

VOF CARU Rogierlaan 9 B4 8400 OOSTENDE



VORMINGEN FORMATIONS CONSULTANCY

rudiclaeys@telenet.be

CARU OVERHEIDSOPDRACHTEN 2018

NIEUWSBRIEF JULI 2018

- 1. ONTBREKEN PRIJSOPGAVE VEILIGHEIDS ENGEZONDHEIDSPAN OF NUL OPGAVE LEIDT TOT SUNSTANTIELE ONREGELMATIGHEID**
- 2. TIJDELIJKE EN MOBIELE BOUWPLAATSEN EN BESTEK OVERHEIDSOPDRACHTEN**
- 3. VERGELIJKING OFFERTEBEDRAGEN INCL OF EXCL BTW (AANPASSING ART.29 KB PLAATSING) INVLOED OP DREMPELS ?**
- 4. TUSSENTIJDSE EENZIJDIGE RECHTEN VAN DE AANBESTEDENDE OVERHEID OP DE BORGTOCHT (AANPZASSDING ART.30 KB UITVOERING)**
- 5. VERMOEDENS VAN BELANGENCONFLICT EN WRAKING-PLICHT VERSUS MELDINGSPLICHT**

Ed. 7/2018

Prof. RUDI CLAEYS

1. HET ONTBREKEN VAN PRIJSOPGAVE OF EEN NUL PRIJS VOOR VEILIGHEIDS EN GEZONDHEIDSMATREGELEN ,ALS DIT VOORZIEN IS IN HET BESTEK, LEIDT TOT EEN SUBSTANTIEEL ONREGELMATIGE OFFERTE

ARREST RVS nr. 241.584 van 24 mei 2018

Het gegeven dat uit de inschrijving van de verzoekende partij en de door haar bijgevoegde, ingevulde, documenten zou blijken dat zij alle veiligheids- en gezondheidsmaatregelen perfect zou gaan naleven, doet niets af aan het ontbreken van een gedetailleerde prijsberekening voor deze maatregelen.

Voorts doet de keuze in het bestek voor de prijs als enig gunningscriterium, niets af aan de duidelijke en **uitdrukkelijke bepaling dat daarnaast bij de offerte een afzonderlijke prijsberekening van de veiligheids- maatregelen diende te worden gevoegd**. De gedetailleerde prijsberekening voor de veiligheidsmaatregelen betreft een autonoom document op grond waarvan de aanbestedende overheid onderzoekt met welke kost de aannemer tijdens zijn prijscalculatie rekening heeft gehouden voor de veiligheidsmaatregelen en -middelen.

Het ontbreken van een afzonderlijke prijsberekening, vooral het feit dat de verzoekende partij in het geheel geen prijs heeft opgegeven voor de specifieke veiligheidsmaatregelen, leidt er toe dat de verwerende partij bij de opening van de offertes geen zicht had op de ernst van de door de verzoekende partij voorgenomen maatregelen inzake het veiligheids- en gezondheidsplan. Deze afzonderlijke kostprijsberekening is immers noodzakelijk om de prijzen van de inschrijvers te kunnen vergelijken en raakt – vermits zij betrekking heeft op de prijs – in beginsel aan essentiële bestekvoorwaarden. Aangezien de verwerende partij aldus geen kennis had van de kosten die de verzoekende partij in rekening brengt voor de verschillende veiligheidsmaatregelen, tast dit op het eerste gezicht wel degelijk de vergelijkbaarheid van de offertes aan.

De verwerende partij lijkt hier voorts ook terecht te verwijzen naar de omzendbrief van 18 december 2007 'Overheidsopdrachten - Tijdelijke of mobiele bouwplaatsen - Veiligheids- en gezondheidsplan - Praktische richtlijnen met betrekking tot de documenten die in toepassing van artikel 30, tweede lid, van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen bij de offerte moeten worden gevoegd'.

Terecht lijkt de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij om die reden substantieel onregelmatig te hebben verklaard.

2. REGELGEVING TMB EN OVERHEIDSOPDRACHTEN

Ter herinnering

De wijzigingen aan de artikelen 29 en 30 van het koninklijk besluit bouwplaatsen hebben tot doel een aantal problemen op te lossen inzake de toepassing binnen het kader van bouwplaatsen die het voorwerp uitmaken van een overheidsopdracht. Ze worden hierna kort weergegeven.

