



TENDER
EXPERT
UW PARTNER BIJ OVERHEIDSOPDRACHTEN



NEWSLETTER APRIL 2020

Contacteer ons :

Kantoor Vlaanderen | Edixvelde 39, 9320 Aalst | erik@tenderexpert.be | 32 495 62 93 32
Kantoor Brussel & Wallonië | Oud Korenhuis 3, 1000 Brussel | bjorn@tenderexpert.be | +32 497 85 45 90

www.tenderexpert.be



Inhoudsopgave

| | |
|---|---|
| Inleiding | 3 |
| Kunnen nieuwe overheidsopdrachten nog opgestart worden? | 3 |
| Wat met dringende opdrachten? | 3 |
| Kan een ondernemer een ingediende offerte intrekken? | 4 |
| Kan men een lopende procedure stopzetten? | 4 |
| Kan/moet men de indieningstermijn van offertes verlengen? | 4 |
| Wat met de verbintenistermijn? | 4 |
| Wat met onvoorzienbare omstandigheden in de loop van de uitvoering? | 5 |
| Wat met wijzigingen? | 5 |
| Wat met straffen en vertragingsboetes? | 6 |
| Wat met de betalingstermijnen? | 6 |

DE PRAKTISCHE GEVOLGEN VAN COVID19 OP OVERHEIDSOPDRACHTEN

Inleiding

Door de maatregelen van de overheid, werken zowel ondernemingen als aanbesteders nu vaak maar op halve kracht. Sommige ondernemers hebben zelfs volledig de deuren moeten sluiten.

Alhoewel we in het Bulletin der Aanbestedingen zien dat het aantal gepubliceerde aankondigingen lichtjes daalt, blijft de behoefte van overheden naar werken, leveringen en diensten bestaan: de markt van

de overheidsopdrachten is nog steeds springlevend.

Toch ontstaan er door de Corona-crisis enkele problemen of kunnen bij bepaalde opdrachten een aantal vragen rijzen.

In deze newsletter proberen we zeer praktisch na te gaan wat mogelijke oplossingen kunnen zijn of wat mogelijke gevolgen zijn, zowel voor de plaatsing van opdrachten als voor de uitvoering ervan.

Kunnen nieuwe overheidsopdrachten nog opgestart worden?

Momenteel leven we in een nooit geziene situatie: het is dan ook logisch dat de regelgeving hier niets over zegt.

Toch zien we dat zowel de Vlaamse Overheid als het Waals Gewest aanbevelen om niet-dringende opdrachten pas op te starten als er een versoepeling in de maatregelen komt. Vraag is natuurlijk wat een dringende en een niet-dringende opdracht is. Dit zal natuurlijk variëren van aanbesteder tot aanbesteder.

Overheidsopdrachten kunnen ons inziens dus zeker opgestart worden – en kunnen zelfs een ondersteuning zijn van de economie – maar bij het opstellen van de opdrachtdocumenten wordt best rekening gehouden met de gevolgen van deze uitzonderlijke situatie: kunnen offertes tijdig ingediend worden, kunnen leveranciers nog de leveringstermijnen respecteren, kunnen we in het bestek nu al inspelen op onvoorzienbare omstandigheden, enz. ...?

Wat met dringende opdrachten?

In deze onzekere tijden, zijn er veel aanbesteders – denk maar aan de zorgsector – die sneller dan voorzien een bepaalde oplossing nodig hebben.

Er kan dus in een aantal gevallen gegrepen worden naar de *onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking* wegens dwingende spoed, voortvloeiend uit onvoorzienbare gebeurtenissen (artikel 42, §1, 1°, b) van de Wet van 17 juni 2016): ongeacht de waarde van de opdracht, kan een aanbesteder beroep doen op deze procedure indien deze spoed het onmogelijk maakt de termijnen voorzien bij openbare en niet-openbare procedures na te leven.

Vanzelfsprekend dient de aanbesteder de keuze voor deze procedure te motiveren, desnoods na de gunningsbeslissing.

