

Coronavirus: blijft de overheidsopdrachtenmarkt open?

Coronavirus vs. gunning van overheidsopdrachten

Raadpleeg onze "[COVID-19 bijstand](#)" of contacteer met [Kris Lemmens](#) (auteur en celhoofd overheidsopdrachten), [Jan De Leyn](#) (auteur) en [Karolien Van Butsel](#) (auteur). Naast de duidelijke impact op de uitvoering van overheidsopdrachten ([zie onze nieuwsbrief](#)), heeft de huidige coronacrisis ook consequenties voor de gunningsfase.

I. Wat met uiterst spoedeisend te vervullen overheidsnoden t.g.v. de coronacrisis?

Om te beginnen staan aankopers in ziekenhuizen en andere publieke gezondheidsinstellingen onder immense druk om te voorzien in de toenemende behoefte aan medisch materiaal. Met mensenlevens op het spel, is de vraag hoeveel rek er zit op de overheidsopdrachtenregels die op dergelijke aankopen normaliter van toepassing zijn. Op 1 april 2020 heeft de Europese Commissie richtsnoeren hieromtrent gepubliceerd ([link](#)).

De Europese Commissie wijst op verschillende flexibele gunningsopties voor aankopers, waarvan de rechtstreekse gunning op basis van onderhandelingen zonder bekendmaking wegens dwingende spoed in de huidige fase de belangrijkste is (art. 42, § 1, b) Wet Overheidsopdrachten 2016 en art. 32, 2, c) Europese Richtlijn 2014/24/EU). Voor de toepassing van deze uitzonderingsprocedure is geen budgettaire grens bepaald, maar er gelden wel strenge voorwaarden. Het moet gaan om een onvoorzienbare gebeurtenis (1), er dient een dwingende spoed te bestaan die onverenigbaar is met de termijnen die gelden in geval van de "klassieke" gunningsprocedures (2), alsook een oorzakelijk verband tussen de twee voormelde elementen (3). Het voldoen aan de voorwaarden dient voor elke overheidsopdracht in concreto bewezen te worden. In verband met de huidige extra behoeften van ziekenhuizen en zorginstellingen, acht de Europese Commissie deze voorwaarden in principe voldaan. Echter, de Europese Commissie benadrukt dat aankopers voor het plaatsen van opdrachten geen beroep mogen doen op deze procedure als dat langer duurt dan het zou duren met gebruik van een transparante, al dan niet openbare procedure, met inbegrip van versnelde (openbare of niet-openbare) procedures.

Voor alle duidelijkheid, de Europese Commissie heeft enkel duiding gegeven over het gebruik van

reeds bestaande flexibele aankoopinstrumenten in het kader van de huidige noodsituatie. De Belgische overheidsopdrachtenregels zijn geenszins uitgeschakeld.

2. Overige overheidsopdrachten: misschien uitstel, maar geen afstel

Voor het in de markt zetten van werken, leveringen of diensten die geen betrekking hebben op het bestrijden van de coronacrisis, zou de pandemie in beginsel geen beletsel hoeven te zijn, omdat de gunningsprocedures in de meeste gevallen toch volledig digitaal verlopen. Er is in principe ook geen reden om af te zien van reeds geplaatste opdrachten die zich nog in de tenderfase bevinden. Dit wil echter niet zeggen dat de gunningsfase vrij is van elke uitdaging wegens de coronacrisis:

- Aanvragen tot deelneming of offertes nog niet ingediend: afwezigheid van medewerkers (zowel aan privé als publieke zijde), bevoorradingsproblemen, onbeschikbaarheid van onderaannemers, etc. kunnen zorgen voor problemen bij de opmaak en indiening van offertes (privé) en bij de beoordeling ervan (publiek). Hoewel de overheid niet verplicht is om de indieningstermijn te verlengen, lijkt dit in vele gevallen de voorkeur te genieten, aangezien alle partijen er baat bij hebben dat kwaliteitsvolle offertes worden ingediend. Het Waals Gewest nodigde aanbesteders alvast uit om de indieningstermijnen te verlengen tot 20 april 2020. De website [Publicprocurement.be](https://publicprocurement.be) stelt dat een verlenging met ten minste een maand aangewezen kan zijn, gezien de vele onzekerheden als gevolg van de covid-19 crisis. [Publicprocurement.be](https://publicprocurement.be) is de portaalsite overheidsopdrachten van de dienst Overheidsopdrachten van de Federale Overheidsdienst Beleid en Ondersteuning in samenwerking met de dienst Overheidsopdrachten van de Kancelarij van de Eerste Minister. In dit verband kunnen ook de bewoordingen van art. 59 Wet Overheidsopdrachten 2016 hulp bieden aan ondernemingen met moeilijkheden. Voormeld artikel bepaalt immers dat de vastgestelde indieningstermijn rekening moet houden met het proportionaliteitsbeginsel, de complexiteit van de opdracht en de tijd die nodig is voor de voorbereiding van de offerte. Om bovenvermelde redenen valt te verdedigen dat een onderneming in deze uitzonderlijke omstandigheden meer tijd nodig heeft om de offerte voor te bereiden.
- Aanvragen tot deelneming of offertes reeds ingediend: Eens de indieningsdatum verstreken is, kunnen de termijnproblemen niet langer worden opgelost door de publicatie van een rechtzettingsbericht. Bijzondere aandacht gaat hierbij uit naar de verbintenistermijn, dewelke standaard 90 dagen bedraagt (behoudens andersluidende bepalingen in de opdrachtdocumenten).

Wanneer nog geen gunning heeft plaatsgevonden, kan de aanbesteder een verlenging van de verbintenistermijn vragen, waarbij een onderscheid lijkt te moeten worden gemaakt tussen een verzoek hiertoe vóór en ná het verstrijken van de verbintenistermijn (art. 58 en art. 89 van het KB Plaatsing van 18 april 2017 en art. 64 en art. 87 KB Plaatsing van 18 juni 2017).

Op basis van de bewoordingen van het verslag aan de Koning zou kunnen worden afgeleid dat de inschrijver bij een verzoek vóór het verstrijken van de verbintenistermijn enkel bevestigend kan

antwoorden om in de running te blijven. Een voorhoud zou mogelijk als een weigering moeten worden beschouwd. Bij duidelijke indicaties dat de COVID-19 crisis een aanzienlijke invloed kan hebben op de prijzen of andere belangrijke onderdelen van de offerte (zoals bv. timing), sluiten wij ons aan bij de stelling van de FOD Beleid en Economie (op haar website [Publicprocurement.be](https://publicprocurement.be)) dat het wellicht beter is om gebruik te maken van de procedure in geval van reactiveren van de gunningsprocedure ná verstrijken van de verbintenistermijn (cf. artikelen 89 KB Plaatsing van 18 april 2017 en 87 KB Plaatsing van 18 juni 2017; zie verder). Belangrijk is dat de aanbesteder de verschillende inschrijvers gelijk behandelt en met inachtneming van het non-discriminatiebeginsel. Verder verdient zoveel mogelijk rechtszekerheid de voorkeur, door het verzoek tot behoud van de offerte bijvoorbeeld via elektronische aangetekende zending te laten verlopen.

In de andere situatie waarin de verbintenistermijn al is verstreken, kan de aanbesteder aan de inschrijver met de economisch meest voordelige offerte vragen of deze instemt met het behoud van zijn offerte. Indien de gekozen inschrijver hiermee instemt, kan de gunning en de sluiting van de opdracht plaatsvinden. Wanneer de inschrijver in kwestie zijn offerte enkel gestand doet op voorwaarde van een wijziging van de offerte, gebeuren de gunning en de sluiting van de opdracht, inclusief de gevraagde wijziging, indien de inschrijver de wijziging verantwoordt op grond van omstandigheden die zich na de indieningsdeadline voor de offertes hebben voorgedaan. Bovendien moet de gewijzigde offerte de economisch meest voordelige blijven. Wanneer niet aan de beide voorwaarden is voldaan, richt de aanbesteder zich:

1. hetzij achtereenvolgens, volgens de rangschikking, tot de andere regelmatige inschrijvers (waarbij toepassing wordt gemaakt van de dubbele hierboven vermelde voorwaarde);
2. hetzij gelijktijdig tot alle andere regelmatige inschrijvers met een verzoek hun offertes te herzien op basis van de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht. De aanbesteder moet de opdracht gunnen en sluiten op basis van de offerte die de economisch meest voordelige is geworden. De gevraagde wijzigingen moeten ook het gevolg zijn van omstandigheden die zich na de deadline voor de indiening van de offertes hebben gemanifesteerd.

