen (brand, wegverzakkingen,...), niet te wijten aan de aanbesteder, termijnen andere procedures niet haalbaar en "strikt noodzakelijk"
- Geen of geen geschikte aanvraag tot deelneming/offerte (uitsluitingsgronden, selectiecriteria / behoeften en eisen van de aanbesteder; geen wezenlijke wijzigingen in het voorwerp van de opdracht)

- Werken, leveringen, diensten:
 - Alleen aan één ondernemer
 - Uniek kunstwerk/unieke artistieke prestatie
 - Geen mededinging omwille van technische redenen (MvT: geval per geval; *bv. specifieke kennis, instrumenten of middelen die maar één ondernemer tot zijn beschikking heeft*)
 - Alleenrechten (intellectuele eigendomsrechten)
 - Géén roerende of onroerende eigendomsrechten
 - Absolute noodzakelijkheid; geen redelijke alternatieven/kunstmatige beperking opdrachtvoorwaarden
- Soortgelijke werken en diensten

Leveringen:

- Onderzoek, proefneming, studie of ontwikkeling
- Aanvullende leveringen
- Op grondstoffenmarkt genoteerde en aangekochte leveringen

Diensten:

- In opvolging van prijsvraag (= nieuwe term voor ontwerpenwedstrijd) en toekennen aan een laureaat
 - Alle laureaten worden uitgenodigd (tenzij gemotiveerde uitzondering)
 - Zeer ruime onderhandelingsmarge, behalve over de opdrachtdocumenten en met respect gelijkheidsbeginsel
- Mogelijkheden om onderhandelingsprocedure toe te passen worden strikt geïnterpreteerd

- Niet uitgenodigd?
 - Artikel 93, lid 1 KB Plaatsing 2017:

*“De **spontane offertes** worden in de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking niet aanvaard door de aanbestedende overheid, tenzij uitdrukkelijk gemotiveerde andersluidende beslissing”*

- Voorschriften voor uitnodiging (artikel 94, lid 1 KB Plaatsing 2017):

"Indien er bij een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, meerdere ondernemers worden geraadpleegd, worden ze gelijktijdig en schriftelijk uitgenodigd om een offerte in te dienen. Deze uitnodiging bevat minstens :

1° de opdrachtdocumenten, tenzij de aanbestedende overheid deze via elektronische middelen op kosteloze, vrije, volledige en rechtstreekse wijze aanbiedt, in welk geval zij het internetadres dat toegang biedt tot deze documenten vermeldt;

2° het uiterste tijdstip en datum voor de indiening van de offertes;

3° de aanduiding van de eventueel toe te voegen documenten;

4° het gunningscriterium of de gunningscriteria voor zover ze niet zijn opgenomen in de andere opdrachtdocumenten, overeenkomstig artikel 81 van de wet, tenzij desgevallend in de in artikel 42, § 3, tweede lid, van de wet bedoelde gevallen."

- Er is geen voorafgaande formele selectiefase (cf. mededingingsprocedure met onderhandeling)
- Selectiecriteria en facultatieve uitsluitingsgronden niet van toepassing onder Europese drempel (behoudens toepassing in opdrachtdocumenten)
- De aanbesteder kiest zelf de ondernemingen aan wie zij verzoekt om een offerte in te dienen (geen minimumtermijn)

- Al dan niet opnemen dat er niet onderhandeld kan worden over minimumeisen. Indien niet verboden in opdrachtdocumenten, kan er wel onderhandeld worden over deze minimumeisen (opdrachten onder EU drempel).
- Geen onderhandeling over gunningscriteria
- Onderhandelingen over initiële en latere offertes
- Prijsonderzoek wordt uitgevoerd op basis van de laatst ingediende offertes

- Uitzonderlijk géén gunningscriteria vereist in geval van:
 - Exclusiviteit (één welbepaalde ondernemer)
 - Dwingende spoed en onder de Europese drempel
 - Op een beurs genoteerde en aangekochte leveringen
 - Leveringen of diensten die tegen bijzonder gunstige voorwaarden zijn aangekocht

- Artikel 4 wet 17 juni 2016: gelijkheid, non-discriminatie, transparantie en evenredigheid
 - zowel bij de voorafgaande besprekingen met potentiële inschrijvers als tijdens de plaatsingsprocedure
 - De aanbesteder moet tijdens de onderhandelingen de gelijke behandeling van alle inschrijvers verzekeren en om de mededinging te vrijwaren, iedere mogelijk discriminerende informatie, van aard bepaalde inschrijvers te bevoordelen, uitsluiten

- Enkel de gekozen en geraadpleegde dienstverleners worden toegelaten tot de onderhandelingsfase
- Een niet-geraadpleegde dienstverlener beschikt niet over het vereiste belang om de gunningsbeslissing aan te vechten indien hij de beslissing om over te gaan tot de onderhandelingsprocedure op zich niet heeft aangevochten
- De aanbesteder is immers vrij in zijn keuze wie van de inschrijvers die hun belangstelling betoonden hij zal raadplegen
- Beslissing om slechts één dienstverlener te raadplegen moet gemotiveerd zijn (geen willekeur)

5.2

OPDRACHTEN MET BEPERKTE WAARDE

- Artikel 92 Wet 17 juni 2016
- Soepel regime voor opdrachten met een geraamde waarde die lager is dan 30.000 EUR (excl. BTW)
- Opdrachten gesloten op basis van aanvaarde factuur
- (relatief aanzienlijke) verhoging van bestaande drempel van 8.500 EUR (excl. BTW)
- Toepasselijke regels:
 - Algemene beginselen, behalve betaling voor verstrekte en aanvaarde prestaties (artikel 12 Wet)
 - Personeel en materieel toepassingsgebied

- Aldus bijzonder soepel, maar beginselen van transparantie en mededinging blijven gelden (raadplegen meerdere ondernemers)
- Onderhandeling met één kandidaat moet worden gemotiveerd (RvS 18 januari 2019, nr. 243.438, La Société anonyme PITAGONE)
- Gemotiveerde gunningsbeslissing is verplicht

- Art. 124 KB 18 april 2017:

“Voor de in hoofdstuk 7 van titel 2 van de wet bedoelde overheidsopdrachten van beperkte waarde plaatst de aanbestedende overheid zijn opdracht na raadpleging, indien mogelijk, van de voorwaarden van meerdere ondernemers maar zonder dat om de indiening van offertes moet worden verzocht. Het bewijs van die raadpleging moet door de aanbestedende overheid geleverd kunnen worden.”

- Verslag aan de Koning licht toe:

""Deze bepaling verduidelijkt dat het voor de opdrachten van beperkte waarde volstaat om de voorwaarden van meerdere ondernemers te consulteren en dit om de mededingingen te laten spelen. Echter moeten de voormelde ondernemers niet noodzakelijk een offerte indienen. Inderdaad kunnen deze opdrachten gesloten worden door middel van een aanvaarde factuur, overeenkomstig artikel 92, lid 2, van de wet. Daarnaast moet de aandacht erop worden gevestigd dat de algemene beginselen van de wet van toepassing blijven (met uitzondering van de bepaling omtrent het gebruik elektronische communicatiemiddelen alsook de bepaling omtrent het verstrekken van voorschotten). Een eenvoudige raadpleging die erop gericht is de voorwaarden van een eventuele aankoop te kennen, volstaat. Het komt evenwel aan de aanbestedende overheid toe het bewijs te kunnen leveren dat zij aan de principiële verplichting tot inmededingingstelling heeft voldaan, temeer gelet op de significante verhoging van de toepassingsdrempel voor de opdrachten van beperkte waarde, van 8.500 euro naar 30.000 euro. Daartoe wordt aanbevolen het bewijs van de raadpleging in het administratief dossier te bewaren, zij het eventueel gedematerialiseerd. Hoewel niet verplicht, kan ook...

