

VOF CARU Rogierlaan 9 B4 8400 OOSTENDE



VORMINGEN FORMATIONS CONSULTANCY

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

## **CARU OVERHEIDSOPDRACHTEN 2019**

### **NIEUWSBRIEF JUNI 2019**

1. HORIZONTALA SAMENWERKING EN IN HOUSE OPDRACHTEN NA DE NIEUWE WET
2. DEELNAME INTERGEMEENTELIJKE VERENIGING ALS ONDERNEMER BIJ OVERHEIDSOPDRACHTEN
3. DEELNAME DOOR EEN TIJDELIJKE MAATSCHAP OF EEN TIJDELIJKE VERENIGING BETEKENT DAT ELK VERHAAL OOK GEZAMENLIJK DOOR ALLE LEDEN MOET GEVOERD WORDEN
4. DE ELEKTRONISCHE HANDTEKENING (zie Digital-Act-II-Terminologische Gids op FOD ECONOMIE)
5. RICHTLIJNEN BOURGEOIS PEETERS VOOR SNELLERE BETALING DOOR DEVLAAMSE OVERHEID (19/6/2019)
6. INSCHRIJVINGSFORMULIER MASTERCLASS (drie laatste plaatsen)

**PROF RUDI CLAEYS**

# 1. HORIZONTALE SAMENWERKING EN IN HOUSE OPDRACHTEN NA DE NIEUWE WET

## In house

De uitzondering op de verplichting via een overheidsopdracht te werken is voor handen wanneer een aanbestedende overheid een opdracht gunt aan een andere publiekrechtelijke persoon, die kan gerekend worden tot haar eigen diensten, de zogenaamde 'in house'-opdrachten of 'quasi-interne' opdrachten.

Het is inderdaad logisch dat een aanbestedende overheid de overheidsopdrachtenwet niet hoeft te volgen wanneer zij een opdracht gunt aan een andere overheid, die als het ware tot haar eigen diensten kan gerekend worden, alsof het, met andere woorden, een 'quasi-interne' opdracht betreft. Artikel 12 van richtlijn 2014/24/EU, dat werd omgezet in de artikelen 30 en 31 van de wet van 17 juni 2016, heeft de rechtsregels gecodificeerd, die het Hof van Justitie van de Europese Unie de voorbije twintig jaar ontwikkeld heeft aangaande samenwerking tussen overheidsdiensten.

Er zijn **drie voorwaarden** om te kunnen spreken van een in house-gunning, en dus opdrachten toe te laten tussen overheidsdiensten zonder toepassing van de wet overheidsopdrachten:

**1° de aanbestedende overheid oefent op de gecontroleerde rechtspersoon (aan wie de opdracht gegund wordt) 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;**

**3° er is geen directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon.**

Inhoudelijk verandert er weinig ten opzichte van de rechtspraak van het Hof van Justitie, zij het dat sommige van deze regels verduidelijkt zijn, andere versoepeld. Aldus wordt bepaald dat het toezicht kan worden uitgeoefend door een andere rechtspersoon, die zelf op dezelfde wijze door de aanbestedende overheid wordt gecontroleerd. Hiermede wordt het 'onrechtstreekse in house-toezicht' bedoeld.

Het is inderdaad logisch dat een aanbestedende overheid de overheidsopdrachtenwet niet hoeft te volgen wanneer zij een opdracht gunt aan een andere overheid, die als het ware tot haar eigen diensten kan gerekend worden.

Zo ook wordt de voorwaarde volgens dewelke de gecontroleerde overheidsdienst (aan wie de opdracht wordt gegund) het merendeel van haar activiteiten moet leveren voor de opdrachtgevende overheid beter afgebakend: het percentage activiteiten, uitgevoerd ten gunste van de opdrachtgevende overheid, moet meer dan 80% bedragen van haar volledige omzet. Het Hof van Justitie had daar geen vast cijfer opgeplakt. De regels hoe dit percentage moet worden berekend, worden ook in de wet vastgelegd. Dit biedt alleszins meer rechtszekerheid.

Ook de voorwaarde dat er geen sprake mag zijn van directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon wordt versoepeld. Sommige vormen van participatie van privékapitaal worden toegestaan, op voorwaarde dat die geen controle of blokkerende macht oplevert, vereist is krachtens de nationale wetgeving (die uiteraard in overeenstemming moet zijn met de verdragen), en geen beslissende invloed kan uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon. De rechtspraak van het Hof van Justitie verbodt ' in het kader van de in house-regeling ' elke participatie, zelfs voor minder dan de helft, van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap waarin ook de aanbestedende overheid participeerde. Dit verbod zal in de toekomst dus afgezwakt worden, maar kan misschien terug leiden tot verschillende interpretaties'

**Artikel 30 § 2 van de nieuwe wet** voorziet voor het eerst in **twee bijzondere gevallen** van 'in house-toezicht'. In het eerste geval spreken we van 'opwaartse in house' en in het tweede geval van 'collaterale in house'.

