

VOF CARU Rogierlaan 9 B4 8400 OOSTENDE



VORMINGEN FORMATIONS CONSULTANCY

[rudiclaeys@telenet.be](mailto:rudiclaeys@telenet.be)

## CARU OVERHEIDSOPDRACHTEN 2021

### NIEUWSBRIEF MEI 2021

THEMA : DE ONDERAANNEMING BIJ OVERHEIDSOPDRACHTEN

#### RECHTSPRAAK

1. VEILIGHEIDS EN GEZONDHEISPLAN VERPLICHT UIT WET OF ZELFS VERPLICHT VIA BESTEKBEPALINGEN
2. TOEVOEGEN VAN VERPLICHTE OPTIES NA ONDERHANDELINGEN VOOR BAFO
- 3.

#### REGELGEVING :

#### INFO VARIA :

Indexcijfers april 2021

Vlotter afsluiten raamovereenkomsten LAATSTE EXEMPLAREN



*Ed. 5/2021 VEWA Copyright © 2021 Alle rechten voorbehouden*

**PROF RUDI CLAEYS**

## THEMA: DE ONDERAANNEMING IN OVERHEIDSOPDRACHTEN

### 1. MOGELIJKHEDEN VAN UITSLUITING OF BEPERKING ONDERAANNEMING

#### a) De onmogelijkheid om onderaanneming uit te sluiten

Als uitgangspunt geldt dat het de opdrachtnemers in principe vrij staat om inderdaad een deel of het geheel van de uitvoering van de opdracht toe te vertrouwen aan een onderaannemer. Dat uitgangspunt vloeit voort uit de vrijheid van ondernemen. Sedert een arrest van het Europese Hof van Justitie uit 2004 is het niet toegelaten om elke vorm van beroep op onderaanneming zomaar te verbieden. Met andere woorden: **'het is verboden, om te verbieden.**

Maar ondanks het principiële recht om een beroep te mogen doen op onderaanneming enerzijds, en het gebrek aan contractuele band tussen een onderaannemer en een aanbestedende overheid anderzijds, heeft de overheidsopdrachtenreglementering toch diverse bepalingen voorzien waarin zij deze onderlinge relaties enigszins tracht te organiseren. Deze bepalingen vinden we op verschillende plaatsen terug: enkele daarvan zijn terug te vinden in het koninklijk besluit Plaatsing, andere dan weer in het koninklijk besluit met betrekking tot de Uitvoeringsregels bij overheidsopdrachten.

Een algemeen verbod op onderaanneming in de wet, ongeachte de sector en zonder de mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om hiervan in het bestek af te wijken, beoordeelde het Hof als een onevenredige beperking van de mededinging. (HvJ Arrest van 5 april 2017inzake C-298/15, Borta.)

#### CONCLUSIE

Het **UITSLUITEN** van de onderaanneming is **NIET MOGELIJK**.

Het **ORGANISEREN** van de onderaanneming blijft echter **WEL MOGELIJK**.

## **b) De mogelijkheid om de onderaanneming te beperken**

Wel kan de overheid eisen dat een minimaal gedeelte van de prestaties door de inschrijver zelf wordt verricht. Dit is niet veralgemeend mogelijk maar **moet gemotiveerd worden omwille van de bijzondere aard van de opdracht**. Bij bepaalde opdrachten kan het immers inderdaad aangewezen of zelfs noodzakelijk zijn dat de aanbestedende overheid zekerheid heeft dat een bepaald deel van de opdracht effectief door de inschrijver zelf wordt uitgevoerd omdat het gaat over zogenaamd **kritische taken**.

De mogelijkheid om **onderaanneming** te beperken is expliciet geregeld in artikel 78, lid 3 Wet **Overheidsopdrachten** dat bepaalt “dat de aanbestedende overheid in geval van **overheidsopdrachten** voor werken, diensten en plaatsings- of installatiewerkzaamheden in het kader van een opdracht voor leveringen kan eisen dat bepaalde kritieke taken rechtstreeks door de inschrijver zelf worden verricht, of wanneer de offerte door een combinatie van ondernemers als bedoeld in artikel 8, § 2 is ingediend, door een deelnemer aan die combinatie”.

