



ADVIES

Omzetting van de Europese Richtlijnen 2014/23/24/25 EU op het sluiten van overheidsopdrachten

RAAD VAN BESTUUR

11 januari 2016

Aanvrager	Minister-president Rudi Vervoort
Aanvraag ontvangen op	18 december 2015
Aanvraag behandeld door	Commissie Economie-Werkgelegenheid- Fiscaliteit-Financiën
Aanvraag behandeld op	22 december 2015
Advies uitgebracht door de Raad van Bestuur op	11 januari 2016

Vooraf

Op 18 december 2015 heeft de Raad vanwege de Brusselse Regering een dringende adviesaanvraag ontvangen betreffende de omzetting van de Europese Richtlijnen 2014/23/24/25 EU op het sluiten van overheidsopdrachten.

Inleidende opmerking

Aangezien het om een *federale* materie met belangrijke *regionale* gevolgen gaat, vraagt **de Raad** de Brusselse Regering om het onderhavig advies over te maken aan de federale overheden, maar ook om ermee rekening te houden bij de uitwerking van haar eigen richtlijnen op het vlak van overheidsopdrachten.

Advies

De Economische en Sociale Raad formuleert het volgende advies :

1) **Strijd tegen sociale dumping - Naleving van de wetgeving op overheidsopdrachten in het kader van de controle op economische werkloosheid**

De Raad meent dat de wet op de overheidsopdrachten maatregelen ter bestrijding van sociale dumping moet inhouden. Aldus moet voor overheidsopdrachten de keten van onderaanneming worden beperkt en moet de officiële goedkeuring doorheen de hele keten van onderaanneming worden opgelegd.

Anderzijds stelt **de Raad** vast dat artikelen 7, 8 en 77 een aantal beginselen vaststellen. Hij meent dat er hieraan een aantal verduidelijkingen moeten worden aangebracht, om zo de noodzaak van een gezonde concurrentie tussen inschrijvers te bevestigen, met name voor wat de naleving van CAO 53 met betrekking tot tijdelijke werkloosheid betreft. Hij vraagt dat de omzettingwet mechanismen zou inhouden, die het toelaten dat er geen beroep meer wordt gedaan op onderaannemers door vennootschappen die een deel van hun werknemers in economische werkloosheid plaatsen¹.

In verband met artikel 77 van het wetsontwerp stelt **de Raad** de volgende toevoeging voor :

¹ Naar welke sancties verwijst artikel 7 ? Zou een clause van het algemeen lastenboek dit specifieke geval niet moeten beogen ? Hoe staat het hiermee ? Waarom « wanneer nodig » verduidelijken ? Waarom niet « ingeval van ontduiking van de wet » verduidelijken ? Waarom niet specifiek naar artikel 27 van het Wetboek van Strafvordering verwijzen ?

Artikel 8, § 2 : het verheven principe is dat van de niet-vereiste inzake het aannemen van een rechtsvorm door de verenigde ondernemers, zonder echter technische eigenheden uit te sluiten die aan alle leden van de « combinatie » of aan de combinatie zelf zijn verbonden. In zoverre het eerste risico dat met het vormen van een combinatie van ondernemers samengaat, sociale fraude door het « verschuiven van arbeidskrachten » is, vraagt de Raad dat het beroep op een combinatie van ondernemers zou kunnen worden uitgesloten wanneer het gestelde doel is om een opdracht, die normaal gezien door in tijdelijke werkloosheid geplaatste werknemers wordt uitgevoerd, aan andere entiteiten uit te besteden. De Raad vraagt om dit element op te nemen als verplichte uitsluitingsgrond in hoofde van de aanbestedende overheid en om de fraudeonderzoeken tussen de federale diensten en de aanbestedende overheden efficiënt op elkaar te laten aansluiten.

« Er kan enkel een beroep op de draagkracht van andere entiteiten worden gedaan wanneer de inschrijvende onderneming, of een combinatie van ondernemers zoals voorzien in art. 8, § 2, haar personeel om economische redenen volledig of gedeeltelijk ontslaat, terwijl dit personeel normaal gezien de taken zou kunnen vervullen die door de betrokken opdracht worden beoogd ».

De Raad vraagt om, *mutatis mutandis*, deze voorwaarde ook in de context van het voorontwerp van wet betreffende de concessieovereenkomsten te voorzien (artikel 49).

Tevens wijst hij op het recente akkoord tussen de sociale partners omtrent het beroep op onderaanneming op hetzelfde ogenblik als op het in tijdelijke werkloosheid plaatsen van vaste werknemers.