Daarnaast is er de meer inhoudelijke vraag of aanbesteders in de opdrachtdocumenten van nieuwe opdrachten niet moeten trachten de (termijn en financiële) gevolgen van de coronacrisis en bijhorende overheidsmaatregelen contractueel te regelen. Nu bestaat het risico immers op een verschillend vertrekpunt voor de opmaak van de offertes van de respectieve inschrijvers, waardoor de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang kan komen.

Van belang is dat de opdrachtgever helder in de opdrachtdocumenten aangeeft hoe zij verwacht dat inschrijvers zullen omgaan met de maatregelen die voortvloeien uit de beheersing van de verspreiding van het COVID-19 virus, waaronder voornamelijk de “social distancing”-maatregelen, om vergelijkbare offertes te kunnen bekomen. Idealiter kiest de opdrachtgever tussen een scenario waarbij aan alle inschrijvers uitdrukkelijk gevraagd wordt niet of wel rekening te houden met de “social distancing”-maatregelen en voorziet ze daarbij herzieningsclausules in de zin van art. 38 AUR, waarbij ze aangeeft welke partij welke risico's draagt. Een juridische basis kan hiervoor op

het eerste gezicht gevonden worden in art. 32, § 1 KB Plaatsing van 18 april 2017 en art. 40, § 1 KB Plaatsing van 18 juni 2017. Volgens deze artikelen dienen maatregelen opgelegd door de regelgeving inzake veiligheid en gezondheid van de werknemers bij de uitvoering van hun werk, waaronder de social distancing zou kunnen vallen, in principe verrekend te zijn in de prijs. Echter, ze laten “andersluidende bepalingen in de opdrachtdocumenten” toe.

In plaatsingsprocedures waarin onderhandelingen zijn toegelaten, kunnen inschrijvers overwegen om zelf suggesties van dergelijke clausules te doen waarbij bv. de te nemen maatregelen inzake social distancing als een risico opdrachtgever worden aanzien in het geval deze maatregelen in de uitvoeringsperiode van de werken nog steeds verplicht zijn. In andere procedures zouden inschrijvers de aanbesteders kunnen wijzen op het nut van (types van) de voormelde clausules in het licht van hun plicht om aanbesteders te attenderen omtrent de aan- of afwezigheid van clausules in de opdrachtdocumenten die de prijsberekening of de vergelijking van de offertes onmogelijk maken. Deze kennisgeving moet schriftelijk gebeuren ten laatste 10 dagen vóór de uiterste datum voor de ontvangst van de offertes (art. 81 KB Plaatsing van 18 april 2017 en art. 79 KB Plaatsing van 18 juni 2017).

Tot slot wijzen wij erop dat de beroepstermijnen, in geval van een misgelopen gunning, (op moment van schrijven van dit bericht) niet zijn opgeschort of verlengd. Voor een schorsingsverzoek bij uiterst dringende noodzakelijk gaat het om 15 kalenderdagen en voor een nietigverklaring om 60 kalenderdagen, telkens vanaf de kennisgeving van de (niet-)gunningsbeslissing. Het is dus aangewezen dat ondernemingen de binnenkomende post (e-mail én papier) goed opvolgen teneinde hun rechten te kunnen vrijwaren.

Mechelsesteenweg 127A, b1 - 2018 Antwerpen

t. +32 3 260 98 60 | +32 2 790 44 44

Regentschapsstraat 58 bus 8 - 1000 Brussel

info@schoups.be

www.schoups.com