De aanbestedende overheid kan dus al in de plaatsingsfase beperkingen opleggen aan de mogelijkheid om bepaalde onderdelen van de opdracht in onderaanneming te geven. Het moet daarbij evenwel gaan om **welomschreven taken die worden gezien als kritiek voor de uitvoering** van de opdracht. Concreet betekent dit dat de aanbestedende overheid in het bestek kan bepalen welke onderdelen van de opdracht (“kritieke taken”) niet in onderaanneming kunnen worden gegeven.

Deze bepaling maakt een specifieke beperking (“welbepaalde kritische taken voorbehouden aan de hoofdaannemer”) mogelijk.

Het beperken van onderaanneming **middels een algemeen percentage is en blijft evenwel onmogelijk**. Er kan dus geen sprake zijn van een algemene omschrijving in de zin van een welbepaald percentage van de opdracht dat moet worden uitgevoerd door de ontwerper of de uitvoerder. (HvJ Arrest van 14 juli 2016 in de zaak C-406/14, Stad Wrocław )

### c) Het opleggen van bepaalde taken aan een verplichte onderaannemer kan ook

Uitvoering enkel door vooraf gemelde onderaannemers :

De aanbesteder kan een beperking van het inzetten van onderaannemers tijdens de uitvoering opleggen tot deze welke in de gunningsfase kenbaar werden gemaakt aan de aanbestedende overheid, en andere dan de vooraf gemelde uitsluiten. ( in dezelfde zin : HvJ Arrest C-314/01, ARGE Telekom )

Dit arrest volgt uit de toepassing van het huidige artikel 74 KB Plaatsing 201724 dat bepaalt dat de aanbestedende overheid in het bestek kan opleggen dat de inschrijver in zijn offerte vermeldt welk gedeelte van de opdracht hij eventueel in onderaanneming zal geven en welke onderaannemers hij voorstelt. Het betreft een mogelijkheid (en geen verplichting) voor de aanbestedende overheid om dit op te leggen in het bestek.

De opdrachtnemer kan tijdens de uitvoering van de opdracht geen andere onderaannemers inzetten dan deze die hij heeft voorgesteld in zijn offerte.

Artikel 73§1RL 2014/24EU bepaalt in deze zin :

*Wat betreft de in artikel 68, § 4, 6°, bedoelde criteria inzake de studie- en beroepskwalificaties, of inzake de relevante beroepservaring, mogen de ondernemers zich evenwel slechts beroepen op de draagkracht van andere entiteiten wanneer laatstgenoemde de werken of diensten waarvoor die draagkracht vereist is, zal uitvoeren.*

Artikel 12§2, 1° KB Uitvoering bevestigt dat de opdrachtnemer die zich inzake studie- en beroepskwalificaties of inzake relevante beroepservaring beroept op de draagkracht van een onderaannemer, deze ook verplicht moet inzetten tijdens de uitvoering.

Omgekeerd betekent dit dat **in alle andere gevallen een inschrijver niet verplicht** is om bij beroep de onderaannemer op wiens draagkracht beroep wordt gedaan, ook daadwerkelijk in te zetten tijdens de uitvoering.

Deze regel is dus duidelijk minder streng dan de oude bepaling vervat in artikel 12, lid 3 KB Uitvoering die verplicht dat de opdrachtnemer beroep doet op de onderaannemers “wanneer de opdrachtnemer voor zijn kwalitatieve selectie gebruik heeft gemaakt van de draagkracht van bepaalde onderaannemers”.

#### **d) Het volledig in onderaanneming doorgeven is eveneens verboden**

Het is echter **ook verboden** voor de betrokken onderaannemer van het eerste niveau om vervolgens **de totaliteit van de hem toevertrouwde opdracht nog eens in onderaanneming te geven** of als een loutere coördinator op te treden (artikel 12/3, § 1 KB Uitvoering).