*"uitdrukkelijk **een offerte worden gevraagd**, zij het via de meest eenvoudige weg (e-mail, ..). Dit vergemakkelijkt de bedoelde bewijsvoering, laat toe om de aankoopvoorwaarden beter te kaderen, onzekerheden over de verbintenissen van de ondernemer weg te werken en laat dikwijls toe om beter aangepaste en voordeliger offertes te verkrijgen. Voor al wat kan dienen, wordt er nog aan herinnerd dat het **in sommige uitzonderlijke gevallen niet nodig is meerdere ondernemers te consulteren (bv monopoliesituatie).**"*

- Geen wezenlijke wijzigingen : in principe niet vatbaar voor verstoringen noch voor een noodzakelijke "wijziging" aan de opdracht ('snelle procedure')
- Toch wijziging opdracht? Rekening houden met het beginsel van het forfait, vervat in artikel 9 Wet en met het verbod op "als wezenlijk aan te merken wijzigingen" (Pressetext rechtspraak):
 - *de wijziging onder de vorm van kenmerken die **substantieel anders** zijn dan deze van de oorspronkelijke opdracht;*
 - *het invoeren van voorwaarden die, wanneer zij in de oorspronkelijke plaatsingsprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot **toelating van andere inschrijvers** dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten, **of tot de keuze voor een andere offerte** dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen;*
 - *de uitbreiding in belangrijke mate van de markt tot **prestaties die oorspronkelijk niet waren opgenomen;***
 - *de wijziging van het **economische evenwicht** van de overeenkomst in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld.*
- Uitvoering opdracht: overeenkomst partijen / gemeen verbintenissenrecht

Vraag:

"Aanbestedingen boven 30.000 € moeten openbaar toegankelijk worden gesteld: is dit voor een vzw die geen BTW recupereert mét of zonder BTW?"

Antwoord:

- Artikel 16, lid 2 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten:

"Behoudens andersluidende bepaling moet elk bedrag in onderhavige wet begrepen worden als een bedrag zonder belasting op de toegevoegde waarde."

5.3

**Wet van 8
februari 2023
tot wijziging
van de wet van
17 juni 2016**

- Veralgemening van het gebruik van elektronische platformen voor de indiening van offertes
- De huidige uitzondering waarbij geen gebruik hoeft te worden gemaakt van deze platformen voor de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, wordt geschrapt
- Indien voor deze opdrachten vanaf 1 september 2023 kandidaten wordt uitgenodigd tot het indienen van een offerte, zal men eveneens gebruik moeten maken van elektronische platformen
- Voor de opdrachten van beperkte waarde wijzigt er niets : voor deze opdrachten wordt het gebruik van elektronische platformen niet opgelegd door de wetgeving
- De wet veralgemeent de aankondiging van gegunde opdracht (e-procurement)

- Jaarlijks overmaken kerngegevens voor de opdrachten van beperkte waarde vanaf 1 januari 2025. De opdrachten waarvan het gunningsbedrag lager is dan 3.000 euro, vallen niet onder deze regeling. Voor deze laatste opdrachten moeten geen gegevens worden overgemaakt aan het e-Procurementplatform
- Uiterlijk op 15 februari van elk jaar (artikel 165 Wet 17 juni 2016):

§ 1. De aanbesteders bezorgen het in artikel 163, § 2, bedoelde aanspreekpunt desgevraagd alle statistische inlichtingen en gegevens die nodig zijn voor het opmaken van statistieken betreffende de overheidsopdrachten waarvan het geraamde bedrag gelijk is aan of hoger is dan de drempels voor de Europese bekendmaking.

§ 2. Uiterlijk op 15 februari van elk jaar, maken de aanbesteders aan het in artikel 163, § 2, bedoelde aanspreekpunt de totale waarde over van de opdrachten van beperkte waarde die het voorafgaande jaar werden gesloten. De totale waarde van deze opdrachten wordt per begunstigde onderneming opgesplitst naargelang het gaat om opdrachten voor werken, leveringen of diensten. De registratie van de begunstigde onderneming gebeurt op basis van hun identificatienummer, dat voor de Belgische ondernemingen overeenkomt met het ondernemingsnummer dat wordt toegekend bij de inschrijving in de Kruispuntbank van Ondernemingen. Zij maken hiervoor gebruik van het elektronisch formulier dat met dit oogmerk is ontwikkeld en wordt ter beschikking gesteld door de federale dienst bevoegd voor het digitaliseren van de processen en de transacties in verband met overheidsopdrachten. De onderhavige paragraaf is niet van toepassing op de opdrachten waarvan het gunningsbedrag lager is dan 3.000euro.

Indien er meerdere begunstigde ondernemingen zijn ingevolge de tussenkomst van een combinatie van ondernemers en de aanbesteder de totale waarde van de opdracht niet kan opsplitsen per begunstigde onderneming voor de betreffende opdracht, maakt hij hier melding van. Meer bepaald vermeldt de aanbesteder het aantal opdrachten waarvoor het niet mogelijk was de waarde op te splitsen en de totale waarde van deze opdrachten, opgesplitst naargelang het gaat om opdrachten voor werken, leveringen of diensten.

De federale dienst bevoegd voor het digitaliseren van de processen en de transacties in verband met overheidsopdrachten publiceert, op een elektronisch platform, indicatoren omtrent de naleving van de in het eerste lid bedoelde verplichting. De gegevens worden gebundeld per aanbesteder. De methode om deze indicatoren te ontwikkelen wordt door de Koning bepaald na advies van het Comité opgericht door artikel 163/1.

5.4

**Verbod op
artificiële
splitsing
(saucissoneren)**

- Artikel 7, §3 KB Plaatsing 18 april 2017:
 - Splitsing van een overheidsopdracht is verboden als dit bedoeld is om de bekendmakingsregels te ontwijken
 - Objectieve rechtvaardiging voor splitsing is vereist
- Een opdracht moet als een geheel worden beschouwd als ze technisch en economisch samenhangt

- Splitsing is niet per se verboden, maar moet objectief gerechtvaardigd zijn
- Criteria voor artificiële splitsing:
 - Zelfde periode en geografisch gebied
 - Dezelfde technieken
 - Onderlinge afhankelijkheid
 - Uitvoerbaar door één enkele aannemer
- Rechtspraak hanteert een functionele benadering: Zijn de opdrachten economisch en technisch een geheel? Worden ze normaal gezien door dezelfde partij uitgevoerd?

- RvS 8 maart 2012, nr. 218.354, BVBA FACE:
- “De **vier opdrachten** waarnaar verzoekende partij verwijst kaderen alle in de **audiovisuele uitrusting van het Cultuurcentrum**. De gunningsprocedure van de vier opdrachten is **opgestart in dezelfde korte periode van enkele dagen**. Over de **gunning** van de opdrachten is eveneens beslist in eenzelfde korte periode. Voor de vier opdrachten werden **dezelfde ondernemingen aangeschreven om een offerte** in te dienen. De opdrachten blijken bovendien een **homogeen technisch karakter** te hebben en zeer nauw samen te hangen. Dit alles doet besluiten dat in dit geval verzoekende partij op voldoende wijze aantoont dat de vier opdrachten **eigenlijk één opdracht** vormen.[...] Door de opdracht op te splitsen en in vier opdrachten uit te schrijven heeft **verwerende partij dan ook onterecht gebruik gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking**.”

- Voordelen van percelen: Flexibiliteit bij gunning en vrijheid om per perceel een andere procedure te volgen
- Juridische basis: Artikel 2, 52° Wet 16 juni 2016: percelen zijn afzonderlijk te gunnen delen
- Onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking mogelijk voor percelen < 100.000 EUR en < 20% van de totale opdracht

06

**UITGEZONDERDE
OPDRACHTEN EN
ZAKENRECHTELIJKE
TRANSACTIES**

Uitgesloten diensten (artikel 28 Wet Overheidsopdrachten)

- Diensten betreffende de verwerving of huur, ongeacht de financiële voorwaarden ervan, van grond, bestaande gebouwen of andere onroerende goederen of betreffende rechten hierop
- De aankoop, ontwikkeling, productie of coproductie van programmamateriaal bestemd voor audiovisuele mediadiensten of radio-omroepdiensten
- Arbitrage- en bemiddelingsdiensten
- Bepaalde juridische diensten
- financiële diensten betreffende de uitgifte, aankoop, verkoop en overdracht van effecten of andere financiële instrumenten
- Leningen
- Arbeidsovereenkomsten

Specifiek: onroerend goed transacties

- Niet elke transactie tussen een overheid en private onderneming kwalificeert als een overheidsopdracht – publieke vastgoedtransacties zijn in principe niet onderworpen aan de wetgeving overheidsopdrachten
- Maar risico op herkwalificatie van een transactie naar overheidsopdracht voor werken
- Overeenkomsten inzake koop, huur, erfpacht opstal of ruil die met een aanbestedende overheid wordt gesloten, vallen niet zonder meer buiten de toepassing van de regelgeving overheidsopdrachten
- De benaming van de overeenkomst is weinig relevant. Werkelijk voorwerp van de overeenkomst is van belang.