**In het eerste geval is de gecontroleerde rechtspersoon een aanbestedende overheid die een opdracht plaatst bij haar controlerende aanbestedende overheid. (REVERSE IN HOUSE)**

**In het tweede geval plaatst de rechtspersoon de opdracht bij een andere rechtspersoon die door dezelfde aanbestedende overheid wordt gecontroleerd (een zusterentiteit).** Met andere woorden, een aanbestedende dienst gunt een opdracht aan een opdrachtnemer, die beiden onder het toezicht van een zelfde autoriteit vallen. Dezelfde drie voorwaarden zijn van toepassing als voor het gewone in house-regime. (COLLATERAL IN HOUSE)

Tenslotte is er ook het '**gezamenlijke in house-toezicht**'. Dit is de situatie waarbij **verschillende aanbestedende overheden samen een entiteit in handen hebben**: zij zijn ook vrijgesteld van de verplichting om de plaatsingsregels na te leven in het kader van hun betrekkingen met die entiteit.

De voorwaarden voor een 'gezamenlijke in house-toezicht' zijn dus nagenoeg dezelfde als die voor het 'gewone in house-toezicht'. Niettemin wijst de Memorie van Toelichting op een belangrijke onderscheid. Terwijl een gecontroleerde rechtspersoon, in het kader van het 'gewone in house-toezicht', rechtstreeks een overheidsopdracht mag gunnen aan zijn controlerende aanbestedende overheid of aan een andere rechtspersoon die door

dezelfde aanbestedende overheid wordt gecontroleerd, bestaat een dergelijke mogelijkheid niet in geval van 'gezamenlijk in house-toezicht'. In dit laatste geval gaat het dus om een eenrichtingsverkeer, met name van de controlerende overheden naar de gecontroleerde.

### **Horizontale samenwerking**

Naast de in house-regeling is de overheidsopdrachtenwet ook niet van toepassing op de overeenkomsten die **een samenwerking tussen openbare lichamen tot stand brengen met het doel de uitvoering te verzekeren van een taak van algemeen belang die zij gemeenschappelijk hebben**. Hier gaat het dus niet meer om overheden die een institutionele band hebben met elkaar, zoals in de 'in house-regeling', maar gewoon om overheden die samen een gemeenschappelijke taak willen uitvoeren. Men noemt dit de niet-geïstitutionaliseerde horizontale samenwerking tussen overheidsdiensten.

Een voorbeeld hiervan vinden we onder meer in een arrest van 9 juni 2009 (zaak C-480/06) van het Hof van Justitie, dat er geen bezwaar tegen had dat vier Duitse Landkreise, gevestigd in de omgeving van de stad Hamburg, een samenwerkingsovereenkomst sloten met de reinigingsdienst van deze stad om de afvalverwerking op hun grondgebied te verzorgen, zonder dat daarvoor een voorafgaande gunningsprocedure werd uitgeschreven. Het Hof was van oordeel dat het Europees recht de overheidsinstanties niet verplicht om eerst een gemeenschappelijke rechtspersoon op te richten om hun publieke taken uit te voeren.

Deze materie wordt thans geregeld in een wettekst. **Artikel 31 van de nieuwe wet** voorziet dat een opdracht die uitsluitend tussen twee of meer aanbestedende overheden wordt gesloten buiten het toepassingsgebied valt van de 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;**

**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 (art. 31 WOO 2016).**

## 2. DEELNAME INTERGEMEENTELIJKE VERENIGING ALS ONDERNEMER BIJ OVERHEIDSOPDRACHTEN

ARREST RvS nr. 244.455 van 9 mei 2019 in de zaak A. 227.851/XII-8720

Wat het eerste middelonderdeel betreft, lijkt de argumentatie van de verzoekende partijen, waarbij zij op algemene wijze betogen dat een opdrachthoudende vereniging geen verbintenissen mag aangaan die **buiten de territoriale grenzen van de overgedragen uitvoeringsbevoegdheid** ligt, op het eerste gezicht niet te kunnen worden gevolgd. Zoals de Raad reeds oordeelde, onder meer in de arresten nr. 190.341 van 10 februari 2009, nv Van Gansewinkel en nr. 237.577 van 7 maart 2017, nv Sita Treatment & Recycling, lijkt een opdrachthoudende vereniging als rechtspersoon over de juridische mogelijkheid te beschikken om buiten het grondgebied van haar gemeenten rechtsverhoudingen aan te gaan ook al zouden deze dan contractueel van aard zijn. Deze rechtspraak kwam tot stand in het kader van artikel 41 van de Grondwet en het decreet van 6 juli 2001 „houdende de intergemeentelijke samenwerking“ waarvan de hier relevante bepalingen in wezen hernomen werden in het DLB.