Artikel 12/3§1 KB Uitvoering verbiedt (algemeen, voor alle sectoren) aan een onderaannemer – waar ook in de keten - om de volledige opdracht die hij uitvoert op zijn beurt in onderaanneming te geven. Het is tevens verboden om enkel de coördinatie uit te voeren.

De onderaannemer die door de opdrachtnemer wordt ingeschakeld moet zich er dus van bewust zijn dat hij een deel van de opdracht zelf moet uitvoeren. De wetgever wil hiermee het opzetten van ellenlange cascades tegengaan.

#### **e) Beperking van de keten van onderaanneming**

De onderaannemingsketen wordt **beperkt tot twee of drie niveaus** (of uitzonderlijk tot een bijkomend niveau, zie infra) en dit enkel voor opdrachten in fraudegevoelige sectoren. De beperking geldt ongeacht het geraamde opdrachtbedrag.

- In geval van een opdracht voor werken die, volgens de aard ervan, is ingedeeld in een categorie zoals bepaald in artikel 4 van het koninklijk besluit van 26 september 1991 tot vaststelling van bepaalde toepassingsmaatregelen van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken, mag de onderaannemingsketen maximum drie niveaus tellen, namelijk de rechtstreekse onderaannemer van de opdrachtnemer, de onderaannemer van het tweede niveau en de onderaannemer van het derde niveau.
- In geval van een opdracht voor werken die, volgens de aard ervan, is ingedeeld in een ondercategorie zoals bepaald in artikel 4 van genoemd koninklijk besluit van 26 september 1991, mag de onderaannemingsketen maximum twee niveaus tellen, namelijk de rechtstreekse onderaannemer van de opdrachtnemer en de onderaannemer van het tweede niveau.

(Om te bepalen of een opdracht, volgens de aard ervan, is ingedeeld in een categorie of ondercategorie, kan u het volgende document gebruiken:

[http://economie.fgov.be/nl/binaries/IndelingEA\\_tcm325-62604.pdf](http://economie.fgov.be/nl/binaries/IndelingEA_tcm325-62604.pdf) )

- Tot slot, in geval van een opdracht voor diensten in de fraudegevoelige sectoren, mag de onderaannemingsketen maximum twee niveaus tellen, namelijk de rechtstreekse onderaannemer van de opdrachtnemer en de onderaannemer van het tweede niveau.

#### **Zijn hierbij geen onderaanneming :**

1. de partijen in een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid, met inbegrip van de tijdelijke handelsvennootschap;
2. leveranciers van goederen, zonder bijkomende plaatsings- of installatiewerken;
3. de organismen of instellingen die controle of certificatie uitvoeren;
4. uitzendkantoren in de zin van wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers.

#### **handhaving**

Elke niet-naleving van de beperking van de onderaannemingsketen geeft aanleiding tot de toepassing van een **straf van 0,2 procent van de oorspronkelijke aannemingsom, die wordt opgelegd per dag dat de inbreuk wordt gepleegd**. De straf mag evenwel nooit meer bedragen dan :

1. 5.000 euro per dag wanneer het een opdracht betreft waarvan de oorspronkelijke aannemingsom lager is dan 10.000.000 euro;
2. 10.000 euro per dag wanneer het een opdracht betreft waarvan de oorspronkelijke aannemingsom gelijk is aan of hoger is dan 10.000.000 euro.

## **2. VORMEN VAN ONDERAANNEMING**

In het kader van een overheidsopdracht kan een inschrijver op drie manieren beroep doen op onderaannemers:

- Onderaanneming met beroep op draagkracht
- Onderaanneming zonder beroep op draagkracht
- Verplichte onderaanneming

### **a) Onderaanneming met beroep op de draagkracht**

Een eerste maatregel daartoe werd opgenomen in artikel 73 van het KB Plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017 (hierna het KB Plaatsing dd. 18 april 2017). In geval er een beroep wordt gedaan op de draagkracht van de onderaannemers moeten deze aantonen aan de selectiecriteria te voldoen en mogen er geen uitsluitingsgronden van toepassing zijn.