- Relevantie van het onderscheid tussen wel of geen overheidsopdracht, is dan ook onder meer te vinden in:
 - De weg naar de keuze van een contractspartner: al dan niet toepassen van de wetgeving overheidsopdrachten
 - De toepassing van de AUR op de uitvoering van een overheidsopdracht. De AUR bevatten onder meer een aantal mogelijkheden voor de opdrachtnemer om te *claimen* bij de aanbestedende overheid, bijvoorbeeld in geval van onvoorzienbare omstandigheden (artikel 38/9 AUR) of bepaalde feiten die de opdrachtnemer verwijt aan de aanbestedende overheid (artikel 38/11 AUR). De mogelijkheden om af te wijken van deze AUR zijn beperkt (zie artikel 9 AUR)
 - De mogelijkheid om vereisten voorop te stellen waaraan de te realiseren werken moeten voldoen.

- Wanneer er geen overheidsopdracht voorhanden is, betekent dit niet dat overheid steeds zomaar vrij contractspartner kan kiezen
- Overheid zal in principe nog steeds naleving moeten doen van gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel

Definitie overheidsopdracht

- Een overheidsopdracht is de **(i) overeenkomst (ii) onder bezwarende titel** die wordt gesloten tussen **(iii) een of meer ondernemers** en **(iv) een of meer aanbesteders** en **(v)** die betrekking heeft op het uitvoeren van **werken, het leveren** van producten of het verlenen van **diensten**
- Zie artikel 2, 17° Wet Overheidsopdrachten

Wanneer is er een overeenkomst ten bezwarende titel?

- Komt erop neer dat de opdrachtnemer zich direct of indirect verbindt tot het uitvoeren van werken.
- De aanbestedende overheid zal zich dan verbinden tot het verstrekken van een vergoeding, doorgaans de betaling van een geldsom.
- Ook de uitvoering tegen louter kostendekkende prijs, ontnemt het karakter van bezwarende titel niet.

- Betaling door de aanbestedende overheid is evenwel niet decisief. Tegenprestatie kan uit andere zaken bestaan, zolang het **voor de aanbesteder een reeks economisch belang** inhoudt. Hiervan is sprake wanneer:
 - de aanbestedende overheid **eigenaar zal worden van de werken** of het werk waarop de opdracht betrekking heeft
 - de aanbestedende overheid krachtens een rechtstitel **over de in het kader van de opdracht uit te voeren werken zal kunnen beschikken** met het oog op hun openbare bestemming
 - de aanbestedende overheid **economische voordelen zal kunnen halen uit het toekomstig gebruik** of de toekomstige overdracht van het werk, in het feit dat hij financieel aan de verwezenlijking van het werk heeft deelgenomen of in de risico's die hij loopt bij economische mislukking van het werk.

(S. VERHOEVEN, "Wanneer is een overeenkomst inzake koop, ruil, erfpacht, opstal of huur wel of geen overheidsopdracht voor werken?" in C. DE KONINCK, P. FLAMEY, P. THIEL en B. DEMEULENAERE (eds.), *Jaarboek Overheidsopdrachten 2017-2018*, Brussel, EBP, 2018, 616 e.v.).

Wanneer is er sprake van een opdracht voor uitvoering van “werken”?

- De opdracht heeft betrekking op één van de volgende voorwerpen :
 - a) de uitvoering, of het ontwerp en de uitvoering, van werken die betrekking hebben op een van de in bijlage I bedoelde werkzaamheden (onder meer “burgerlijke en utiliteitsbouw” en “algemeen bouwkundige en civieltechnische werken”);
 - b) de uitvoering, of het ontwerp en de uitvoering, van een werk;
 - c) **het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbesteder die een beslissende invloed uitoefent op het soort werk of het ontwerp van het werk;**

(artikel 2, 18° Wet Overheidsopdrachten)

- Begrip "werk":

"het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen;"

(artikel 2, 19° Wet Overheidsopdrachten)

De definitie van een werk wordt functioneel ingevuld. Het volstaat dat het resultaat van het werk één van beide functies (hetzij technisch hetzij economisch) vervult.

Wat met zakenrechtelijke transacties?

- Overeenkomsten waarbij erfpacht of recht van opstal wordt toegekend of waarbij er sprake is van een ruil of koop/verkoop, zijn in principe geen overheidsopdracht.
- De loutere vaststelling dat het gaat over een nog op te richten gebouw, en dus de verplichting voor de private partij om te bouwen, maakt de transactie niet tot een overheidsopdracht.
- **Maar:** steeds te kijken naar werkelijk voorwerp van de overeenkomst. Mogelijk dat er sprake is van “verdoken” overheidsopdracht waardoor constructie alsnog zal vallen onder de toepassing van wetgeving overheidsopdrachten.
- Voor elke constructie die wordt uitgewerkt, zal derhalve moeten nagekeken worden of er al dan niet sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel die wordt gesloten tussen een aanbestedende entiteit en een ondernemer en die betrekking heeft op een aanneming van werken.

Wat is die “beslissende invloed” die een zakenrechtelijke transacties kan maken tot een overheidsopdracht?

- Cf. artikel 2,18° Wet Overheidsopdrachten: wanneer er sprake is van het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbesteder die een beslissende invloed uitoefent op het soort werk of het ontwerp van het werk, is kwalificeert een constructie als een overheidsopdracht voor werken.
- HvJ 10 juli 2014, C-213/13, Impresa Pizzarotti: Kenmerkend voor een overheidsopdracht voor werken is dat het te realiseren bouwwerk voldoet aan nauwkeurig omschreven eisen van de aanbestedende dienst. Daarvan is sprake wanneer de overheid maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed te hebben op het ontwerp ervan (zie ook HvJ 25 maart 2010, C-451/08, Helmut Müller)

- In de arresten inzake SOGent overwoog Raad van State dat een constructie waar zakelijke rechten worden toegekend aan een private partij, kan kwalificeren als een overheidsopdracht voor werken wegens wel een beslissende invloed (RvS 30 november 2017, nr. 240.043, NV Bopro sustainable investment):
 - Autonoom Gemeentebedrijf SOGent had beslist om twee zogenaamde *sui generis* procedures op te starten met als doelstelling een private partner aan te duiden met wie dan een PPS-overeenkomst zou worden gesloten
 - Meer in het bijzonder zou aan de private partner per project een zakelijk recht worden toegekend op basis waarvan deze een woonproject zou kunnen realiseren
 - Wetgeving overheidsopdrachten was volgens SOGent niet van toepassing nu het geen opdracht van werken betrof

- Eén van de kandidaten werd niet geselecteerd in de door SOGent georganiseerde procedure. Om die reden wendde deze zich tot de Raad van State en argumenteerde dat het project in wezen een overheidsopdracht voor werken was en niet conform de wetgeving overheidsopdrachten was aanbesteed
- Het argument daarbij was dat er overeenkomsten ten bezwarende titel werden afgesloten tussen een private uitvoerder van de werken en een aanbestedende overheid en ten slotte betrekking hebben op een opdracht voor werken. Daarbij werd gesteld dat het werk zou moeten voldoen aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen.
- Overwegingen Raad van State:

“Met de verzoekende partij dient evenwel te worden vastgesteld dat uit het selectiedossier blijkt dat de verwerende partij daarin heel wat verder gaat dan het vooropstellen van algemene ambities en wel degelijk reeds aanzienlijke perken stelt aan voornoemde “private realisatie” onder “privaat bouwheerschap” van het project. Onder meer uit de negen verschillende elementen van het selectiedossier die de verzoekende partij in haar verzoekschrift aanbrengt, blijkt reeds op het eerste gezicht dat de verwerende partij in verregaande mate haar wil aan de private partner oplegt en daarbij eenzijdig vastlegt hoe het project moet worden ontwikkeld.”

