



NEWSLETTER NOVEMBER 2023

Contacteer ons

Maatschappelijke zetel | De Limburg Stirumlaan 24, 1780 Wemmel | erik@tenderexpert.be | 32 495 62 93 32
Kantoor Brussel | Oud Korenhuis 3 bus 2 | bjorn@tenderexpert.be | +32 497 85 45 90
Kantoor Wallonië | Clos Marcel Ancion 17, 1342 Limelette | mariealice@tenderexpert.be | +32 470 82 39 36

www.tenderexpert.be



Inhoud

1. Nieuws over borgstellingen en de elektronische facturatie 3
2. Arrest Raad van State, afdeling bestuursrechtspraak, VIde kamer, nr. 257.273 van 11 september 2023 : Cerbul SRL tegen de Federale Politie en de Belgische Staat 4

1. Nieuws over borgstellingen en de elektronische facturatie

Bij koninklijk besluit van 4 september 2023 werden de regels inzake borgstelling in het Koninklijk Besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten (hierna « AUR ») en het koninklijk besluit van 9 maart 2022 tot vaststelling van de modaliteiten aangaande de verplichting voor de ondernemers op het gebied van de elektronische facturering in het kader van overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten gewijzigd.

Met betrekking tot borgstellingen geeft de wetgever aan dat het hoofddoel erin bestaat de **toegang van kleine en middelgrote ondernemingen (hierna "kmo's") tot de overheidsopdrachten te bevorderen**. Volgens de huidige regels zijn borgtochten in principe verplicht voor alle overheidsopdrachten, behalve in een beperkt aantal gevallen (artikel 25 AUR). Als een aanbesteder geen borgstelling wenst te eisen, moet hij zijn **beslissing formeel motiveren in zijn bestek**. De wetgever is van mening dat het opleggen van een borgstelling een belemmering vormt voor de deelname van kmo's aan overheidsopdrachten. Daarom werd beslist de regels te wijzigen.

Onder de nieuwe regels is het stellen van een borg in principe nog steeds vereist en de waarde ervan is nog steeds vastgesteld op 5% van de opdracht..

De aanbesteder kan echter beslissen geen borgstelling te eisen of te voorzien in een percentage van minder dan 5%, **zonder af te wijken van de algemene uitvoeringsregels**. Om gebruik te maken van een van de twee genoemde mogelijkheden moet een bepaling worden opgenomen in het bestek, maar er is geen motivering vereist. Dit zal dus niet langer een afwijking zijn in de zin van artikel 9, §4 van de AUR waarvoor de redenen in de opdrachtdocumenten moeten worden vermeld.

De aanbesteders worden aangemoedigd om geen borgtocht te eisen, aangezien dit financiële gevolgen en aanzienlijke administratieve lasten met zich meebrengt.

In de oude tekst van artikel 25 van de AUR werd een reeks uitzonderingen op de borgtocht vermeld (in het bijzonder voor verschillende specifieke dienstencontracten). **Deze uitzonderingen zijn niet gehandhaafd, met uitzondering van de uitzondering met betrekking tot de drempel voor het bedrag van de overheidsopdracht**, die 50.000 euro exclusief btw bedroeg voor traditionele sectoren en 100.000 euro exclusief btw voor speciale sectoren. Dit verschil is opgeheven en de enige drempel is 50.000 euro exclusief btw.

Deze drempel wordt berekend **op basis van het gunningsbedrag**. In het rapport aan de Koning wordt ook het gebruik van een voorwaardelijke clausule geadviseerd, waarbij een borgstelling alleen vereist is als de drempel wordt bereikt.

In het geval van een raamovereenkomst met één opdrachtnemer, waarbij de aanbesteder opteert voor één enkele borgstelling - in plaats van het principe dat de regels voor de borgstelling van toepassing zijn op opdrachten die op basis van die raamovereenkomst zijn gesloten- wordt het bedrag ervan **bepaald op 3% van het geraamde bedrag van de raamovereenkomst** (ook hier kan de aanbesteder een lager percentage vaststellen).

