

De toegang van de KMO's tot de overheidsopdrachten: waarom is de Belgische overheidsopdrachtenreglementering KMO-onvriendelijk (deel 1)?

De toegang van de KMO's tot de overheidsopdrachten is reeds lang een problematisch gegeven in ons land. Dat probleem doet zich zowel voor bij de opdrachten die de Europese bekendmakingsdrempels bereiken als voor de opdrachten onder de Europese bekendmakingsdrempels. Deze laatste vormen nog steeds de grote bulk aan opdrachten waarvoor dan vooral ook de kleine KMO's bij uitstek in aanmerking kunnen komen en een juiste aanpak van deze opdrachten is dan ook cruciaal in het te volgen beleid.

Wij stellen vast dat de hoofdredenen waarom de Belgische wetgeving zo KMO onvriendelijk is in het domein van de opdrachten onder de Europese bekendmakingsdrempels de volgende zijn:

- er is geen bedrag bepaald in de Belgische wetgeving waaronder de Belgische aanbestedende overheden (en overheidsbedrijven), en dit in tegenstelling met de regelingen in bijvoorbeeld Frankrijk of Nederland, vrijgesteld zijn van het in mededinging stellen van de opdrachten;
- de drempels vanaf dewelke de opdrachten moeten bekend gemaakt worden zijn te laag;
- de drempels in het bijzonder voor de opdrachten voor werken voor dewelke kan onderhandeld worden zijn veel te laag en veel lager dan in deze buurlanden;
- de procedures, in het bijzonder onder de Europese drempels zijn te strak, in het bijzonder omdat de Belgische wetgever ook nu weer nu in het nieuwe wetsontwerp de zelfs door het Europees Hof van Justitie als zeer streng bevonden regels uit de richtlijnen zo goed als volledig doortrekt voor de opdrachten die de drempels voor Europese bekendmaking niet bereiken.

We bespreken in dit deel het vraagstuk van de in mededingingstelling van de "kleine opdrachten".

1.1 Het vraagstuk van de in mededingingstelling voor de "kleine" opdrachten

De juridische dimensie

Het artikel 4 van het wetsontwerp herneemt het artikel 5¹ van de wet van 15 juni 2006, waarbij wordt bevestigd dat *de beginselen van het Verdrag moeten worden nageleefd in het kader van de gunning van alle overheidsopdrachten*², ongeacht het bedrag ervan. Het gaat met name om de gelijke behandeling, het discriminatieverbod en de transparantie. Het is zo dat in tegenstelling met de wet van 15 juni 2006³, het nieuwe wetsontwerp niet meer als afzonderlijk principe stelt dat de

¹ De memorie van toelichting gevoegd bij het wetsontwerp vermeldt als commentaar: **Het eerste lid stemt overeen met artikel 5 van de wet van 15 juni 2006**, weze het dat, in navolging van artikel 18 van richtlijn 2014/24/EU en artikel 36 van richtlijn 2014/25/EU, nu **ook** het proportionaliteitsbeginsel wordt vermeld.

² Merk op dat er in de memorie van toelichting bij wet van 15 juni 2006 voorbij wordt gegaan aan het onderscheid tussen de eigenlijke beginselen en de afgeleide beginselen.

³ Het actuele lid 2 van artikel 5 van de wet van 15 juni 2006. Het actuele Belgische overheidsopdrachtenrecht vereist dat zelfs wanneer een bekendmaking van de opdracht niet wettelijk vereist is, zoals bij onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, de aanbestedende overheden, indien mogelijk, de mededinging MOETEN raadplegen. Merk daarbij op dat dit ook geldt voor de opdrachten bij onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op aanvaarde factuur, voor deze opdrachten is men ook

opdrachten geplaatst worden na mededinging. Dit is evenwel niet vereist, omdat volgens het EHJ de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie een verplichting tot transparantie impliceren, die inhoudt dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de markt voor mededinging wordt geopend. Met andere woorden de verplichting tot het in mededingingstelling vloeit voort uit de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie.

Het feit dat de Belgische wetgever de betrokken beginselen van toepassing maakt in artikel 4 van het wetsontwerp heeft nog andere en verregaande gevolgen. Zo worden bijvoorbeeld bepaalde regels inzake technische specificaties of bijvoorbeeld inzake de toetsing van abnormale prijzen, door het Europees Hof van Justitie rechtstreeks afgeleid uit basisbeginselen van het Verdrag of de eruit afgeleide beginselen. En zonder deze regels expliciet te vernoemen, zijn deze toch van toepassing.