Het gaat daarbij niet om het louter onder de aandacht brengen van stedenbouwkundige of andere juridische perken die verbonden zijn aan het te ontwikkelen grondgebied. In de vereisten die aan de kandidaten worden opgelegd inzake het te realiseren project zitten wel degelijk nu reeds, in de fase van de selectieleidraad, componenten waarin duidelijke voorkeuren van de aanbestedende overheid zelf ten aanzien van de concrete invulling van het project worden veruitwendigd.

Aldus is er onder meer sprake van minimumeisen en ambities, die zullen worden opgevolgd en die zich in de toetsingscriteria zullen vertalen, van ecologische optimalisatie, zijn er technische kenmerken en functionele eisen omschreven inzake bouwtypologie, bouwhoogte, bouwdichtheid, is er een eis voor een “buurtschuur met buitenruimte”, moet er ruimte zijn voor kleinschalige handel, dienstverlening, buurtwinkel, wasserette, wordt er autovrijheid geëist, zijn er financiële waarborgen opgelegd en zal het toe te kennen zakelijk recht voorwaardelijk zijn.

De verwerende partij blijkt aldus reeds in het voorliggende selectiedossier de behoeften te omschrijven waarvan zij wil dat de opdrachtnemers ze vervullen en aldus nu reeds in hoge mate de kenmerken van het project te definiëren. De verwerende partij oefent met andere woorden reeds van bij het begin van het project een beslissende invloed uit op het ontwerp en de realisatie ervan.

Het lijkt dat het resultaat van het project een geheel van bouwwerken is waarbij het nagestreefde resultaat van stadsvernieuwing het beleidsmatig algemeen belang van de overheid dient volgens de door haar opgelegde voorwaarden. Uit de gehele selectieleidraad komt duidelijk naar voren dat de verwerende partij de regie van het project van begin tot eind strak in de hand wil houden. Uit de leidraad blijkt voorts dat er wel degelijk sprake zal zijn van een rechtens afdwingbare bouwplicht (een "realisatieverplichting") die de opdrachtnemer ertoe verplicht het project uit te voeren in overeenstemming met de wensen van de verwerende partij.

Het feit dat het project door de verwerende partij wordt gekaderd in een overeenkomst tot het verlenen van een zakelijk recht op gronden die haar eigendom zijn, belet niet dat zou worden vastgesteld dat het wel degelijk om een transactie gaat die als het gunnen van een overheidsopdracht dient te worden beschouwd. Hoewel een vastgoedtransactie in beginsel niet is onderworpen aan het overheidsopdrachtenrecht, lijkt het niet te volstaan dat het laten uitvoeren van welomschreven en vooraf door de aanbestedende overheid uitgedachte stadsontwikkelingswerken in een vastgoedovereenkomst worden gekaderd, om het overheidsopdrachtenrecht buiten toepassing te laten."

- De Raad van State oordeelde dat SOGent verder ging dan het louter opstellen van algemene ambities waarbij uit het dossier bleek dat SOGent in verregaande mate haar wil aan de private partner oplegde en daarbij eenzijdig vastlegde hoe het project moest worden ontwikkeld
- Het betrof daarbij niet uitsluitend stedenbouwkundige of andere juridische restricties die verbonden zijn aan het te ontwikkelen grondgebied, maar om vereisten die duidelijke voorkeuren van SOGent ten aanzien van de concrete invulling van het project veruitwendigden.
- Daarbij overwoog de Raad van State nog dat het feit of de bouwwerken bestemd waren om in het patrimonium van SOGent terecht te komen of aan derden zouden worden verkocht, geen invloed lijkt te hebben op de kwalificatie als overheidsopdracht
- Nog volgens de Raad van State was er sprake een overeenkomst ten bezwarende titel nu SOGent "een rechtstreeks economisch belang" zou hebben bij het project.

- Wanneer was er geen beslissende invloed vanwege overheid?
 - HvJ 25 maart 2010, C-451/08, Helmut Müller
 - Het uitoefenen van regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw – met het oog op het algemeen belang – niet voldoende is om te kwalificeren als overheidsopdracht voor werken aangezien de werken niet werden uitgevoerd in het rechtstreekse economisch belang van de aanbestedende dienst en de uitoefening van deze regulerende bevoegdheden niet gelijkgesteld kon worden met een overeenkomst onder bezwarende titel (één van de elementen van de definitie van een overheidsopdracht voor werken).

- Evenmin beslissende invloed vanwege overheid:
 - RvS 27 mei 2021, nr. 250.704, BV DTMS
 - Gemeente Asse had gronden in erfpacht gegeven met het oog op de oprichting van padelvelden en de verplichte bouw en exploitatie van een clubhuis
 - Er was geen toepassing gemaakt van wetgeving overheidsopdrachten en de gemeente had gewone erfpacht onder voorwaarden in de markt gezet via een zogenaamde open en onvoorwaardelijke biedprocedure.
 - Niet gekozen ondernemers startten procedure bij de Raad van State en argumenteerden dat er sprake was van een overheidsopdracht

- Raad van State volgt deze argumentatie niet:

“De scheidingslijn tussen een vastgoedtransactie die de overdracht of de vestiging van een zakelijk recht met zich meebrengt, en een overheidsopdracht of een concessie is echter niet meteen eenvoudig te trekken. Het onderzoek van de betrokken kwalificatie brengt met zich mee dat de concrete gegevens van de zaak moeten worden onderzocht vanuit en afgezet tegenover verscheidene aanknopingspunten in de regelgeving en rechtspraak.

...

Een essentieel gegeven om een vastgoedconstructie als de voorliggende te mogen kwalificeren als een overeenkomst voor de uitvoering van werken in de zin van de overheidsopdrachtenregelgeving lijkt de vereiste, dat de werken voldoen aan de behoeften en nauwkeurig door de aanbestedende dienst omschreven eisen, dat blijkt dat deze een beslissende invloed uitoefent op het soort werk of het ontwerp van het werk en er in hoofde van de ondernemer een juridisch afdwingbare verplichting bestaat om de werken op die door de aanbestedende dienst bepaalde manier uit te voeren.

“De door de verwerende partij in deze zaak opgelegde vereisten, lijken eerder beperkt, hoewel ze specifiek het voorwerp van de werken vastleggen, namelijk de aanleg van minstens zes padelvelden en de oprichting van een clubhuis.

...

De verwerende partij stelt echter geen nadere vereisten voor de oprichting van het clubhuis en de aanleg van de velden dient enkel te gebeuren “volgens de best beschikbare en betaalbare technologieën”.

Het gegeven dat de verwerende partij bij de beoordeling van de ontwerpen aan de hand van het tweede gunningscriterium rekening heeft gehouden met de visie en de voorgestelde aanpak en invulling van de erfpacht waarbij deze geenszins nader werden omschreven in het bestek, lijkt niet van aard erop te wijzen dat de werken dienen te worden uitgevoerd conform door de verwerende partij vastgestelde eisen.

Zulks lijkt eerder aan te geven dat de werken worden uitgevoerd volgens de door de inschrijver aan zichzelf opgelegde eisen waarmee het bestuur is akkoord gegaan. Er blijkt ook niet dat de plannen van de gekozen erfpachter nog nader werden aangepast in functie van onderhandelingen met de verwerende partij.

Daarnaast dient te worden vastgesteld dat er weinig aanwijzingen zijn waaruit zou blijken dat de verwerende partij de eindverantwoordelijkheid wenst te behouden wat de aanleg en de exploitatie van het padelcomplex betreft. Met de verwerende partij dient integendeel te worden vastgesteld dat de verwerende partij zich geen controle van de werken heeft voorbehouden."

- Ander voorbeeld van geen beslissende invloed vanwege overheid:
 - RvS 18 januari 2000, nr. 84.721, NV DB-INVEST:
 - Wanneer een overeenkomst de bouw van een constructie oplegt maar geen enkele omschrijving bevat inzake de werken (met de kwantitatieve en kwalitatieve normen), zal er in principe geen sprake zijn van een aanneming van werk. Ook wanneer het bestuur zich geen enkele medezeggenschap behoudt voor inzake het ontwerp of de realisatie van de bouwwerken, behalve dat er bijvoorbeeld 200 publiek toegankelijke parkeerplaatsen moeten worden gerealiseerd is het behoud van 70 parkeerplaatsen buiten, zal er in beginsel niet toe leiden dat er sprake is van een overheidsopdracht.