Wat het tweede middelonderdeel betreft, mag worden aangenomen, zoals reeds blijkt uit de rechtspraak onder randnummer 9.2.2, dat **een intergemeentelijke vereniging mag deelnemen aan een overheidsopdracht**. Onder het begrip ondernemer zoals gedefinieerd in artikel 2, 10°, van de wet overheidsopdrachten 2016 kan een publiekrechtelijke rechtspersoon worden verstaan. Zo ook wordt in artikel I.1, 1°, van het Wetboek van Economisch Recht een publiekrechtelijke rechtspersoon die goederen of diensten op een markt aanbiedt, als een onderneming gedefinieerd. Hier mag ook worden verwezen naar het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 23 december 2009 in de zaak C-305/08, CoNISMa/Regione Marche waarin het Hof voor recht verklaart dat “het begrip „ondernemer“ [...] aldus [moet] worden uitgelegd dat op grond daarvan aan een openbare aanbesteding van diensten kan worden deelgenomen door lichamen die hoofdzakelijk andere doelstellingen dan winst nastreven, niet als een onderneming zijn georganiseerd en evenmin op een regelmatige basis op de markt aanwezig zijn, zoals universiteiten en onderzoeksinstituten alsook combinaties bestaande uit universiteiten en overheidsinstanties”.

Voorts lijkt artikel 397, tweede lid, DLB waarin is bepaald dat de verbintenissen van het samenwerkingsverband geen handelskarakter hebben, op het eerste gezicht niet zo te mogen worden begrepen dat dit op algemene wijze elke deelname aan een overheidsopdracht zou uitsluiten of dat dit commerciële activiteiten in elk geval uitsluit.

Ten slotte lijken de verzoekende partijen hier met het door hen ingeroepen artikel 36 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 niet aan te tonen dat de overheidsopdrachtenregelgeving inschrijvers verplicht in **een winstmarge** te voorzien;

Hierbij lijkt ook te mogen worden gewezen op het arrest van het Europees Hof van Justitie van de Europese Unie van 13 juni 2013 in de zaak C-386/11, Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG/Kreis Düren waarin wordt overwogen dat “een overeenkomst [moet] worden geacht te zijn gesloten „**onder bezwarende titel**” in de zin van artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2004/18, **zelfs indien de vastgestelde vergoeding beperkt is tot de terugbetaling van de kosten die zijn gemaakt om de overeengekomen dienst te verrichten**”.

### 3. DEELNAME DOOR EEN TIJDELIJKE MAATSCHAP OF EEN TIJDELIJKE VERENIGING BETEKENT DAT ELK VERHAAL OOK GEZAMENLIJK DOOR ALLE LEDEN MOET GEVOERD WORDEN

ARREST RvS nr. 244.315 van 30 april 2019 in de zaak A. 227.753/XII-8714

Indien een offerte wordt ingediend door een **combinatie zonder rechtspersoonlijkheid** is een annulatieberoep of vordering tot schorsing tegen een gunningsbeslissing in beginsel **slechts ontvankelijk ingesteld indien zulks gebeurt door alle leden van de betrokken combinatie, samen optredend**. Wanneer een van de leden van deze combinatie alleen optreedt voor de Raad van State, mist een dergelijke verzoekende partij de vereiste hoedanigheid en het rechtens vereiste persoonlijk en rechtstreeks belang bij haar beroep of vordering.

Zoals de Raad van State reeds opmerkte in het arrest van 28 februari 2019 laat de zinsnede “elke persoon die een belang heeft of heeft gehad om een bepaalde opdracht [...] te krijgen” zoals ook terug te vinden in het te dezen toepasselijk artikel 46 van de wet van 17 juni 2013, niet toe om anders te oordelen. De verzoekende partij heeft geen offerte ingediend alleen handelend en kan dus niet worden geacht een belang te hebben of te hebben gehad om de kwestieuze opdracht gegund te krijgen. Aan haar alleen mocht de opdracht niet worden gegund.