Nogal gemakkelijk maakt men de fout dat het Verdrag de Belgische wetgever geen vrije keuze laat, waardoor het Verdrag en ook de afgeleide beginselen van toepassing zouden zijn op alle opdrachten. Dit is manifest onjuist.

Het volgt uit een soevereine beslissing van België dat het Verdrag en de beginselen die eruit worden afgeleid van toepassing is op alle opdrachten ongeacht het bedrag. België miskent daarmee een realiteit die het EHJ, bij herhaling zelfs, heeft erkent!

De rechtspraak van het Europees Hof van Justitie laat hierover geen enkele twijfel bestaan⁴:

*Volgens de rechtspraak van het Hof vereist de toepassing van de fundamentele regels en de algemene beginselen van het Verdrag op de procedures voor het plaatsen van opdrachten met een waarde beneden de drempel voor toepassing van de communautaire richtlijnen, echter dat de betrokken opdrachten een **duidelijk** grensoverschrijdend belang vertonen.*

Bij herhaling stelt het EHJ dat het **bestaan van een dergelijk belang kan worden uitgesloten** wanneer de betrokken opdracht **een zeer geringe economische betekenis** heeft. Het is de lidstaten toegestaan drempels daartoe te bepalen. (zie rechtspraak van het Europees hof van justitie).

Waarom is het organiseren van een mededingingsprocedure een probleem voor de "kleine" opdrachten?

De kosten voor de organisatie van een mededingingsprocedure die voldoet aan de verdragsregels zelfs in een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking is te hoog. Uit onderzoek in Nederland blijkt dat een dergelijke procedure een totaal aan lasten met zich meebrengt die nu kan worden begroot op merkelijk meer dan 5.000 euro voor leveringen en diensten, voor de werken is dit ruim de helft meer, zijnde een 8.000⁵ euro. Dit heeft als gevolg dat aan één van de belangrijke voorwaarden van de prijsvorming van vraag en aanbod uit de klassieke economie niet voldaan is: de transactiekosten zijn immers hier een belangrijk percentage van het totaal bedrag van de opdracht en dus niet verwaarloosbaar.

Een relatief eenvoudig wiskundig model toont daarenboven aan dat een inschrijver wil hij onder een voor hem enigszins geruststellende waarschijnlijkheid (99%) minstens één winnende offerte hebben, hij in een mededinging met vijf andere concurrenten, vijftientig offertes(!) moet indienen. Datzelfde model leert ons ook dat hij dan de gemaakte kosten in de meest waarschijnlijke situatie,

verplicht om de mededinging te raadplegen, alleen mag men de procedure mondeling voeren, omdat geen specifieke schriftelijke aanvraag, noch offerte vereist is.

⁴ Overweging 21 uit arrest EHJ : Gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06, SECAP SpA en Santorso Soc. coop. arl tegen Comune di Torino

⁵ Het bedrag van 8.000 euro lijkt ons onderschat na toetsing door ons van de nodige voorbereidingstijd bij ervaren calculatoren van aannemers, die dagelijks hun offertes moeten becijferen.

die zich evenwel slechts manifesteert met een kans van afgerond 21,6%, moet kunnen afschrijven op een viertal offertes. Het is dus geen wonder dat bonafide en daaronder zeker de meest bekwame ondernemers, zich teleurgesteld afkeren van de overheidsopdrachten, anderen hun bedrijf omvormen tot inhoudsloze offertemachines en vervolgens op zoek gaan naar onderaannemers tegen sociale dumpingvoorwaarden en nog anderen de opdrachten met verboden afspraken onder elkaar verdelen. De verplichting tot mededinging maakt de markt van de kleine opdrachten kapot, bovendien noopt zij aanbestedende overheden ertoe nutteloos kostbare middelen in te zetten, zeg maar te verkwisten, voor het voeren van deze procedures, terwijl er zeer vaak een volledig logische oplossing van een betrouwbaar ondernemer voor handen is tegen marktconforme voorwaarden. De algemene strategie die het wetsontwerp kenmerkt zoals het naar ons oordeel te soepel omspringen met het niet naleven van de RSZ en de fiscale verplichtingen, het verlagen van allerlei minimale eisen, het ongebreideld laten indienen van varianten, maakt dit probleem alleen maar erger, omdat de driver van het probleem het aantal mededingers is. Er is een gedifferentieerde aanpak noodzakelijk ten aanzien van deze opdrachten waar de (quasi onsamendrukbare) transactiekosten niet verwaarloosbaar zijn.