- Kwalificatie van overheidsopdracht voor werken lijkt enkel niet van toepassing wanneer de overheid geen bijzondere eisen oplegt aan het bouwwerk.
- Het is niet uitgesloten dat een rechtbank een bepaalde constructie kwalificeert als een overheidsopdracht voor werken wanneer zou komen vast te staan dat het gebouw toch wordt opgericht volgens de eisen van de aanbestedende overheid.
- Het gevolg daarvan is dat het ganse "project" dan in de markt moet worden gesteld met toepassing van de wetgeving overheidsopdrachten.

Waar ligt de grens tussen wel en geen beslissende invloed?

- Niet altijd eenvoudig te bepalen en in algemene regels te gieten
- Enkele uitspraken van HvJ die richting geven:
 - HvJ 29 oktober 2009, C-536/07, Commissie t. Duitsland waaruit kan worden afgeleid wanneer de eisen van de aanbestedende overheid dan weer niet verder gaan dan de eisen die een huurder gewoonlijk zou stellen aan een nog te verwezenlijken en te huren gebouw, kan worden voorgehouden worden dat er geen sprake is van een overheidsopdracht.

- HvJ 22 april 2021, C-537/19, Commissie t. Oostenrijk:
 - ✓ Woningcorporatie had een huur afgesloten voor een nog te realiseren gebouw en was om die reden van mening dat zij wetgeving overheidsopdrachten niet moest toepassen
 - ✓ Het belangrijkste tegenargument van de betrokken woningcorporatie was dat de huurovereenkomst een standaard kantoorgebouw betrof, waarbij er hoofdzakelijk onderhandeld werd over de huur-en exploitatiekosten en de onderverdeling van de ruimtes, de bezetting van de kantoren en de basisuitrusting
 - ✓ HvJ stelt dat niet elk huur (of erfpacht-)contract met een bouwverplichting een overheidsopdracht is
 - ✓ HvJ geeft verdere invulling aan wat het begrip een “beslissende invloed” uitoefenen op de kenmerken van een gebouw of van zijn ontwerp” betekent:

“Wat het geplande gebouw betreft, kan worden vastgesteld dat er sprake is van een beslissende invloed op het ontwerp daarvan indien kan worden aangetoond dat deze invloed is uitgeoefend op de architectonische structuur van dit gebouw, zoals de afmetingen en de buiten- en draagmuren ervan. Wensen met betrekking tot de binneninrichting kunnen alleen een beslissende invloed aantonen indien zij zich onderscheiden door hun specificiteit of omvang.”

- ✓ Anders gesteld: Tenzij het om bijzonder specifieke of omvangrijke eisen gaat voor de inrichting van een gebouw, wordt slechts beslissende invloed uitgeoefend indien men invloed uitoefent op de architecturale structuur, inclusief dimensie, buitenmuren en draagmuren.
- ✓ Niet onmiddellijk andere zaken gekend waarbij op basis van deze overweging is geoordeeld door een Belgische rechtbank.

Besluitend

- Er zal derhalve steeds moeten gekeken worden naar het werkelijke voorwerp van betrokken constructie om te bepalen of de wetgeving overheidsopdrachten al dan niet van toepassing is. Daartoe bestaan een aantal aanknopingspunten, zoals:
 - **Het hoofdvoorwerp** betreft een overheidsopdracht voor werken.
 - **Nauwkeurig omschreven eisen die een beslissende invloed uitoefenen** op het ontwerp welke eisen juridisch afdwingbaar zijn vastgelegd; teveel grenzen inzake ontwikkelings- en ontwerpvrijheid. Deze beslissende invloed wordt doorgaans ruim opgevat.
 - Elementen die onder andere kunnen wijzen op een overheidsopdracht voor werken **zijn een effectieve, in rechte afdwingbare bouwplicht, exploitatierisico (deels) bij publieke overheid en een rechtstreeks economisch belang** voor die publieke overheid.

- **Nauwkeurig omschreven eisen:** De door de aanbestedende overheid vooropgestelde specificaties, waarbij een nauwkeurige beschrijving van de op te trekken gebouwen, de kwaliteit en de inrichting daarvan wordt gegeven, gaan veel verder dan de eisen die bijvoorbeeld een huurder gewoonlijk aan een nieuw gebouw van een zekere grootte stelt.
- Het **rechtstreeks economisch belang**
- Het voorgaande hangt samen met de vraag of de ontwikkelaar het onroerend goed ook zou hebben gerealiseerd of gecommercialiseerd zonder sluiting van de overeenkomst en het risico voor de ontwikkeling en commercialisatie op zich zou nemen. Met andere woorden, rijst de vraag of de sluiting van de overeenkomst determinerend is voor de effectieve realisatie van het project.

Ondeelbaarheid van aan transacties accessoire opdrachten: het principe van hoofdzaak en bijzaak

- Het hoofdvoorwerp van de overeenkomst dient als bepalend te worden aanzien om uit te maken welk regime van toepassing is.

Het arrest "Loutraki"

- Een gemengde overeenkomst omvattende een "ondeelbaar geheel waarvan het hoofdvoorwerp de verkrijging door een onderneming van 49 % van kapitaal van een overheidsonderneming is, en waarvan het daarmee onlosmakelijk verbonden accessoire voorwerp de levering van diensten en de uitvoering van werken betreft, valt in haar geheel niet binnen de werkingssfeer van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten.

- In het geval van een gemengde overeenkomst waarvan de verschillende onderdelen onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden en dus een ondeelbaar geheel vormen, moet de betrokken transactie voor de juridische kwalificatie ervan in haar geheel als een eenheid worden onderzocht en worden beoordeeld op basis van de regels die van toepassing zijn op het onderdeel dat het hoofdvoorwerp of het overwegende element van de overeenkomst vormt, ongeacht of het onderdeel dat het hoofdvoorwerp van een gemengde overeenkomst vormt, binnen de werkingssfeer van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten valt.
- De overdracht van aandelen aan een inschrijver in het kader van de privatisering van een overheidsonderneming valt echter niet onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten en zodoende de accessoire werken evenmin. (HvJ 6 mei 2010, nr. C-145/08, Club Hotel Loutraki).

07

CONCESSIES

INLEIDING

Een concessie is een juridisch instrument waarmee een overheid een private partij het recht verleent om een bepaald werk uit te voeren of een specifieke dienst te exploiteren. Dit kan betrekking hebben op werken, diensten of het gebruik van het openbaar domein (**concessies voor openbare werken of diensten** en **domeinconcessies**).

CONCESSIE VOOR OPENBARE WERKEN OF DIENSTEN

- De concessie voor openbare werken of diensten is wettelijk geregeld in de **wet van 17 juni 2016 betreffende de concessieovereenkomsten**, omzetting Richtlijn 2014/23/EU)
- **Concessie van werken/diensten:** een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel waarbij één of meer aanbesteders werken/diensten laten uitvoeren door één of meer ondernemers, waarvoor de tegenprestatie bestaat hetzij uitsluitend in het recht het werk/dienst dat het voorwerp van de overeenkomst vormt, te exploiteren, hetzij in dit recht en een betaling
- Belangrijkste kenmerk: de concessiehouder neemt het **operationeel risico** op zich: geen garantie dat de investering of exploitatiekosten kunnen worden terugverdiend

CONCESSIE VOOR OPENBARE WERKEN OF DIENSTEN

- Verschil klassieke overheidsopdracht: de concessiehouder is deels afhankelijk van de exploitatie van het werk of de dienst voor zijn inkomsten. De overheid kan een prijs betalen, zolang deze niet het belangrijkste deel van het exploitatierisico wegneemt.
- Operationeel risico: onder normale exploitatieomstandigheden bestaat geen garantie dat de gedane investeringen of de kosten die gemaakt zijn bij het exploiteren van de werken of de diensten die het voorwerp van de concessie vormen, kunnen worden terugverdiend.
- Een werkelijke blootstelling aan de grillen van de markt: elk potentieel door de concessiehouder te lijden verlies is niet louter nominaal of te verwaarlozen
- Bv.: bouw en exploitatie van een parkeergarage; uitbating cafetaria