2) Artikel 14

De Raad verheugt zich erover dat het gebruik van elektronische communicatiemiddelen de regel wordt die inzake communicatiemiddelen wordt toegepast. Hij betreurt echter de uitzonderingen hierop. Overeenkomstig de administratieve vereenvoudiging benadrukt hij :

- het belang om aanbestedende overheden van de toepassing van deze instrumenten bewust te maken ;
- het feit dat inschrijvers niet alle getuigschriften en rechtvaardigingsstukken moeten verstrekken, maar zich enkel ertoe moeten verbinden om in orde te zijn (althans in eerste instantie) ;
- het belang om het gebruik van Digiflow aan te moedigen.

3) Artikel 30

De Raad verzoekt de Regering om een beraadslaging op gang te brengen over de manier waarop een onredelijke verbeurdverklaring van de werken in onderaanneming kan worden voorkomen door van het *In house*-mechanisme gebruik te maken.

4) Artikel 65 : Selectie van deelnemers en gunning van opdrachten/Algemene beginselen

Er heeft zich een belangrijke wijziging voorgedaan tussen het *voorontwerp* van wet, waarover de federale Commissie voor Overheidsopdrachten (waarin de sociale partners zetelen) een advies heeft uitgebracht, en het *ontwerp* van wet, dat de ministerraad tijdens zijn zitting van 24 september 2015 heeft aangenomen. Zo voorzag de tekst oorspronkelijk : « *Onverminderd paragraaf 2 beslist de aanbestedende overheid, indien ze vaststelt dat de offerte van de inschrijver aan wie ze voornemens is te gunnen niet voldoet aan de in artikel 7 bedoelde verplichtingen op het vlak van het milieu-, sociaal of arbeidsrecht, om de opdracht niet te gunnen aan de inschrijver van hogervermelde offerte omwille van de grote onregelmatigheid die eruit voortvloeit.* ».

Voortaan bepaalt het wetsontwerp : « [...] *beslist de aanbestedende overheid, [...], om de opdracht niet te gunnen aan de inschrijver van hogervermelde offerte, tenminste wanneer het een verplichting betreft waarvan de niet-naleving ook strafrechtelijk beteugeld wordt. In de overige gevallen waarbij ze vaststelt dat deze offerte niet voldoet aan de voormelde verplichtingen, kan ze hetzelfde doen.* »

- Het niet naleven van een dergelijke verplichting wordt dus niet langer als een grote onregelmatigheid aanzien.
- De kwestie van de « strafrechtelijke sanctie » kan niet verwijzen naar een vonnis dat in kracht van gewijsde is getreden, maar wel degelijk naar inbreuken die *vatbaar* zijn voor een « strafrechtelijke » sanctie, ongeacht de inbreuken in kwestie werden vervolgd of aangegeven. Dit stelt op zijn minst een probleem in termen van toepasbaarheid van de maatregel.
- Wat is bovendien de betekenis van « strafrechtelijk »? Moet het strafrechtelijk karakter van de sanctie in ruime zin worden begrepen, met inbegrip van de administratieve sancties?

5) Artikel 67, § 3 (verplichte uitsluitingsgronden - verplichtingen tot betaling van belastingen of socialezekerheidsbijdragen)

De Raad stelt voor om dit artikel te vervolledigen door er het PGR-statuuut (Procedure van Gerechtelijke Reorganisatie) aan toe te voegen, opdat de vennootschappen die van een PGR-overeenkomst genieten een mogelijke toegang tot overheidsopdrachten zouden kunnen behouden.

6) Artikel 74 van het wetsontwerp betreffende de overheidsopdrachten : bewijs

De Raad vraagt dat de administratieve documenten, zoals het draagbaar document A1, de LIMOSA-aangifte of de DIMONA-aangifte, verplichte documenten zouden zijn ingeval van gebruik van gedetacheerde arbeidskrachten, zodat er zou kunnen worden nagegaan of de verplichtingen van het arbeidsrecht en van de collectieve overeenkomsten worden nageleefd (cf. ook artikel 7 van het voorontwerp van wet betreffende de overheidsopdrachten).

Bovendien pleit hij ervoor dat de vereiste om deze documenten voor te leggen, uitdrukkelijk zou worden vermeld in het voorontwerp van wet betreffende de overheidsopdrachten, en niet zou afhangen van de tussenkomst van de Koning, zoals momenteel is voorzien.