1.2 Hoe is dit geregeld in onze buurlanden Frankrijk en Nederland?

De regeling in Frankrijk

In het artikel 1 van de Franse "Code des marchés publics" (CDMP) worden eveneens de (afgeleide) Verdragsbeginselen van toepassing gemaakt op alle opdrachten.

Maar, boven op een verregaande expliciete verzachting ten aanzien van de regels inzake technische specificaties (art.6 CDMP), bepaalt het artikel 28, II van de CDMP voor de opdrachten lager dan de Europese bekendmakingsdrempels het volgende: (vrij vertaald):

De aanbestedende overheid kan beslissen dat de opdracht geplaatst wordt zonder bekendmaking en zonder in mededingingstelling in de gevallen voorzien in artikel 35, II, maar bovendien ook in de gevallen waar deze formaliteiten onmogelijk zijn, manifest onnuttig, met name omwille van het voorwerp van de opdracht, het bedrag of ook de zwakke graad van mededinging in de betrokken sector.

We merken op dat deze mogelijkheid bestaat tot aan de drempel voor Europese bekendmaking (drempel niet inbegrepen).

In artikel 28, III, CDMP, zoals gewijzigd bij decreet van 17 september 2015, gaat het verder: *De aanbestedende overheid kan eveneens beslissen de opdracht te plaatsen zonder bekendmaking en zonder in mededingingstelling als zijn geraamd bedrag lager is dan 25.000 euro excl. BTW. Wanneer ze een beroep doet op deze mogelijkheid, waakt ze erover dat ze een offerte kiest die op pertinente wijze aan de behoefte voldoet, dat ze een goed gebruik maakt van de openbare financiën, en dat ze niet systematisch contracten sluit met een zelfde opdrachtnemer wanneer er een veelheid aan potentiële offertes is die in staat zijn te beantwoorden aan de behoeftes.*

De regeling in Nederland: de één op één

De Nederlandse aanbestedingswet bepaalt een aantal procedures. Daarnaast is de mogelijkheid geboden de opdrachten enkelvoudig onderhands (één-op-één) aan een opdrachtnemer te gunnen. Deze procedure staat buiten de aanbestedingswet. Ter begeleiding van de aanbestedingswet is er een Gids voor proportionaliteit⁶ die een reglementair karakter heeft.

⁶ De officiële Gids Proportionaliteit (Nederland 2013, pag.24), zegt hierover het volgende: *In algemene zin kan voor de waarde van een 'kleine opdracht' voor leveringen en diensten gedacht worden aan opdrachten tot € 40.000 à € 50.000, voor werken wordt een bagatel (zijnde een bedrag waaronder sowieso de één op één gunning gehanteerd mag*

Een circulaire van het ministerie van Binnenlandse zaken en koninkrijksrelaties bepaalt de toepasselijke grensbedragen voor de procedures onder de Europese bekendmakingsdrempels, zodat het beleid binnen het rijk geharmoniseerd wordt. Voor dit artikel baseren we ons op de meest recente circulaire van 03 augustus 2015, die van toepassing is geworden op 01 september 2015.

Uit deze circulaire blijkt dat de aanbestedende overheden louter op grond van het bedrag een "één op één" procedure (dus zonder in mededingingstelling) kunnen voeren die de enkelvoudige onderhandse procedure wordt genoemd, maar die dus buiten de wetgeving staat, tot de volgende bedragen:

Voor leveringen en diensten:

- tot 33.000 euro, excl. BTW louter door verwijzing naar de circulaire en buiten de aanbestedingswet;
- van 33.000 euro tot 50.000 euro, excl. BTW, hetzij de "één op één", hetzij de meervoudig onderhandse procedure (zonder bekendmaking, maar met in mededingingstelling en die geregeld wordt door de aanbestedingswet), de keuze voor de "één op één" dient dan evenwel gemotiveerd. De aanbestedende dienst motiveert in deze gevallen zijn keuze op basis van de in de Gids Proportionaliteit vermelde aspecten, te weten: de omvang van de opdracht, de transactiekosten voor de inschrijvers en de aanbestedende diensten, het aantal potentiële inschrijvers, het gewenste eindresultaat, de complexiteit van de opdracht, het type van de opdracht en het karakter van de markt, en legt deze vast in het inkoopdossier. De motivering wordt ook op schriftelijk verzoek volgens bepaalde modaliteiten aan een ondernemer verstrekt;