CONCESSIE VOOR OPENBARE WERKEN OF DIENSTEN

- Onderscheid niet altijd eenvoudig te maken
- Het Hof van Justitie interpreteert het begrip "concessie" op autonome wijze, rekening houdend met de concrete omstandigheden
- Raad van State: De overheid mag de dienstverlener niet helpen zijn investeringen af te schrijven en zijn kosten te betalen
 - Geen waarborg op minimuminkomen. De Raad erkent wel dat het over te dragen risico beperkt kan zijn, afhankelijk van de sector (RvS 14 februari 2017, nr. 237.379, SARL Intermediance)
 - Exploitatierisico moet voortvloeien uit factoren waarop de partijen geen invloed hebben. Het risico moet voortvloeien uit de uitbating zelf en houdt geen verband met risico's die elke contractant bij het sluiten van een overeenkomst loopt (bv. overmacht)

CONCESSIE VOOR OPENBARE WERKEN OF DIENSTEN

- Overweging 18 van de Richtlijn 2014/24: de overdracht van het recht om een dienst uit te baten is een hoofdkenmerk
- Discussie of dit het hoofdcriterium is voor het onderscheiden van de overheidsopdracht en de concessieovereenkomst
 - Hoofdcriterium is in principe de overdracht van het risico (HvJ Intermediance)
 - Overdracht beheer dienst blijft nodig
 - Dienst ten voordele van gebruikers is minder relevant

CONCESSIE VOOR OPENBARE WERKEN OF DIENSTEN

- Vastgoedtransactie of de vestiging van een zakelijk recht maakt in beginsel geen overheidsopdracht of concessie uit. 'Vermomde' vastgoedtransacties hebben risico op herkwalificatie
- RvS 21 mei 2021, nr. 250.653, Claeys: Een gebruiksrecht wordt toegekend op een grond waarop padelvelden zullen komen en het clubhuis. De gekozen erfpachter zal hiervoor een jaarlijkse erfpachtvergoeding betalen

CONCESSIE VOOR OPENBARE WERKEN OF DIENSTEN

- "Essentieel om een vastgoedconstructie als de voorliggende te kunnen kwalificeren als een overeenkomst voor de uitvoering van werken in de zin van de concessieregelgeving lijkt de vereiste, **dat de werken voldoen aan de behoeften en nauwkeurig door de aanbestedende dienst omschreven eisen**, dat blijkt dat deze **een beslissende invloed uitoefent op het soort werk of het ontwerp van het** werk en er in hoofde van de ondernemer een **juridisch afdwingbare verplichting** bestaat om de werken op die, door de aanbestedende dienst bepaalde, manier uit te voeren. **De door de verwerende partij in deze zaak opgelegde vereisten lijken eerder beperkt**, hoewel ze het voorwerp van de werken vastleggen, namelijk de aanleg van zes padelvelden en de oprichting van een clubhuis."

CONCESSIE VOOR OPENBARE WERKEN OF DIENSTEN

- “Het gegeven dat de verwerende partij bij de beoordeling van de ontwerpen aan de hand van het tweede gunningscriterium rekening heeft gehouden met de visie en de voorgestelde aanpak van uitvoering en invulling van de erfpacht waarbij deze geenszins nader werden omschreven in het bestek, **lijkt niet van aard om daaruit af te leiden dat de werken dienen te worden uitgevoerd conform de door de verwerende partij vastgestelde eisen.** Zulks lijkt eerder aan te geven dat de werken worden uitgevoerd volgens de door de inschrijver aan zichzelf opgelegde eisen waarmee het bestuur is akkoord gegaan. **Er blijkt ook niet dat de plannen van de gekozen erfpachter nog nader werden aangepast in functie van onderhandelingen met de verwerende partij.** Daarnaast dient te worden vastgesteld dat er **weinig aanwijzingen zijn waaruit zou blijken dat de verwerende partij de eindverantwoordelijkheid wenst te behouden wat de aanleg en de exploitatie van de padelvelden betreft.** Met de verwerende partij dient integendeel te worden vastgesteld dat de verwerende partij zich geen controle van de werken heeft voorbehouden. Ook met betrekking tot de latere uitbating lijken de opgelegde vereisten eerder beperkt en worden **geen vereisten opgelegd met betrekking tot bijvoorbeeld de te hanteren tarieven, toegang voor inwoners van de gemeente, openingsuren van de club, noch is er in enig controlemechanisme** voorzien voor de verwerende partij op de uitbating”

CONCESSIE VOOR OPENBARE WERKEN OF DIENSTEN

De concessieovereenkomsten moeten voldoen aan de basisprincipes van:

- **Gelijkheid en non-discriminatie:** alle geïnteresseerden moeten een eerlijke kans krijgen om de concessie te verkrijgen
- **Transparantie:** er moet voldoende openbaarheid zijn bij de gunning en uitvoering van de concessie
- **Mededinging:** de markt moet worden geraadpleegd, tenzij een uitzondering wettelijk of jurisprudentieel wordt aanvaard
- De Concessiewet voorziet minder stringente regels dan de regelgeving rond overheidsopdrachten

CONCESSIE VOOR OPENBARE WERKEN OF DIENSTEN

- **Drempels en toepassingsgebied** (artikel 3)
 - 5.538.000 EUR
 - Uitgesloten:
 - Diensten en werken door personen met bijzondere/exclusieve rechten
 - Overdracht bevoegdheden algemeen belang tussen aanbesteders zonder vergoeding van contractuele prestaties
 - Niet-economische diensten van algemeen belang

CONCESSIE VOOR OPENBARE WERKEN OF DIENSTEN

- **Raming:** De totale tijdens de looptijd van de overeenkomst **te behalen omzet** van de concessiehouder (excl. BTW), als tegenprestatie voor de werken en diensten die het voorwerp van de concessie uitmaken, en ook voor de bijkomende leveringen die in het kader van deze werken en diensten zijn verricht
 - geldig op ogenblik waarop de concessieaankondiging/concessieuitnodiging wordt verzonden
 - Bij gunning + 20%? Passende waarde ogenblik gunning
 - Geen oogmerk om bekendmakingsregels te vermijden
 - Verbod op splitsing

CONCESSIE VOOR OPENBARE WERKEN OF DIENSTEN

- **Prijsaspect (artikel 28 Wet)**
 - Forfaitair, tenzij gemotiveerde uitzondering
 - Prijsherzieningsclausule mogelijk
- Regels over betalingen, ondernemers en combinaties, vertrouwelijkheid, elektronische communicatiemiddelen/facturatie
- Looptijd: raming op basis van werken/diensten
 - Langer dan 5 jaar? Maximale looptijd beperkt tot ogenblik terugverdienen investeringen + rendement ('redelijkerwijs')

CONCESSIE VOOR OPENBARE WERKEN OF DIENSTEN

- **Organisatie (artikel 38 e.v. Wet)**
 - Procedure tot keuze concessiehouder vrij organiseren
 - Naleving concessiewet en algemene beginselen
 - Marktconsultaties toegelaten
 - Controle op voorafgaande betrokkenheid en passende maatregelen
 - Functionele en technische specificaties in de concessiedocumenten (kwaliteit, milieu, energie, veiligheid,...)