7) Artikel 80 : economisch meest voordelige offerte

De Raad meent dat in de overheidsopdrachten kwaliteit de voorrang moet hebben. Zo moeten intellectuele dienstverleningen specifiek worden behandeld. In het bijzonder moet men het gunnen van overheidsopdrachten enkel op basis van het prijscriterium uitsluiten.

Artikel 67 van richtlijn 2014/24/EU voorziet : « De Lidstaten kunnen bepalen dat de aanbestedende diensten de prijs of de kosten niet als enige gunningscriterium mogen hanteren of de toepassing ervan beperken tot bepaalde categorieën aanbestedende diensten of bepaalde soorten opdrachten ».

Artikel 80 in ontwerp bepaalt immers dat naar keuze nu eens de prijs, dan weer de aan andere criteria verbonden prijs als gunningscriteria kunnen worden vastgesteld. Welnu, het lijkt vanzelfsprekend dat de praktijk van de overheidsopdrachten aantoont hoezeer het gebruik van alleen maar de prijs ontoereikend *kan* blijken om een eerlijke en effectieve concurrentie te verzekeren.

Er zou een constructief voorstel ter zake kunnen worden gevonden naar analogie met het voorstel dat in het voorontwerp inzake verdeling in percelen wordt gedaan. Om de oproep tot mededinging « aan de hand van percelen » en de integratie van KMO's en ZKO's in de

opdrachten te kunnen versterken, voorziet artikel 59 immers dat de keuze om *niet in percelen te verdelen* (dus tot uitzondering verheven) met redenen moeten worden omkleed : « de aanbestedende overheden moeten de verdeling in percelen overwegen en, in geval zij besluiten niet in percelen op te delen, moeten de voornaamste redenen daarvoor in de aanbestedingsstukken of in de in het artikel 162, § 1 bedoelde informatie worden vermeld ». Indien een dergelijk beginsel inzake gunning zou worden omgezet, zou de keuze om de gunning enkel op basis van de prijs voor te behouden dus worden verheven tot uitzondering die op dezelfde wijze met redenen zou moeten worden omkleed, en zouden de voornaamste redenen in de aanbestedingsstukken (of in de in het artikel 162, § 1 bedoelde informatie) moeten worden vermeld.

8) Artikel 83 : abnormaal lage prijzen

Een opheldering inzake de door de federale Regering verwachte wijzigingen zal nodig zijn in het kader van de besluiten die bedoeld zijn om dit artikel ten uitvoer te leggen. Ter herinnering, het Brussels Hoofdstedelijk Gewest heeft een *Observatorium van de prijzen in de overheidsopdrachten* ingesteld (ordonnantie van 3 april 2014), dat als eerste opdracht heeft om ten aanzien van abnormaal laag ingediende prijzen na te gaan welke analyses er kunnen worden verricht om zo de aanbestedende overheid een verklaring voor dit abnormaal lage karakter te geven.

- a. De Koning wordt verondersteld om « uitzonderingen op het verplichte prijzenonderzoek » te omkaderen. Van welke prijzen ? Van alle prijzen of enkel van de prijzen waarvoor een vermoeden van afwijking bestaat ? Overigens lijkt de Koning een machtiging te ontbreken om het begrip « abnormaal lage offertes » (of hoge) te definiëren.
- b. De titel omvat het concept van « abnormale » prijzen, maar de tekst van het artikel niet ?
- c. Het Gewest zal moeten worden geraadpleegd in het kader van de uitwerking van de koninklijke besluiten tot uitvoering van dit artikel, om zo een goede coördinatie met de gewestelijke voorzieningen ter bestrijding van sociale dumping te verzekeren. Ook een interfederaal overleg over de instelling van een Observatorium van « aanverwante » prijzen en van een gegevensbank van de prijzen zou opportuun zijn.

9) Artikel 85 : uitvoering van de opdracht

Dit artikel voorziet dat de algemene uitvoeringsregels voor overheidsopdrachten, met inbegrip van deze met betrekking tot onderaanneming, bij koninklijk besluit zullen worden vastgesteld.

De Raad kant zich tegen een dergelijke toewijzing van bevoegdheden aan de Koning.

Eenzijds is een dergelijke toewijzing te ruim ten aanzien van de regels van de Grondwet, zeker wanneer men ervan uitgaat dat het optreden van de Koning op dit vlak de rechten en vrijheden van de betrokken economische operatoren zou kunnen beperken.