We moeten er evenwel op wijzen dat er niet zomaar een overeenkomst kan gesloten worden met een onderneming, maar dat zo mogelijk nog steeds meerdere ondernemers dienen geraadpleegd te worden.

Bovendien moeten wij opmerken dat de looptijd van dergelijke opdrachten in het kader van dwingende spoed beperkt hoort te worden tot de periode dat er sprake is van deze dwingende spoed.

Naast bovenstaande *onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking* wegens dwingende spoed, kan een aanbesteder er ook voor opteren om de bekendmakingstermijnen bij gewone procedures in te korten: de termijn

van 35 dagen voor een openbare procedure bijvoorbeeld, kan zo ingekort worden tot 15 kalenderdagen. Evenzo zal de aanbestedende overheid ook hier de dringendheid moeten motiveren.

Kan een ondernemer een ingediende offerte intrekken?

Het antwoord hierop is duidelijk: een inschrijver kan deze uitzonderlijke omstandigheden niet invoeren om een reeds ingediende offerte in te trekken, wanneer de uiterste datum voor indiening van de offertes reeds verstreken is. De onderneming is in dit

geval gebonden door zijn offerte gedurende de volledige verbintenistermijn.

Wanneer de uiterste indieningsdatum voor het indienen van de offertes nog niet verstreken is, kan een ondernemer de offerte vanzelfsprekend wel nog intrekken.

Kan men een lopende procedure stopzetten?

Een aanbesteder kan te allen tijde – maar vóór de kennisgeving van de gunningsbeslissing aan de inschrijvers – een lopende procedure stopzetten conform artikel 85 van de Wet van 17 juni 2016. Let wel: deze beslissing moet ook feitelijk gemotiveerd worden door de

aanbesteder. Denk hierbij aan gewijzigde behoeftes of aan budgettaire gevolgen van de crisis. Bijkomend moeten we opmerken dat ook deze beslissing door een ondernemer kan aangevochten worden bij de bevoegde rechtbanken.

Kan/moet men de indieningstermijn van offertes verlengen?

In welbepaalde gevallen voorziet de regelgeving in een verlenging van de indieningstermijn voor het indienen van een aanvraag tot deelname of een offerte.

Daarnaast wijzen we ook op de plicht van aanbesteders om – conform artikel 59 van de Wet van 17 juni 2016 – rekening met de complexiteit van de opdracht en met de tijd die nodig is voor de voorbereiding van de offertes.

Vanzelfsprekend zal dit door een aanbesteder geval per geval moeten bekeken worden en zal

een afweging moeten gemaakt worden tussen wat dringend is en wat meer kan wachten.

Ook moet er extra aandacht zijn voor bestekken waarin een verplicht plaatsbezoek voorzien is. Kunnen deze bezoeken uitgesteld worden, of kunnen ze nog doorgaan mits het respecteren van *social distancing*?

Indien de aanbesteder beslist om de indieningstermijn te verlengen, dan zal dit tot gevolg hebben dat men de opdrachtdocumenten moet aanpassen én een rechtzettingsbericht zal moeten plaatsen op e-Notification.

Wat met de verbintenistermijn?

De verbintenistermijn is de termijn waarbinnen de inschrijvers gebonden zijn door hun offertes. Het artikel 58 van het KB Plaatsing van 18 april 2017 bepaalt dat deze termijn

standaard 90 kalenderdagen bedraagt, tenzij het bestek hiervan afwijkt.

Indien de aanbestede nu vaststelt – omdat bijvoorbeeld een jury ter beoordeling van de offerte niet meer kan samenkomen – dat er geen beslissing kan genomen worden binnen de verbintenist ermijn, dan kan de aanbestede aan de inschrijvers een verlenging vragen. Het is dan aan de inschrijver om hier al dan niet op in te gaan.