CONCESSIE VOOR OPENBARE WERKEN OF DIENSTEN

- **Organisatie (artikel 46 e.v. Wet)**
 - Selectie- en Gunningscriteria
 - Toets aan uitsluitingsgronden, regelmatigheid en minimumeisen
 - Selectiebeperving mogelijk
 - Beschrijving en indicatief tijdschema indiening offertes (wijzigingen mogelijk maar minimumtermijnen respecteren)
 - Onderhandelingen: behalve voorwerp, minimumeisen en gunningscriteria

CONCESSIE VOOR OPENBARE WERKEN OF DIENSTEN

- **Gunningscriteria (artikel 55 Wet)**
 - Mededinging garanderen (economisch voordeel aanbesteders)
 - Verband met voorwerp en geen onbeperkte keuzevrijheid
 - Bv. sociale, milieu- en innovatiegerelateerde criteria

DOMEINCONCESSIE

- wordt niet (wettelijk) gedefinieerd
- Rechtsleer en rechtspraak:
 - Een overeenkomst waarbij de overheid een private partij het recht verleent om een **gedeelte van het openbaar domein tijdelijk en op exclusieve basis te gebruiken** (privatieve exploitatie)
 - De concessie kan eenzijdig door de overheid worden herroepen om redenen van algemeen belang
- Géén overeenkomst onder bezwarende titel ('ten behoeve van')
- Of nog: vergunning voor de uitoefening van een economische activiteit (HvJ 14 juli 2016, nr. C-458/14)
- Memorie van Toelichting Concessiewet: een domeinconcessie is in beginsel geen concessie in de zin van de Concessiewet, maar een administratieve machtiging

DOMEINCONCESSIE

- Ook de regelgeving inzake overheidsopdrachten is **niet van toepassing** op domeinconcessies
- Geen 'aanbesteed' werk of dienst
- Bv: terbeschikkingstelling openbaar domein voor terras

DOMEINCONCESSIE

- **Discretionaire bevoegdheid** maar:
 - **Gelijkheidsbeginsel:** alle potentiële kandidaten moeten een gelijke kans krijgen
 - **Transparantiebeginsel:** een selectieprocedure moet voldoende openbaarheid garanderen
 - **Motiveringsplicht:** beslissingen over de gunning moeten voldoende gemotiveerd zijn

MOGELIJKHEDEN TOT AFWIJKING ALGEMENE BEGINSELEN?

- RvS 23 december 2015, nr. 233.355, NV Kinopolis Mega: **dwingende redenen van algemeen belang**:
 - Volksgezondheid (bv. ziekenhuizen of zorginstellingen)
 - Sociale beleidsdoelstellingen (bv. bescherming van bepaalde doelgroepen)
 - Milieu en erfgoedbehoud
 - Veiligheidsbelangen
- **Economische motieven** worden niet aanvaard

08

SUBSIDIES EN SPONSORING

Overheidsopdracht >< subsidie

- Is er sprake van overeenkomst onder bezwarende titel?
- RvS 23 januari 2025, nr. 262.104, UZA en UZB:

“Het begrip ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ heeft een Europeesrechtelijke betekenis. Volgens het Europees Hof van Justitie is kenmerkend voor een overeenkomst onder bezwarende titel dat de betrokken aanbestedende overheid die een overheidsopdracht plaatst, op grond daarvan, in ruil voor een tegenprestatie, een prestatie ontvangt die een rechtstreeks economisch belang heeft voor deze aanbestedende dienst. Daarnaast moet deze overeenkomst wederkerig zijn, aangezien dit een wezenlijk kenmerk van een overheidsopdracht is (zie de arresten van het Hof van Justitie van 25 maart 2010, Helmut Müller GmbH, C-451/08, EU:C:2010:168, punten 47-49, van 21 december 2016, Remondis GmbH & Co. KG Region Nord, C-51/15, EU:C:2016:985, punt 43, van 28 mei 2020, ISE, C-796/18, ECLI:EU:C:2020:395, punt 40, en recent nog van 17 oktober 2024, NFŠ a.s., C-28/23, punten 44 en 47).

Blijkens de toelichting in de inleidende overweging (4) bij richtlijn 2014/24/EU valt "het uitsluitend financieren, met name via subsidies, van een activiteit, waaraan vaak de verplichting is gekoppeld de ontvangen bedragen terug te betalen indien deze niet worden benut voor de beoogde doeleinden, doorgaans niet onder het toepassingsgebied van de aanbestedingsregels".

Subsidies hebben tot doel de betoelaging van activiteiten die door de overheid van algemeen belang worden geacht, en vormen geen tegenprestatie voor werken, leveringen of diensten die aan de subsidieverlener worden verstrekt. "

- Subsidie is vorm van eenzijdige wilsuiting van overheid om aan een derde bepaalde geldsom toe te kennen ter ondersteuning van activiteit die algemeen belang dient en niet om aan concrete behoefte van overheid te voldoen.
- Bij overheidsopdracht wordt betaling afhankelijk gesteld van concrete tegenprestatie met als voorwerp werken, leveringen of diensten (.
- Subsidieverlenende overheid zal niet zelfde reëel economisch voordeel krijgen als aanbestedende overheid (deze laatste betaalt marktconform voor bepaalde prestatie).
- Bij overheidsopdracht is er uitvoeringsverplichting voor opdrachtnemer. Dit is anders bij ontvanger van subsidie (waarbij overheid mogelijk wel terugbetaling kan vorderen wanneer subsidie niet behoorlijk wordt gebruikt) zie. D. D'HOOOGHE, *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, 117-118).
- Steeds kijken naar werkelijk voorwerp van transactie

Sponsoring

Zie ook J. VYNCKIER, *Sponsoringcontracten*, Brussel, Intersentia, 2018.

- Wat?

Sponsoringsovereenkomst komt tot stand tussen sponsor en gesponsorde. De sponsor betaalt aan de gesponsorde een prijs in geld of in natura om zich op promotionele wijze met het sponsoringsobject (goederen, diensten of persoon) te laten associëren.

- Kan overheidsopdrachtenreglementering van toepassing zijn?

Steeds *in concreto* te bekijken. Is er sprake van werken, leveringen of diensten? Een aanbestedende overheid die sponsort, valt in principe onder toepassingsgebied wet.

- De overheid als gesponsorde?
 - Niet onmogelijk maar rekening houden met algemene beginselen en specifiek het gelijkheidsbeginsel, onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Daarnaast belangenvermenging vermijden.
 - Ook transparantiebeginsel en gelijkheidsbeginsel bij keuze van de sponsors.
 - Wetgeving overheidsopdrachten van toepassing?
 - Wanneer sponsor goederen of diensten levert tegen het verkrijgen van een vergoeding (de sponsorrechten).
 - Niet bij loutere betaling geldsom

09

**Gebrek aan
selectiviteit en
de rol van
exclusiviteit**

Overheidsopdracht vs. Openhousemodel

- **Overheidsopdracht:**
 - Wordt gegund aan (één of meerdere) geselecteerde inschrijver(s)
 - Impliceert **exclusiviteit**: enkel de geselecteerde(n) kunnen de opdracht uitvoeren
- **Openhousemodel** (Dr. Falk Pharma-arrest):
 - Een aanbestedende overheid staat *alle* geschikte ondernemingen toe om – zonder gunning op basis van gunningscriteria – leveringen of diensten te verrichten tegen vooraf vastgelegde voorwaarden
 - Er is geen exclusieve toewijzing, dus *geen* overheidsopdracht in de zin van de Europese richtlijnen

Overheidsopdracht vs. Openhousemodel

- Richtlijn 2024/24: *Tevens is in gevallen waarin alle ondernemers die aan bepaalde voorwaarden voldoen, zonder onderscheid het recht hebben een bepaalde taak uit te voeren zoals regelingen voor consumentenkeuze of dienstenvouchers, geen sprake van aanbesteding, maar van een gewone vergunningsregeling (bijvoorbeeld voor geneesmiddelen of medische diensten)*

Dr. Falk Pharma-arrest (HvJ 2 juni 2016, C-410/14)

- **Feiten**

- Duits ziekenfonds organiseerde een "toelatingsprocedure": iedere onderneming die voldeed aan de voorwaarden kon geneesmiddelen leveren aan een vast kortingspercentage.

- **Uitspraak Hof van Justitie**

- **Geen selectie van één inschrijver** → geen exclusiviteitsverhouding → geen sprake van een klassieke overheidsopdracht
- Transparantie blijft wél vereist: potentiële deelnemers moeten goed geïnformeerd worden over de voorwaarden

- Het risico dat nationale ondernemingen worden begunstigd, dat deze richtlijn beoogt uit te sluiten, houdt echter in wezen nauw verband met de selectie die de aanbestedende dienst onder de ontvankelijke inschrijvingen wil maken, en met de exclusiviteit die zal voortvloeien uit de gunning van de betrokken opdracht aan de geselecteerde ondernemer, of aan de geselecteerde ondernemers ingeval van een raamovereenkomst, wat uiteindelijk het doel vormt van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht. **Wanneer een openbare instelling leveringsovereenkomsten wil sluiten met alle ondernemers die de betrokken producten willen leveren onder de door deze instelling opgelegde voorwaarden, bestaat er dus, doordat geen ondernemer wordt aangewezen aan wie exclusief een opdracht wordt gegund, geen noodzaak** om het handelen van deze aanbestedende dienst aan de nauwkeurige regels van richtlijn 2004/18 te onderwerpen teneinde te vermijden dat hij bij de gunning van een opdracht nationale ondernemers begunstigt.
- **De keuze van een inschrijving**, en dus van een begunstigde, is dus een element dat **intrinsiek verbonden** is met de bij deze richtlijn ingevoerde regelgeving voor overheidsopdrachten en bijgevolg met het begrip „overheidsopdracht” in de zin van artikel 1, lid 2, onder a), hiervan.
- Tot slot zij erop gewezen dat de bijzonderheid van een systeem van afspraken als in het hoofdgeding, als gevolg van het gegeven dat belangstellende **ondernemers gedurende de gehele looptijd kunnen blijven toetreden tot dat systeem, dat dus niet is beperkt tot een voorafgaande periode waarin de ondernemingen hun belangstelling moeten laten blijken bij de betrokken openbare instelling, volstaat om dit systeem te onderscheiden van een raamovereenkomst**. Overeenkomstig artikel 32, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2004/18 kunnen opdrachten die gebaseerd zijn op een raamovereenkomst immers slechts worden gegund aan ondernemers die oorspronkelijk bij deze raamovereenkomst partij waren.