Anderzijds wenst **de Raad** dat onderaanneming het voorwerp zou zijn van een artikel dat artikel 71 van richtlijn 2014/24/EU in de wet omzet, evenals de maatregelen die deze bepaling omvat. Bovendien laat artikel 71 het de Lidstaten ook toe om verder te gaan en om

in alle fasen van de gunning van de opdracht dwingende controlematregelen te voorzien, die sociaal rechtvaardig zijn en die het toelaten om de ontsporingen die oneerlijke onderaanneming met zich kan meebrengen, efficiënt te bestrijden (sociale *dumping*, fraude, uitbuiting van werknemers, enz.) **De Raad** pleit er dus voor dat :

1. punt 2 van artikel 71 van richtlijn 2014/24/EU in Belgisch recht zou worden omgezet : « *In de aanbestedingsstukken kan de aanbestedende dienst de inschrijver verzoeken, of hij kan door een lidstaat worden verplicht hem te verzoeken, in zijn inschrijving aan te geven welk gedeelte van de opdracht hij eventueel voornemens is aan derden in onderaanneming te geven en welke onderaannemers hij voorstelt* ». Meer in het bijzonder zou men gebruik moeten maken van de mogelijkheid die België heeft om aanbestedende overheden op te leggen om aan inschrijvers te vragen of ze van plan zijn om een beroep te doen op onderaanneming en welke onderaannemers ze voorstellen.

2. punt 6 b) van artikel 71 integraal zou worden omgezet en dat er bovendien reële en ontradende bestraffingsmechanismen zouden worden toegepast wanneer onderaannemers het sociaal recht, het arbeidsrecht en het milieurecht niet zouden naleven.

Tevens vraagt **de Raad** op algemene wijze dat alle mogelijkheden die artikel 71 van richtlijn 2014/24/EU biedt, door de wetgever zouden worden aangegrepen om een efficiënte strijd te voorzien tegen praktijken van sociale *dumping* en andere ontsporingen die met een grote stroom van onderaanneming samengaan (bijvoorbeeld : door voor bepaalde sectoren en bepaalde opdrachten de verticale keten van onderaanneming tot twee niveaus te beperken). Op dezelfde wijze vraagt hij dat, *mutatis mutandis*, het voorontwerp van wet betreffende de concessieovereenkomsten in dezelfde zin zou worden gewijzigd (artikel 57).

- 10) De Raad** meent dat ondernemingen niet in een positie van rechtsonzekerheid mogen worden gebracht, wat het geval zou zijn indien de concurrentiële onderhandelingsprocedure van algemene toepassing zou worden, zonder dat er bepalingen worden voorzien die transparantie verzekeren.
- 11) De Raad** vindt dat, telkens wanneer mogelijk, gerechtelijke procedures moeten worden voorkomen, en vraagt daarom dat problemen kunnen worden gemeld aan het contactpunt dat voor de besturen zal worden opgericht.
- 12) De Raad** meent dat de ondernemingen een correcte behandeling verdienen, in het bijzonder voor investeringen die werden gedaan om deel te nemen aan procedures die worden gekenmerkt door onderhandelingen, die een vergoeding rechtvaardigen, en dit om innovatie te stimuleren en misbruiken te beteugelen.
- 13)** Hoewel **de Raad** zich erover verheugt dat het « milieurecht » werd opgenomen in de lijst van de prioriteiten die in het kader van de uitvoering van overheidsopdrachten moeten worden nageleefd, heeft hij toch vragen bij het operationeel karakter van dit rechtsbegrip.
- 14) De Raad** wenst dat de praktijken ter bevordering van de lokale economie en tewerkstelling mogelijk worden gemaakt. In dat opzicht vestigt hij de aandacht van de overheden op de mogelijkheid om aan « local content » gelinkte punten toe te kennen, door middel van sociaaleconomische criteria die in de offerteaanvragen zijn vervat.

15) Tot slot herinnert **de Raad** eraan dat zijn Kamer van de Middenstand op 4 november 2015 een initiatiefadvies betreffende de toepassing van de *Small Business Act* in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest heeft uitgebracht, waarin met name een aantal voorstellen/aanbevelingen betreffende de toegang van de KMO's tot de overheidsopdrachten zijn vervat (zoals de toepassing van de federale rondzendbrief van 16 mei 2014, de vraag om de opleiding van de aanbestedingsambtenaren of de instelling van een *help desk* ten behoeve van ondernemingen die wensen in te schrijven).

*
* *