In de AUR werd een nieuw artikel 33/1 ingevoegd. Dit heeft tot doel gegevens te verzamelen om de borgstellingen te monitoren. De aanbesteder moet bij het opstellen van een bericht van geplaatste opdracht via een formulier op het e-

Procurementplatform aangeven¹ of een borgtocht vereist is en voor welk bedrag, of dat er geen borgtocht vereist is.

Deze nieuwe regels traden in werking per 1 november 2023, voor opdrachten die op of na die datum worden bekendgemaakt of hadden moeten worden bekendgemaakt, alsook voor opdrachten waarvoor, bij gebreke van een verplichting tot voorafgaande bekendmaking, de uitnodiging tot inschrijving op of na die datum wordt gedaan.

Wat ten slotte elektronische facturering betreft, is besloten de inwerkingtreding van de verplichting voor ondernemers om hun

facturen elektronisch te verzenden, uit te stellen voor overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten met een geraamde waarde van minder dan 30 000 euro maar meer dan 3 000 euro. Deze maatregel zou op 1 november 2023 in werking treden. Uiteindelijk zal deze verplichting pas op 1 maart 2024 van kracht worden. Deze extra periode zal de marktdeelnemers toelaten om aan deze verplichting te voldoen door de nodige maatregelen te treffen.

Bron: Verslag aan de Koning van het koninklijk besluit van 4 september 2023, B.S., 21/09/2023.

2. Arrest Raad van State, afdeling bestuursrechtspraak, VIde kamer, nr. 257.273 van 11 september 2023 : Cerbul SRL tegen de Federale Politie en de Belgische Staat

De feiten

De SRL Cerbul (een vennootschap naar Italiaans recht) heeft in het kader van de procedure van dringende noodzakelijkheid verzocht om opschorting van de beslissing van de Federale Politie om een overheidsopdracht voor leveringen in verband met een meerjarige raamovereenkomst voor de levering van broeken te plaatsen bij de BV Sioen Nederland.

De offerte van SRL Cerbul werd niet gekozen na de beoordeling door de Federale Politie op basis van de gunningscriteria. De NV Sioen werd als tweede gerangschikt en de opdracht werd toegekend aan de BV Sioen Nederland.

Standpunt van verzoekster

In haar verzoekschrift betwist verzoekster de regelmatigheid van de door de BV Sioen Nederland en de NV Sioen ingediende offertes. Vooreerst meent zij dat in het geval van twee verbonden ondernemingen, zoals de NV Sioen en de BV Sioen Nederland, de aanbestedende overheid hoort na te gaan of hun onderlinge afhankelijkheidsrelatie de inhoud van hun

respectievelijke offertes heeft beïnvloed. Verzoekster stelt dat niet blijkt dat aanbesteder de invloed van die vaststelling op de regelmatigheid van de offertes zou hebben onderzocht. Zij is van mening dat **de aanbesteder in de gunningsbeslissing ten minste duidelijk had moeten maken dat hij de offertes van deze verbonden ondernemingen had onderzocht en de reden had moeten aangeven waarom hij de ingediende offertes niet had verworpen**. Dat was hier niet gebeurd.

Ten tweede voert verzoekster aan dat verbonden ondernemingen geen gecoördineerde of onderling afgestemde offertes mogen indienen die "noch autonoom, noch onafhankelijk" zijn en die hen ongerechtvaardigde voordelen kunnen opleveren ten opzichte van andere inschrijvers. De SRL Cerbul is van mening dat er voldoende objectieve en overeenstemmende bewijzen zijn om aan te tonen dat de BV Sioen Nederland en de NV Sioen verbonden ondernemingen zijn, waartussen een afhankelijkheidsrelatie bestaat. In dit verband

¹ Door «ja» te klikken bij de vraag gegevens te verstrekken over de deelname van kmo's bij het invullen van aankondiging van geplaatste opdracht.

wijst zij erop dat beide deel uitmaken van dezelfde groep, dat de NV Sioen de enige aandeelhouder is van de BV Sioen Nederland en dat dezelfde bestuurders zetelen in de Raad van Bestuur. **Volgens haar hadden deze factoren de aanbestedende dienst ertoe moeten aanzetten de feiten te onderzoeken en te beoordelen om te bepalen of deze afhankelijkheidsrelatie een wezenlijke invloed had op de respectieve inhoud van de ingediende offertes, wat hij niet heeft gedaan.**

Standpunt van de aanbesteder

De Federale Politie, vertegenwoordigd door de Belgische Staat, voert aan dat NV Sioen en SRL Sioen Nederland afzonderlijke rechtspersonen en afzonderlijke inschrijvers zijn die volledig gerechtigd zijn om hun eigen offerte in te dienen.