Tirkkonen-arrest (HvJ 1 maart 2018, C-9/17)

- **Context**

- Fins agentschap wou adviseurs selecteren voor landbouwadvisiediensten ('landbouwadviseringssysteem')
- Landbouwer kiest zelf een adviseur uit de pool; het agentschap betaalt de adviseur

- **Belangrijkste overweging**

- **Exclusiviteit** is een kernvoorwaarde voor de definitie van een overheidsopdracht
- Géén exclusiviteit of gunningscriteria → géén overheidsopdracht in de zin van de Europese richtlijnen.

- Een procedure of systeem waarin er niet één of enkele specifieke ondernemer(s) wordt (worden) gekozen (raamovereenkomst), maar waarbij alle ondernemers worden geselecteerd die aan de gestelde geschiktheidseisen voldoen, is geen overheidsopdracht
- De keuze van een begunstigde is een element dat intrinsiek verbonden is met de bij (oude) richtlijn 2004/18 ingevoerde regelgeving voor overheidsopdrachten en dus met het begrip 'overheidsopdracht'

- **Toegepast op de landbouwadviesdiensten**

- *Dienaangaande blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat het agentschap voornemens was **een omvangrijke „pool” te vormen van adviseurs die aan een bepaald aantal voorwaarden moesten voldoen**. Aangezien het agentschap echter alle kandidaten selecteert die aan deze voorwaarden voldoen, is het duidelijk dat het in het geheel geen selectie maakt onder de ontvankelijke inschrijvingen, en zich beperkt tot het waarborgen van de naleving van kwalitatieve criteria.*
- *Het feit dat, zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing, **de toegang tot het in het hoofdgeding aan de orde zijnde landbouwadviserings-systeem beperkt is tot een voorlopige periode** die eindigt op het moment waarop het examen wordt georganiseerd of uiterlijk op het moment van publicatie van het definitieve gunningsbesluit, en dat het bijgevolg voor een adviseur als Tirkkonen niet mogelijk is om zich bij voornoemd landbouwadviseringssysteem aan te sluiten, **doet aan die beoordeling niet af**.*
- *Het feit dat – **anders dan de context die heeft geleid tot het arrest van 2 juni 2016, Falk Pharma**– een landbouwadviseringssysteem als aan de orde in het hoofdgeding **niet te allen tijde openstaat voor belangstellende ondernemers, immers niet relevant**. In casu is het **doorslaggevende element gelegen in het feit dat de aanbestedende dienst geen enkel gunningscriterium noemt** voor het vergelijken en rangschikken van de ontvankelijke inschrijvingen. **Bij gebreke van dat element**, dat intrinsiek verbonden is met de regelgeving voor overheidsopdrachten, kan een landbouwadviseringssysteem als aan de orde in het hoofdgeding **geen overheidsopdracht** in de zin van artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18 vormen.*

Wanneer móet een overheid een opdracht uitschrijven?

- Zodra de overheid werken, leveringen of diensten **exclusief** aan één of beperkt aantal ondernemingen toekent, is het *plaatsen* van een overheidsopdracht verplicht
- Bij **openhouse** (iedere geschikte ondernemer kan meedoen) is er geen exclusieve toekenning, dus geen formele plaatsingsprocedure vereist
- Wel gelden regels van **transparantie en bekendmaking**, zodat alle marktspelers gelijkwaardig toegang hebben

Kritische bedenkingen bij rechtspraak Hof van Justitie

1. Impact op de aanbestedingsplicht

- Geen overheidsopdracht bij gebrek aan exclusiviteit? **niet evident**, vooral wanneer bestellingen nadien door de aanbestedende overheid zélf worden geplaatst (volumekortingen)
- Risico: **ongelijke verdeling van bestellingen** kan bepaalde ondernemers bevoordelen, ook al gelden dezelfde contractvoorwaarden voor iedereen

2. Gunning en economisch meest voordelige offerte

- Indien de overheid slechts een beperkt aantal dienstverleners met de hoogste score van het examen zou selecteren, zou er wel sprake zijn van een gunningscriterium
 - Strikte interpretatie exclusiviteit?

Exclusiviteit tijdens de uitvoering

- **Vraag:** Krijgt een opdrachtnemer automatisch het exclusieve recht om de opdracht uit te voeren?
 - Niet per definitie. Het hangt af van wat in het bestek en de overeenkomst is vastgelegd
 - Bv. raamovereenkomsten: deelnemers hebben in beginsel geen automatisch recht op deelopdrachten (tenzij minimale hoeveelheden worden gegarandeerd)
- **Gevolgen:**
 - Als er *uitdrukkelijk* exclusiviteit is voorzien, kan de overheid niet zomaar een tweede opdracht met hetzelfde voorwerp uitschrijven
 - Als er geen exclusiviteitsbeding is, kan de overheid wel een nieuwe opdracht uitschrijven, *mits* er geen schending is van contractuele bepalingen

- Geen schending contractuele bepalingen (Rb. Veurne 26 april 2012, nr. 11/137/A)
 - Opdracht tot renovatie stadhuis 2001 (architectenovereenkomst): nooit beëindigd
 - 2011: nieuwe opdracht tot renovatie
 - argumentatie van de aanbesteder dat gedurende 10 jaar geen beroep meer werd gedaan op de architect, maakt volgens de rechtbank niet dat de opdracht stilzwijgend werd beëindigd

Voorbeeld: Straatmeubilair

- **Rechtspraak** (Rb. Hasselt 20 september 2010, nr. 08/1947/A.):
 - Een exclusief recht voor reclame op “wachthuisjes, morriszuilen, stadsplanborden” betekent *niet* dat de opdrachtnemer ook exclusiviteit heeft voor *ander* of nieuw straatmeubilair (bv. fietshuisjes)
- **Conclusie:**
 - Het exclusiviteitsbeding is *steeds* beperkt tot het expliciete voorwerp dat in de overeenkomst is gedefinieerd
 - Ander voorwerp? Nieuwe opdracht vereist

Praktische aandachtspunten

1. Controleer de opdrachtdocumenten

- Is exclusiviteit vermeld of niet?

2. Bepaal het precieze voorwerp

- Hoe ruim is de omschrijving?

3. Bij nieuwe behoeftes

- Ga na of deze vallen onder het exclusief recht, of dat een nieuwe opdracht nodig is

4. Transparantie/kennisgeving

Conclusie

- **Exclusiviteit** is een kernbegrip:
 - Bepaalt mee of er een overheidsopdracht (met gunning en selectie) moet worden georganiseerd
 - Heeft gevolgen bij de uitvoering (afbakening van het voorwerp nodig)
- **Openhousemodel:** géén exclusiviteit → géén klassieke overheidsopdracht → wél een verplichting tot transparantie
- **Voor de praktijk:** altijd nagaan of, en in welke mate, exclusiviteit opgenomen is in de opdrachtdocumenten

Bedankt voor uw aandacht!

Vragen?

Joris Wouters

jw@gsj.be

Geert Van Engelgem

gve@gsj.be



Borsbeeksebrug 36 bus 9
2600 Antwerpen-Berchem

03 232 50 60

www.gsj.be