WIJZIGING VAN ARTIKEL 29

ACHTERGROND

Het artikel 29 van het koninklijk besluit bouwplaatsen heeft betrekking op de werven bedoeld in afdeling II en in artikel 26, § 3 van het koninklijk besluit bouwplaatsen (met name kleine werven met bouwwerken met een oppervlakte kleiner dan 500 m² en niet gelijkgesteld met bouwwerken van 500 m² of meer, met werkzaamheden van geringe omvang en zonder bijzondere gevaren en waar de werken worden uitgevoerd door meerdere aannemers).

Sinds 2005 legt artikel 29 aan de tussenkomenende partijen voor dergelijke kleine werven de verplichting op om onderling een schriftelijke overeenkomst af te sluiten met afspraken betreffende de uitvoering van de werkzaamheden en de te nemen preventiemaatregelen. In 2005 werd, met het oog op administratieve vereenvoudiging, voor deze kleine werven de verplichting geschrapt om een veiligheids- en gezondheidsplan op te stellen en werd deze vervangen door de verplichting een dergelijke overeenkomst te sluiten.

WIJZIGING VOOR BOUWPLAATSEN DIE HET VOORWERP UITMAKEN VAN EEN OVERHEIDSOPDRACHT

Het artikel 158 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 overheidsopdrachten voegde een lid toe aan artikel 29 van het koninklijk besluit bouwplaatsen. Dit toegevoegd lid laat aan de opdrachtgever die een aanbestedende overheid is in de zin van artikel 2 van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006, uitdrukkelijk de keuze tussen het opstellen van een veiligheids- of gezondheidsplan of het sluiten van een overeenkomst bedoeld in artikel 29 van het koninklijk besluit bouwplaatsen en dit voor de kleine werven bedoeld in artikel 29.

WIJZIGING VAN ARTIKEL 30

ACHTERGROND

Het artikel 30 van het koninklijk besluit bouwplaatsen betreft alle bouwplaatsen waar de werkzaamheden worden uitgevoerd door meerdere aannemers, behalve de kleine werven bedoeld in artikel 29.

Het artikel 30, eerste lid, van het koninklijk besluit bouwplaatsen verplicht de opdrachtgever om, ter gelegenheid van een offerteaanvraag voor het uitvoeren van bouwwerken, de nodige maatregelen te nemen opdat het veiligheids- en gezondheidsplan deel zou uitmaken van het bijzonder bestek of de documenten die dit vervangen.

Het artikel 30, tweede lid van het koninklijk besluit bouwplaatsen legt aan de opdrachtgever de verplichting op er voor te zorgen dat de kandidaten bij hun offertes bepaalde informatie toevoegen (een afzonderlijk document waarin de kandidaten beschrijven op welke wijze zij het bouwwerk zullen uitvoeren om rekening

te houden met het veiligheids- en gezondheidsplan en een afzonderlijke prijsberekening in verband met de door het veiligheids- en gezondheidsplan bepaalde preventie maatregelen en –middelen).

WIJZIGING TEN AANZIEN VAN WERVEN DIE HET VOORWERP UITMAKEN VAN EEN OVERHEIDSOPDRACHT

Het artikel 159 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 overheidsopdrachten voegde een vierde lid toe aan artikel 30 van het koninklijk besluit bouwplaatsen.

Dit nieuwe lid van artikel 30 van het koninklijk besluit bouwplaatsen bepaalt dat de opdrachtgever die een aanbestedende overheid is in de zin van de artikel 2 van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006, de inschrijvers moet verplichten om bij hun offerte het document en de afzonderlijke prijszetting bedoeld in artikel 30, lid 2, 1° en 2° te voegen indien de coördinator- ontwerp (inzake veiligheid en gezondheid) aantoont dat dit document of deze prijsberekening noodzakelijk is opdat de maatregelen bepaald in het veiligheids- en gezondheidsplan daadwerkelijk kunnen worden toegepast en voor zover de coördinator-ontwerp de onderdelen verduidelijkt waarvoor dat document of die prijsberekening nodig is.