Overeenkomstig artikel 68, § 4 KB Plaatsing kan als bewijsmiddel voor het aantonen van de technische bekwaamheid van de inschrijver gevraagd worden om een omschrijving te geven van het gedeelte van de opdracht of de raamovereenkomst dat hij voornemens is in onderaanneming te geven en indien deze bekend zijn reeds de naam op te geven van de betrokken onderaannemer(s).

Dit kan dan een element zijn in de beoordeling van de technische bekwaamheid van de inschrijver en dit voor alle opdrachten (zowel werken, leveringen als diensten).

### **b) Onderaanneming zonder beroep op de draagkracht**

De aanbesteder kan eisen dat de onderaannemers, op welke plaats in de onderaannemingsketen zij ook optreden en in verhouding tot het deel van de opdracht dat zij uitvoeren, voldoen aan de minimumeisen inzake technische en beroepsbekwaamheid van de opdrachtdocumenten.

Het is evenwel niet meer mogelijk dat de aanbesteder ook zou eisen dat de onderaannemers voldoen aan de minimumeisen inzake financiële en economische draagkracht.

Voor die gevallen waarin geen beroep wordt gedaan op de draagkracht van een onderaannemer, voorziet artikel 74 van het KB Plaatsing dat de aanbestedende overheid aan de inschrijver kan vragen welk onderdeel van de opdracht hij in onderaanneming zal geven en kan hij hem verzoeken om een lijst op te stellen met de onderaannemers die hij voorstelt.

### **c) Verplichte onderaanneming**

In volgende gevallen doet de opdrachtnemer verplicht een beroep op een of meerdere vooraf bepaalde onderaannemer(s) (artikel 12, § 2 KB Uitvoering):

1. wanneer de opdrachtnemer voor zijn kwalitatieve selectie bij de criteria inzake de studie- en beroepskwalificaties of inzake de relevante beroepservaring, gebruik heeft gemaakt van de draagkracht van vooraf bepaalde onderaannemers;
2. wanneer de aanbesteder het inzetten van bepaalde onderaannemers oplegt aan de opdrachtnemer;

In beide gevallen is de voorafgaandelijke toestemming nodig van de aanbesteder om de betrokken onderaannemer te vervangen.

3. wanneer de opdrachtnemer bepaalde onderaannemers in zijn offerte heeft voorgedragen overeenkomstig artikel 74 KB Plaatsing, kan hij wanneer hij in de uitvoering gebruik maakt van onderaanneming, daarbij in principe alleen een beroep doen op de voorgedragen onderaannemers, tenzij wanneer hij de toestemming van de aanbesteder verkrijgt tot het inzetten van een andere onderaannemer.



## RECHTSPRAAK

### 1. VEILIGHEIDS EN GEZONDHEISPLAN VERPLICHT UIT WET OF ZELFS VERPLICHT VIA BESTEKBEPALINGEN

#### ARREST RvS nr. 250.263 van 30 maart 2021 n de zaak A. 233.112/XII-9048

De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 3, § 1, 14°, van de wet van 4 augustus 1996 ‘betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk’ (hierna: wet van 4 augustus 1996), van de artikelen 2, § 1, en 30 van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 ‘betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen’ (hierna: koninklijk besluit van 25 januari 2001), van het motiveringsbeginsel en van het zorgvuldigheidsbeginsel “doordat in de bestreden beslissing en in de opdrachtdocumenten wordt aangenomen dat de opdracht onder de toepassing valt van de bepalingen van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen, terwijl dit niet het geval is (minstens niet voor de bepalingen van dit koninklijk besluit die in casu werden toegepast)”.