Een aanbestede kan echter ook beslissen om de verbintenist ermijn te laten verstrijken om dan op een later tijdstip alsnog aan de

economisch meest voordelige inschrijver te vragen of zijn offerte nog steeds geldig is. Indien dit zo is, dan kan aan deze inschrijver gegund worden. Indien hij daarentegen slechts akkoord zou gaan mits een aanpassing van de offerte, dan kan er worden gegund, mits deze offerte nog steeds de economisch meest voordelige inschrijver is. Let wel: de aanpassing die de inschrijver zou toepassen op zijn offerte, moet ingegeven zijn door feiten zich na de limietdatum en het limietuur voor de indiening van de offertes hebben voorgedaan.

Wat met onvoorziebare omstandigheden in de loop van de uitvoering?

Wij stellen vandaag bij onze klanten vast dat veel ondernemingen ondertussen hebben laten weten aan de aanbestede dat er zich *een ontwrichting van het contractueel evenwicht van de opdracht heeft voorgedaan wegens omstandigheden die vreemd zijn aan de aanbestede*, zoals bepaald in artikel 38/9 van het KB Uitvoering van 14 januari 2013.

Vaak vragen zij om begrijpelijke redenen een verlenging van de uitvoeringstermijnen. Ook stellen we vast dat er een financiële compensatie wordt gevraagd wegens het *zeer belangrijk nadeel* dat zij lijden gedurende de crisis.

Daar waar aanbesteders soepel kunnen zijn in het verlengen van de uitvoeringstermijnen, wordt het financiële luik in de huidige situatie misschien wat moeilijker.

Toch moeten we erop wijzen dat ondernemingen gebonden zijn aan een dwingende termijn bij dergelijke kennisgevingen: zij moeten dit binnen de 30 kalenderdagen doen en dit te rekenen vanaf het zich voordoen van de ingeroepen feiten of omstandigheden. Het betreft hier een termijn op straffe van verval: houden zij zich hieraan niet, dan vervalt het recht op compensatie. Dat

geldt ook voor een vraag tot verlenging van de uitvoeringstermijnen of de verbreking!

Er dient ook op gewezen te worden dat de ondernemer zal moeten *aantonen dat de herziening noodzakelijk is geworden door omstandigheden die redelijkerwijze niet voorzienbaar waren bij de indiening van zijn offerte, die niet konden worden ontweken en waarvan de gevolgen niet konden worden verholpen niettegenstaande hij al het nodige daartoe heeft gedaan*. Vanzelfsprekend was deze crisis niet te voorzien bij de indiening van de offerte. Maar uit bovenstaande tekst blijkt ook dat de gevolgen onontwikkbaar en niet te verhelpen moeten zijn. Het zal er voor ondernemingen dus op aankomen om zeer duidelijk aan te geven dat deze voorwaarden vervuld zijn (het louter verwijzen naar de maatregelen zal niet voldoende zijn).

Ondernemingen moeten zich dus bewust zijn dat ze reeds in de eerste kennisgeving binnen bovenstaande 30 kalenderdagen *bondig de invloed van de ingeroepen feiten of omstandigheden op het verloop en de kostprijs van de opdracht aan de aanbestede doen kennen* (artikel 38/15 van het KB Uitvoering van 14 januari 2013).

Wat met wijzigingen?

In de huidige tijden kunnen wijzigingen zeer divers zijn: het uitstellen van prestaties, het verlengen van de uitvoeringstermijn, de

aanpassing van de wijze van uitvoering of zelfs de plaats van uitvoering, ...

Een eerste oplossing hiervoor kan gevonden worden in artikel 38/2 van het KB Uitvoering van 14 januari 2013, met name de onvoorzienbare omstandigheden in hoofde van de aanbesteder. Een wijziging mag dan zonder nieuwe plaatsingsprocedure worden aangebracht, indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

- *de wijziging is het noodzakelijk gevolg van omstandigheden die een zorgvuldige aanbesteder niet kon voorzien;*
- *de wijziging brengt geen verandering in de algemene aard van de opdracht of raamovereenkomst;*
- *de prijsverhoging die het gevolg is van een wijziging is niet hoger dan 50% 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 de overheidsopdrachten te omzeilen.