Het wordt dus aan de coördinator-ontwerp overgelaten om te oordelen of het vragen van dit document of de prijsberekening aan de inschrijvers nodig is, en zo ja, de elementen te verduidelijken waarvoor de coördinator-ontwerp deze informatie wenst te ontvangen.

Bovendien herformuleerde het artikel 159 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 overheidsopdrachten het derde lid van artikel 30 om te verduidelijken dat de opdrachtgevers van tijdelijke of mobiele bouwplaatsen waarop de bepalingen van artikel 29 van toepassing zijn, vrijgesteld zijn van de toepassing van artikel 30, lid 1 en lid 2.

Concreet: niet opvragen indien niet gemotiveerd

Indien de veiligheidscoördinator-ontwerp niet motiveert waarom het document en de prijsberekening moeten worden opgevraagd, moet de aanbestedende overheid deze documenten niet opvragen. De aanbestedende overheid kan deze documenten vrijwillig opvragen maar is hiertoe niet verplicht. De rechtspraak formuleert het als volgt (zie arrest Raad van State van 11 februari 2014): “het voorschrijven van de documenten bedoeld in artikel 30 in hoofde van de aanbestedende overheid, is, al naar gelang het geval de coördinator de noodzaak daartoe al dan niet expliciteert, hetzij verplicht hetzij facultatief. Het niet voorliggen van een expliciete verantwoording vanwege de veiligheidscoördinator-ontwerp belet de aanbestedende overheid wettig gezien niet om aan de inschrijvers te vragen om bij hun offerte het document en de afzonderlijke prijsberekening te voegen.”

Het wordt dus aan de coördinator-ontwerp overgelaten om te oordelen of het vragen van dit document of de prijsberekening aan de inschrijvers nodig is, en zo ja, de elementen te verduidelijken waarvoor de coördinator-ontwerp deze informatie wenst te ontvangen.

Opmerking :

Het Koninklijk Besluit betreffende de Tijdelijke of Mobiele bouwplaatsen (TMB) blijft voorlopig nog even bestaan. Dit wil zeggen dat de bepalingen van kracht blijven en verder toegepast moeten worden. In een later stadium wordt ook dit KB gradueel opgenomen in de nieuwe codex in boek III, titel 7.

3. VERGELIJKING OFFERTEBEDRAGEN INCL OF EXCL BTW (AANPASSING ART.29 KB PLAATSING) INVLOED OP DREMPELS ?

Offertes vergelijken met inbegrip van de BTW moet voortaan alleen nog wanneer deze belasting ook effectief een kost teweegbrengt voor de aanbestedende overheid. Er zijn immers situaties waarbij de aanbestedende overheid de BTW kan recupereren. Altijd de BTW in rekening brengen bij de evaluatie van de offertebedragen zoals tot nog toe was vereist, strookt dus niet met de werkelijkheid. De tekst van artikel 29, derde lid KB Plaatsing wordt in die zin aangepast.

Het gewijzigde artikel 29 KB Plaatsing is enkel van toepassing op opdrachten bekendgemaakt vanaf 28 april 2018.

Op basis van de tekstaanpassing blijft het op het eerste zicht nog onduidelijk of deze nieuwe visie op de BTW enkel slaat op de evaluatie van de offertebedragen, of ook betrekking heeft op de berekening van de onderscheiden ingevoerde drempelwaarden.

Artikel 4 Richtlijn 2014/24/EU en artikel 3 KB Plaatsing Klassieke Sectoren van 18/04/2017 voorzien dat alle drempelbedragen te verstaan zijn als bedragen zonder BTW.

Gezien het art.7§1 van het KB Plaatsing betreffende de regels voor de raming niet werden aangepast en evenmin als art.16 van de WOO blijven de drempels exclusief BTW.

VOORLOPIGE CONCLUSIE : al dan niet rekening houden met de BTW speelt enkel bij de vergelijking van de ingediende offertes, maar niet voor de bepaling van de toepasselijke drempelwaarden.

4. TUSSENTIJDSE EENZIJDIGE RECHTEN VAN DE AANBESTEDENDE OVERHEID OP DE BORGTOCHT (AANPZASSING ART.30 KB UITVOERING)

De regeling over de aanspraken die de aanbestedende overheid op de borgtocht kan maken, wordt in het reparatie KB verduidelijkt. De tekst van artikel 30 KB Uitvoering wordt daarom vervangen.