Voor opdrachten van werken:

- tot 150.000 euro, louter door verwijzing naar de circulaire

De circulaire motiveert trouwens ook de ratio legis:

Bij kleine opdrachten staan de kosten die het bedrijfsleven en het rijk moeten maken bij concurrentiestelling over het algemeen niet in een redelijke verhouding tot het voordeel dat behaald kan worden uit concurrentiestelling. Daarom ligt het in de rede kleine opdrachten één-op-één aan een onderneming te gunnen.

1.3 Hoe wordt deze problematiek geregeld in het nieuwe wetsontwerp, met name in het artikel 91?

Het positieve aan de nieuwe regeling in het hoofdstuk 7 van titel II van het wetsontwerp is dat er een politieke bereidheid lijkt te zijn om de hoger gemelde problematiek aan te pakken. Het negatieve is dat er blijkbaar een enorme kloof is tussen deze bereidheid en de anderzijds de capaciteit om dit correct te implementeren.

Het artikel bepaalt dat voor de opdrachten waarvan het geraamde bedrag lager is dan 30.000 euro slechts een beperkt aantal artikelen van het wetsontwerp van toepassing, waarschijnlijk ingegeven door het streven naar soepelheid. Verder bepaalt het artikel dat deze opdrachten kunnen tot stand komen via een aanvaarde factuur⁷. Vooreerst dient gezegd dat vandaag nog nauwelijks er

worden tot € 150.000 als reëel beschouwd. De waarde van een 'kleine opdracht' voor leveringen en diensten is, vanwege het verschil in de drempels, dus geringer dan die voor werken.

⁷ In de actuele wetgeving geeft de wijze van tot stand komen op aanvaarde factuur invulling aan het feit dat in het Belgische overheidsopdrachtenrecht de overeenkomsten, in tegenstelling met de opdrachten onderworpen aan de regels van de Europese richtlijnen, niet schriftelijk moeten zijn. Tot de betrokken drempel kan de overeenkomst ook mondeling tot stand komen bij onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, waardoor

aanbestedende overheden zijn die mondeling overeenkomsten sluiten, en dit om diverse redenen, alhoewel dit door de wetgeving is toegelaten tot de drempel bepaald als deze van de aanvaarde factuur. Dit heeft voor gevolg dat de souplesse die gepaard gaat met de aanvaarde factuur (mondeling procedure voeren, en geen gemotiveerde beslissing) in de praktijk niet aan de orde is.

Wat zijn dan de gebreken van deze oplossing:

- een eerste en fundamentele kritiek is, dat het artikel, gelet ook op het van toepassing zijn van artikel 4 van het wetsontwerp, op deze opdrachten geen vrijstelling inhoudt van het raadplegen van de mededinging, en evenmin van al de regels die reeds in de rechtspraak van het Europees hof van justitie uit het verdrag en de beginselen zijn afgeleid of door Belgische hoven en rechtbanken en de Raad van State, geïnspireerd door de betrokken Europese rechtspraak zullen worden afgeleid, ook al zijn de concrete regels van titel II van het wetsontwerp niet van toepassing⁸.

Zelfs de meest bekwame experten⁹ van dit land zijn niet in staat om elke dag een operationele en actuele stand van zaken te geven van de verplichtingen die het EHJ afleidt of heeft afgeleid uit het Verdrag en de basisbeginselen.

Om dit te illustreren nemen wij een voorbeeld uit het wetsontwerp.

Zo zal vlug blijken bij de concrete uitwerking van het artikel 56§1 tweede lid van het wetsontwerp¹⁰ inzake de zogenaamde "vrije varianten" voor opdrachten onder de Europese bekendmakingsdrempel, dat het recente arrest van het EHJ van 16 april 2015 in zaak C-278/14, de concrete toepassing, zoals deze nu is uitgewerkt in het artikel 101 §2 tweede lid, eerste zin, van het KB plaatsing, in de weg staat. De in het koninklijk besluit vermelde beoordeling is evenwel noodzakelijk gezien de grote vrijheid die het hoger gemelde artikel 56§1 tweede lid aan de inschrijvers geeft. Maar luidens het arrest kan op grond van de Verdragsbeginselen de aanbestedende dienst een inschrijving die voldoet aan de in de aankondiging van de opdracht vermelde eisen, niet afwijzen op gronden die niet in die aankondiging staan. Dit geldt niet alleen voor opdrachten onderworpen aan de richtlijnen, maar evenzeer voor al de opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang onder de drempels. Als dit de opstellers van het wetsontwerp reeds is ontgaan, wat moeten we dan verwachten van de gewone overheidsaankoper?