In de toelichting bij het middel laat de verzoekende partij in essentie gelden dat uit de vergelijking van de definities tussen artikel 2, § 1, van het koninklijk besluit van 25 januari 2001, artikel 3, § 1, 14°, van de wet van 4 augustus 1996 en artikel 2, 19°, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) er mag worden geconcludeerd dat het koninklijk besluit van 25 januari 2001 enkel toepasselijk is op bepaalde overheidsopdrachten voor werken, namelijk bouwwerken en werken van burgerlijke bouwkunde en niet op overheidsopdrachten voor diensten. De huidige opdracht, die een dienstenopdracht is, zou dan ook niet onder het toepassingsgebied vallen van het koninklijk besluit van 25 januari 2001.

Zelfs indien zou worden aangenomen dat de kwestieuze opdracht toch bepaalde bouwwerken of werken van burgerlijke bouwkunde zou omvatten, zo vervolgt de verzoekende partij, dan nog gelden de bepalingen van artikel 30, tweede lid, 1° en 2°, van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 slechts voor bouwplaatsen waar werken worden

uitgevoerd door meerdere aannemers. De kwestieuze opdracht dient echter slechts door één enkele aannemer te worden uitgevoerd.

### *Beoordeling*

7. De verzoekende partij betwist niet dat zij de documenten inzake het veiligheids- en gezondheidsplan (hierna: VGP) niet bij haar offerte heeft gevoegd waardoor de verwerende partij haar offerte substantieel onregelmatig heeft verklaard. De gekozen inschrijver diende, zoals blijkt uit zijn door de verwerende partij vertrouwelijk neergelegde offerte, wel ingevulde documenten in bestaande uit de intentieverklaring, wijze van uitvoering en afzonderlijke prijsberekening met betrekking tot het VGP.

8. Op de eerste plaats mag worden opgemerkt dat de verzoekende partij haar handelwijze, namelijk het niet-voegen bij haar offerte van het document waarin zij uiteenzet op welke wijze zij bij de uitvoering van de opdracht zal rekening houden met het VGP en van de afzonderlijke prijsberekening, niet verantwoordt doch betoogt dat er hoe dan ook voor de aanbestedende overheid geen rechtsgrond was om deze documenten te vragen. Bij haar offerte zelf steekt ook geen enkele verantwoording voor die handelwijze, die nochtans, zo lijkt, deels door het bestek uitdrukkelijk wordt gevraagd bij het niet-invullen van een post voor de afzonderlijke prijsberekening.

In die omstandigheden rijzen ernstige twijfels bij de zorgvuldigheid en bij het behoorlijk burgerschap van de verzoekende partij als inschrijver bij het indienen van haar offerte. De indruk wordt gewekt dat zij gewoonweg – misschien uit onachtzaamheid – geen rekening heeft gehouden met het tweede terechtwijzend bericht eerder dan dat zij niet wenste mee te werken aan de thans door haar opgeworpen onwettigheid.

9. Ten gronde merkt de Raad van State op dat het bestek op zich niet lijkt voor te schrijven dat het koninklijk besluit van 25 januari 2001 van toepassing is. Het lijkt wel uitdrukkelijk te bepalen dat de inschrijvers bij hun offerte een document en een afzonderlijke prijsberekening dienen toe te voegen zoals bedoeld in artikel 30, tweede lid, 1° en 2°, van dit koninklijk besluit.

Bij het bestek is een VGP gevoegd en opgesteld overeenkomstig dit koninklijk besluit. Dit VGP bevat door de inschrijvers in functie van de opdracht in te vullen documenten inzake de afzonderlijke berekening van prijzen en de werkwijze. In deze documenten is onder meer ruimte voorzien voor de aanduiding van de maatregelen en preventiemiddelen en de prijs ervan. Voorts worden hierin ook de bewoordingen van artikel 30 van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 uitdrukkelijk hernomen.