Een tweede oplossing vinden we in artikel 38/4 van het KB Uitvoering van 14 januari 2013: de zogenaamde *de minimis-regel*. Een wijziging mag dan zonder nieuwe plaatsingsprocedure voor een opdracht worden doorgevoerd, indien het bedrag waarmee de wijziging gepaard gaat lager is dan elk van beide volgende bedragen:

- *de drempel voor de Europese bekendmaking én*
- *10% van de waarde van de aanvankelijke opdracht voor leveringen en diensten en 15% van de waarde van de aanvankelijke opdracht voor werken.*

Wat met straffen en verdragingsboetes?

Het staat buiten kijf dat de huidige Corona-crisis gevolgen zal hebben voor de uitvoering van vele opdrachten. Denk hierbij aan de bouwsector, maar ook aan bedrijven die verplicht de deuren hebben moeten sluiten. En dit zal ongetwijfeld leiden tot enerzijds straffen (artikel 45 van het KB Uitvoering van 14 januari 2013) en anderzijds verdragingsboetes (artikel 46 van het KB Uitvoering van 14 januari 2013).

Straffen worden opgelegd voor gebrekkige uitvoering van de opdracht. Het KB Uitvoering voorziet in algemene straffen tenzij in het bestek bijzondere straffen werden opgenomen. Deze kunnen echter enkel opgelegd worden nadat dit door de aanbesteder werd vastgesteld in een PV dat onmiddellijk moet verzonden worden aan de in gebreke gebleven opdrachtnemer. Teruggave van verdragingsboetes kan dan weer gevraagd

worden conform artikel 51 van het KB Uitvoering van 13 januari 2013.

Verdragingsboetes worden echter – in tegenstelling tot straffen - *eisbaar zonder ingebrekestelling door het eenvoudig verstrijken van de uitvoeringstermijn zonder opstelling van een proces-verbaal en worden van rechtswege toegepast voor het totaal aantal dagen vertraging*. Het louter overschrijden van de uitvoeringstermijn of het niet tijdig leveren, doet dus automatisch verdragingsboetes lopen. Een ondernemer kan bovendien om gehele of gedeeltelijke teruggave verzoeken van de opgelegde verdragingsboetes wanneer hij bewijst dat de vertraging geheel of gedeeltelijk te wijten is, hetzij aan de aanbesteder (wat hier niet het geval zal zijn- alhoewel...), hetzij aan de bij artikel 38/9, § 1 van het KB Uitvoering bedoelde omstandigheden.

Wat met de betalingstermijnen?

Het is duidelijk dat de wettelijke betalingstermijnen nog steeds gerespecteerd moeten worden: alle geleverde en aanvaarde

prestaties zullen betaald moeten worden. Het verlengen van de betalingstermijn – zoals voorzien in artikel 9, §2 van het KB Uitvoering

van 14 januari 2013 – behoort niet tot de mogelijkheden.

Overmacht zal – zelfs in deze extreme omstandigheden – niet kunnen ingeroepen worden.

De Federale Overheid heeft alvast opgeroepen om de betalingstermijnen in te korten, teneinde de ondernemingen te steunen.

Ook de Vlaamse overheid engageert zich om het volledige betalingsproces sneller te laten verlopen. Het Waals Gewest tenslotte roept haar entiteiten op om de wettelijke betalingstermijnen te respecteren.

Nog vragen met betrekking tot uw overheidsopdrachten?

Contacteer:

Erik Van Eecke
Managing Partner
erik@tenderexpert.be
0495 62 93 32

Bjorn Demeulenaere
Senior Partner
bjorn@tenderexpert.be
0497 85 45 90

Belangrijke juridische kennisgeving - Disclaimer

Hoewel bij de realisatie van deze nieuwsbrief een zo groot mogelijke nauwkeurigheid en correctheid werd nagestreefd, kan voor de aanwezigheid van eventuele (druk)fouten, onvolkomen- en onvolledigheden niet worden ingestaan en kan hieruit geen aansprakelijkheid voortvloeien. De gebruiker van deze nieuwsbrief erkent en aanvaardt, door de loutere aanwending van de inhoud ervan, voormelde afwijzing van aansprakelijkheid.