Vooreerst wordt benadrukt dat de borgtocht in geen geval mag worden gelijkgesteld met een garantie op eerste verzoek. De verweermiddelen van de opdrachtnemer moeten overeenkomstig de aangepaste tekst van artikel 30 KB Uitvoering steeds in overweging worden genomen. Het KB benadrukt evenwel dat de instelling bij wie de borgtocht werd gesteld niet om het akkoord van de opdrachtnemer mag verzoeken alvorens de borgtocht vrij te geven ten voordele van de aanbestedende overheid, indien de opdrachtnemer binnen de in artikel 44, § 2 bedoelde termijn geen verweermiddelen liet gelden. Wanneer de opdrachtnemer geen verweer heeft opgeworpen binnen de opgelegde termijn, kan immers niet worden aanvaard dat deze alsnog zijn veto zou kunnen stellen om over te gaan tot betaling.

Als de opdrachtnemer binnen die termijn echter wel verweermiddelen heeft voorgelegd, dan moeten deze verweermiddelen, alsook de verificatie of de in artikel 44, §2 AUR vastgestelde voorwaarden werden nageleefd, in overweging worden genomen voordat de inhouding wordt toegestaan.

Hou er rekening mee dat de aanbestedende overheid alleen de sommen op de borgtocht mag afhouden die haar toekomen wanneer de opdrachtnemer in gebreke blijft. Er moet daarbij rekening worden gehouden met de compensatie uit artikel 72 KB Uitvoering. Overeenkomstig deze bepaling wordt elk bedrag dat aan de aanbestedende overheid is verschuldigd in het kader van de uitvoering van de opdracht, in eerste instantie ingehouden op de door de opdrachtnemer om welke reden ook opeisbare bedragen en vervolgens op de borgtocht.

CONCLUSIE : voorzie een aangepaste sanctieregeling en adequate maatregelen in uw voordeel om deze wijziging tenvolle zijn uitwerking te kunnen geven.

5. VERMOEDENS VAN BELANGENCONFLICT EN WRAKING-PLICHT VERSUS MELDINGSPLICHT

Vermoedens van belangenconflict en wrakingsplicht

In een aantal gevallen bestaat er een vermoeden dat een belangenconflict voorligt. Dit is meer bepaald het geval :

- zodra de ambtenaar, de openbare gezagsdrager of de natuurlijke persoon bedoeld in artikel 6, § 1, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016, **bloed- of aanverwant is in de rechte lijn tot de derde graad en in de zijlijn tot de vierde graad of in geval van wettelijke samenwoning**, met een van de kandidaten of inschrijvers of met ieder ander natuurlijk persoon die voor rekening van een van hen een vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid uitoefent;
- indien de ambtenaar, de openbare gezagsdrager of de natuurlijke persoon bedoeld in artikel 6, § 1, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016, zelf of via een tussenpersoon **eigenaar, mede- eigenaar of werkend vennoot is van één van de kandiderende of inschrijvende ondernemingen** dan wel in rechte of in feite, zelf of desgevallend via een tussenpersoon, een vertegenwoordiging-, beslissings- of controlebevoegdheid uitoefent. De ambtenaar, de openbare gezagsdrager of de natuurlijke persoon die zich in een toestand van belangenconflict bevindt, is verplicht **zichzelf te wraken** (art. 6, § 3, wet van 17 juni 2016). Hij moet er de aanbesteder schriftelijk en onverwijld van op de hoogte stellen.

Meldingsplicht deelname in kapitaal van kandidaat of inschrijver

Indien de ambtenaar, de openbare gezagsdrager, de natuurlijke persoon of rechtspersoon bedoeld in artikel 6, § 1, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016, zelf of via een tussenpersoon, één of meer aandelen of deelbewijzen ter waarde van ten minste vijf percent van het maatschappelijk kapitaal van een van de kandiderende of inschrijvende ondernemingen bezit, is hij verplicht de aanbesteder daarvan **in kennis te stellen**. Hij is niet altijd verplicht zichzelf te wraken, maar moet in de voormelde gevallen wel steeds een kennisgeving verrichten.