Op het eerste gezicht lijkt te moeten worden vastgesteld dat – zelfs indien het standpunt van de verzoekende partij inzake de beweerde niet-toepasselijkheid van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 op de voorliggende opdracht zou worden bijgevalen – het bestek aan de inschrijvers oplegt om de bij het bestek gevoegde documenten met betrekking tot de “wijze van uitvoering en de afzonderlijke prijsberekening, art. 30, tweede lid, 1° en 2° KB TBM” in te vullen. De verzoekende partij toont ook niet aan welke wettelijke of reglementaire bepaling aan de verwerende partij zou verbieden om dergelijke besteksvereiste op te nemen. Uit het administratief dossier blijkt dat het opnemen van de verplichtingen inzake veiligheid en gezondheid een bewuste keuze is van de verwerende partij.

Uit het voorgaande lijkt op het eerste gezicht dan ook te mogen worden besloten dat de beslissing om de offerte van de verzoekende partij onregelmatig te verklaren minstens mocht worden gesteund op de bepalingen van het bestek zelf.

Het middel is niet ernstig.

## 2. TOEVOEGEN VAN VERPLICHTE OPTIES NA ONDERHANDELINGEN VOOR BAFO

### **ARREST RvS nr. 250.317 van 9 april 2021 in de zaak A. 233.236/XII-9054**

In de aankondiging van de opdracht in het Bulletin der Aanbestedingen van 22 oktober 2020, is geen verplichte optie opgenomen, enkel toegestane opties. In het bijzonder bestek dat de opdracht beheerst, wordt dit bevestigd.

Tijdens de onderhandelingen echter, verantwoord door nieuwe inzichten en een nadrukkelijke behoefte om diverse documenten dagelijks te kunnen aanbieden, worden verplichte opties opgelegd.

In haar BAFO is de verzoekende partij tijdig ingegaan op de vraag om een prijs op te geven voor de verplichte opties. Zij maakt niet aannemelijk dat zij ongelijk zou zijn behandeld. Derhalve mag bezwaarlijk worden aanvaard dat de verwerende partij in strijd zou hebben gehandeld met artikel 4, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, dat stelt dat de aanbesteders de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelen en handelen op een transparante en proportionele wijze. Zelfs indien er sprake zou zijn van enige onregelmatigheid, dan nog heeft die, in de gegeven omstandigheden, geen invloed kunnen uitoefenen op de draagwijdte van de genomen beslissing, noch werd de verzoekende partij een waarborg ontnomen, ook al omdat de verzoekende partij de laagste prijs heeft geboden voor de verplichte opties.

Het middel is niet ernstig.

## REGELGEVING

### VARIA INFO

#### **INDEXCIJFER APRIL 2021**

De Federale Overheidsdienst Economie, K.M.O., Middenstand en Energie deelt mee dat het indexcijfer van de consumptieprijzen voor de maand april 2021, 110.88 punten bedraagt, tegenover 110.51 punten in maart 2021, hetgeen een stijging van 0.37 punt of 0.33 % betekent.

De gezondheidsindex, zoals bedoeld in de wet van 23 april 2015 (Belgisch Staatsblad van 27 april 2015), bedraagt 110.93 punten voor de maand april 2021.

De afgevlakte gezondheidsindex zoals bedoeld in de wet van 23 april 2015 (Belgisch Staatsblad van 27 april 2015), bedraagt 108.35 punten voor de maand april 2021.



LAATSTE  
EXEMPLAREN

#### **HANDBOEK VLOTTER AFSLUITEN RAAMOVEREENKOMSTEN**

Voor degene die niet konden aanwezig zijn op onze Masterclass rond de Raamovereenkomsten is het bijhorende handboek nog beschikbaar.

U kan het exclusief bij ons bestellen via mail op [rudiclaeys@telenet.be](mailto:rudiclaeys@telenet.be)

Met opgave van het verzendadres.

Kostprijs 30,00 € verzending inbegrepen te storten op rekening

VOF CARU BE44 7380 3981 1145.

Het handboek in boekvorm beslaat 114 bladzijden en het bijhorende canvas voor een bestek wordt U digitaal overgemaakt op het door U opgegeven mailadres