## 4. DE ELEKTRONISCHE HANDTEKENING (zie Digital-Act-II- Terminologische Gids op FOD ECONOMIE)

### *Soorten elektronische handtekeningen*

De eIDAS-verordening bepaalt en definieert in artikel 3 drie afzonderlijke types elektronische handtekeningen, in functie van het niveau van beveiliging dat ermee kan worden bereikt. Het betreft:

- de “**elektronische handtekening** “: gegevens in elektronische vorm die gehecht zijn aan of logisch verbonden zijn met andere gegevens in elektronische vorm en die door de ondertekenaar worden gebruikt om te ondertekenen (artikel 3.10.);
- de “**geavanceerde elektronische handtekening**”: een elektronische handtekening die voldoet aan de eisen in artikel 26 van de eIDAS-verordening, namelijk:
  - opuniekewijzeaan de ondertekenaar verbonden zijn;
  - hetmogelijkmakende ondertekenaar te identificeren;
  - totstandkomen met gegevens voor het aanmaken van elektronische handtekeningen die de ondertekenaar, met een hoog vertrouwensniveau, onder zijn uitsluitende controle kan gebruiken, en
  - op zodanig wijze aan de daarmee ondertekende gegevens verbonden zijn, dat elke wijziging achteraf van de gegevens kan worden opgespoord (artikel 3.11.);
- de “**gekwalficeerde elektronische handtekening** ”: een geavanceerde elektronische handtekening die is aangemaakt met een gekwalficeerd middel voor het aanmaken van elektronische handtekeningen en die gebaseerd is op een gekwalficeerd certificaat voor elektronische handtekeningen (artikel 3.12.).

### *Bewijskracht*

Ook al worden in de verordening 3 types elektronische handtekening gedefinieerd, toch moet worden onderstreept dat – volgens artikel 25.2. van de eIDAS-verordening – enkel de gekwalficeerde elektronische handtekening dezelfde rechtsgevolgen heeft als een handgeschreven handtekening (gelijkstellingsbeginsel).

Als de redacteur een handgeschreven handtekening zou eisen in het kader van de papieren procedure, of een handtekening aangemaakt met een elektronische identiteitskaart in het kader van de elektronische procedure, is het aangeraden om een gekwalficeerde elektronische handtekening te eisen (artikel 3.12. van de eIDAS-verordening).



## 5. RICHTLIJNEN BOURGEOIS PEETERS VOOR SNELLERE BETALING DOOR DE VLAAMSE OVERHEID (19/6/2019)

Naast de e-facturatie wordt er ook ingezet op een verstrenging van de procedures voor de verificatietermijn. Standaard wordt voorzien in een verificatietermijn van maximaal 30 dagen, gevolgd door een betalingstermijn van maximaal 30 dagen. Maar **voor opdrachten waarbij de uit te voeren prestaties en hoeveelheden volledig vastliggen, en waarbij het om niet-complexe prestaties gaat, zal de Vlaamse overheid voortaan geen verificatietermijn meer toepassen**. Er zal dus enkel nog een verificatietermijn toegepast worden wanneer het echt nodig is.

Bovendien voorzien de richtlijnen in een **onmiddellijke uitbetaling wanneer het dossier administratief is afgehandeld**. Het is dus niet nodig om te wachten tot de betalingstermijn van 30 dagen is verstreken: zodra het goedkeuringsproces van de factuur is doorlopen, zal onmiddellijk nadien de betaling door de entiteiten gebeuren.

## 6. INSCHRIJVINGSFORMULIER MASTERCLASS (drie laatste plaatsen)

|   |                  |               |
|---|------------------|---------------|
| VOF CARU  | Rogierlaan 9 b 4 | 8400 OOSTENDE |
|  |                  |               |
| VORMINGEN   | FORMATIONS       | CONSULTANCY   |
| <b>rudiclaeys@telenet.be</b>  |                  |               |

**CARU MASTERCLASS : DE NIEUWE BESTEKCLAUSULES  
BIJ OVERHEIDSOPDRACHTEN  
24 OKTOBER 2019. HOLIDAY INN HASSELT**

INSCHRIJVINGSFORMULIER te mailen aan [rudiclaeys@telenet.be](mailto:rudiclaeys@telenet.be)

### GEGEVENS DEELNEMENDE ORGANISATIE

Maatschappelijke benaming :

Ondernemingsnummer:

### CURSIST

Naam en voornaam: \_\_\_\_\_

Functie: \_\_\_\_\_

Postcode en gemeente: \_\_\_\_\_

E-mail: \_\_\_\_\_

FACTURATIEADRES: \_\_\_\_\_

Ondernemingsnummer: \_\_\_\_\_

Straat en nummer: \_\_\_\_\_

Postcode en gemeente: \_\_\_\_\_

E-mail: \_\_\_\_\_

Het bestuur verbindt er zich toe het inschrijvingsgeld te betalen na ontvangst van de factuur.

Let op! Inschrijvingen annuleren kan slechts tot één week voor de startdatum van de opleiding of training. Nadien wordt het volledige inschrijvingsgeld gefactureerd.

datum,

handtekening,

functie