De aanbesteder wijst erop dat de overheidsopdrachtenregelgeving geen specifieke regel ter zake bevat en dat de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie integendeel stelt dat een automatische uitsluiting van inschrijvingen van verbonden ondernemingen, in het kader van overheidsopdrachten, zou leiden tot een aanzienlijke vermindering van de mededinging. Hij voegt daaraan toe dat volgens deze rechtspraak het feit dat twee ondernemingen verbonden zijn, niet het vermoeden doet ontstaan dat zij elkaar wederzijds beïnvloeden bij hun respectieve inschrijvingen, bij gebreke waarvan een dergelijke redenering, en de automatische uitsluiting die daaruit zou voortvloeien, in strijd zou zijn met het evenredigheidsbeginsel.

Hij merkt op dat een aanbesteder zich er hoogstens van moet vergewissen dat de betrokken inschrijvingen daadwerkelijk onafhankelijk en zonder invloed van de genoemde verbonden ondernemingen zijn opgesteld en ingediend.

De aanbesteder stelt bovendien dat uit het administratief dossier blijkt dat hij inderdaad heeft vastgesteld dat de NV Sioen en de BV Sioen Nederland verbonden ondernemingen waren en dat hij hen in de gelegenheid heeft gesteld om hun relatie toe te lichten en, in

voorkomend geval, om aan te tonen dat elk van deze ondernemingen voldoende onafhankelijk was geweest bij de opstelling van haar offerte, zonder inmenging of invloed van de andere onderneming.

Door in zijn gemotiveerde gunningsbeslissing te verklaren dat de offertes van de NV Sioen en de BV Sioen Nederland rechtmatig waren, heeft de aanbesteder bewezen dat hij een noodzakelijke controle van de rechtmatigheid van de offertes had uitgevoerd, met name wat het criterium van de eenheid van de offerte betreft.

Beslissing van de Raad van State

De Raad van State is van oordeel dat het enig middel in het schorsingsverzoek ernstig is.

Zonder zich uit te spreken over de al dan niet regelmatigheid van de door de NV Sioen en de BV Sioen Nederland ingediende offertes, oordeelt hij het volgende:

In de eerste plaats **blijkt uit de motivering van de bestreden gunningsbeslissing niet dat de aanbesteder de rechtmatigheid van de door de BV Sioen Nederland en de NV Sioen ingediende offertes daadwerkelijk heeft gecontroleerd** in het licht van het bestaan van elementen op grond waarvan de offertes als autonoom en onafhankelijk konden worden beschouwd, noch blijken de motieven op grond waarvan hij deze offertes als rechtmatig heeft beschouwd. De motivering is dus ontoereikend, aangezien zij niet duidelijk maakt op welke gronden de aanbesteder de offertes als regelmatig heeft beschouwd. **De motivering is dus ontoereikend**, aangezien zij niet duidelijk maakt op welke gronden de aanbesteder deze inschrijvingen als rechtmatig heeft beschouwd.

Bovendien **blijkt niet uit het administratief dossier dat de aanbesteder zich formeel zou hebben uitgesproken over de regelmatigheid van de offertes** van de NV Sioen en de BV Sioen Nederland naar aanleiding van de e-mailwisseling met de contactpersoon van deze ondernemingen.

De Raad van State heeft daarom de gemotiveerde gunningsbeslissing voor de overheidsopdracht voor leveringen met betrekking tot een meerjarige raamovereenkomst voor de aankoop van broeken aan de BV Sioen Nederland opgeschort.

Bron: Raad van State, Afdeling bestuursrechtspraak, VIde kamer, arrest nr. 257.273 van 11 september 2023.

**NOG VRAGEN MET BETREKKING TOT UW OVERHEIDSOPDRACHTEN?
CONTACTEER::**

Eloise Meert
Expert
eloise.meert@tenderexpert.be
0470 19 81 49

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.