Men scheidt aldus voor de aanbestedende overheden een uiterst onduidelijke rechtssituatie.

- verder mist de bepaling de progressiviteit, die terug te vinden is in de regelingen van de buurlanden, waar in elk van deze landen boven aangeduide drempels mits motivering ook nog een afwijking van de mededingingsverplichting mogelijk is;

- de bepaling voert een drempel in voor de werken in die te laag is, de kosten voor de opmaak van offerte zijn bij de werken merkkelijk hoger dan deze voor leveringen en diensten en de winsten doorgaans merkkelijk lager, bovendien is het zo dat de Europese drempel meer dan 20 x hoger is dan

ook een gemotiveerde beslissing niet is vereist en de factuur geldt als bewijs van de sluiting. Boven de drempel moet de overeenkomst schriftelijk zijn, hetzij door betekening van de goedkeuring van offerte zoals gewijzigd na onderhandelingen, het zij door ondertekening overeenkomst tussen partijen, hetzij door briefwisseling volgens de handelsgebruiken (artikel 110 koninklijk besluit plaatsing).

⁸ Op een paar uitzonderingen na.

⁹ Des te meer is dit het geval voor de kleine aanbestedende overheden.

¹⁰ We kunnen dan ook alleen maar aanraden om zo snel mogelijk de betrokken bepaling in het wetsontwerp af te schaffen en zich ook onder de Europese bekendmakingsdrempel aan te sluiten bij de bewoordingen van de richtlijn, want de bepaling zal in haar huidige vorm bij de toepassing onvereenigbaar blijken met het betrokken arrest. Er zijn trouwens nog andere meer technische argumenten uit de besluitvormingswetenschappen die tegen de aanpak van het wetsontwerp pleiten.

deze van de leveringen en de diensten. Het is dus zowel verkieselijk als juridisch en economisch gerechtvaardigd, om de drempel voor de werken ergens te leggen rond de 90.000 a 150.000 euro, deze is dan nog steeds slechts een paar procenten van de Europese bekendmakingsdrempel van 5.186.000.

- tenslotte is het onduidelijk of nu de procedure bedoeld in artikel 91 een procedure sui generis is of dat ze zich inschrijft in de van toepassing zijnde definitie van de in titel I gedefinieerde onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.

Algemeen Besluit:

Ook al geeft het wetsontwerp blijk van de politieke bereidheid om de hoger geschetste problematiek aan te pakken, de wijze waarop dit in het wetsontwerp gestalte krijgt leidt tot een rechtsonzekere situatie voor de aanbestedende overheden en doet onvoldoende recht aan de problematiek van de werken. Ook lost dus deze aanpak de facto het gestelde probleem niet op.

Nochtans zijn duidelijke en adequate voorbeelden beschikbaar in de buurlanden, die zeer goed begrepen hebben dat het absoluut noodzakelijk is en van juridisch oogpunt ook de meeste rechtszekerheid biedt, zeker wanneer men zoals in Frankrijk de Verdragsbeginselen van toepassing maakt op deze opdrachten, dat de mededingingsverplichting expliciet in de betrokken bepaling moet worden opgeheven voor deze opdrachten.

De lastenverlaging voor de aanbestedende overheden en bedrijven samen, die een aanpak zoals in Nederland met zich meebrengt, is moeilijk juist te schatten, gelet op het gebrek aan cijfermateriaal. Maar enkel al deze maatregel zal, uitgaande van enkele robuuste hypothesen, ruw maar voorzichtig geschat, meer dan honderd miljoen euro aan lastenverlaging met zich meebrengen, gelet op het groot aantal aanbestedende overheden, het groot aantal kleine opdrachten en de per procedure gemakkelijk te realiseren besparingen van enkele duizenden euro. Het invoeren van de vrijstelling van de mededinging voor de opdrachten van geringe economische betekenis is bijgevolg een uiterst KMO vriendelijke maatregel.

Ir. MAB Bert Baeyens
woensdag 7 oktober 2015