

Nathanaelle Kiekens^o
T +32 2 533 54 19
F +32 2 533 51 19
nathanaelle.kiekens@stibbe.com

Stibbe
Central Plaza
Loksumstraat 25
1000 Brussel
België
www.stibbe.com

OVERHEIDSOPDRACHTEN IN BELGIË ANNO 2025: EEN BEKNOPT OVERZICHT VOOR INGENIEURS-DESKUNDIGEN EN BEMIDDELAARS

Auteurs: Nathanaelle Kiekens, advocaat, partner Publiek Recht Stibbe en Vybe Gesquière, advocaat

1.1 Waar haalt de Belgische wetgever zijn inspiratie?

1. De overheidsopdrachtenreglementering in België is in zeer grote mate gesteund op Europese regulering. Voor de Europese wetgever zijn overheidsopdrachten immers een belangrijk economisch instrument. Zo blijkt dat de overheden in Europa jaarlijks ongeveer 14% van het Europese BBP, ofwel 2,4 triljoen euro, aan de aankoop van werken, diensten en goederen spenderen. Bovendien blijkt dat in vele strategische sectoren (zoals de energie-, transport-, afvalbeheer-, gezondheids- en onderwijssectoren etc.) overheidsinstanties de belangrijkste kopers zijn.¹

2. De Europese wetgever heeft, – in het licht van de substantiële impact van de overheidsopdrachten - beslist deze vanaf een bepaalde financiële waarde te harmoniseren. De plaatsingsprocedures en toepasselijke rechtsstelsels waren voordien zeer versnipperd en specifiek in de diverse lidstaten, waardoor de nationale markten vaak *de facto* voorbehouden bleven voor nationale ondernemingen. Dit stond op haaks op de principiële Europese marktbeginselen, zijnde het vrij verkeer van vestiging, goederen, diensten en kapitaal, het mededingings- en non-discriminatiebeginsel.

3. Vandaar dat reeds begin 1970 Europese richtlijnen werden uitgevaardigd om de plaatsingsprocedures voor de belangrijkste overheidsopdrachten en, in een latere fase, de rechtsbescherming te harmoniseren. Deze harmonisatie vertrekt vanuit enkele basisprincipes, die – nog steeds anno 2025 – de hoekstenen van het overheidsopdrachtenrecht vormen: transparantie met aandacht voor bekendmaking en motivering, gelijke behandeling, een verbod van discriminerende

¹ Call for evidence for an evaluation/ fitness check, EUROPESE COMMISSIE, 13 december 2024, nr. (2024)8928678, 2, ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/14427-Public-procurement-directives-evaluation_en.

specificaties en een toepassing van objectieve criteria. De Europese harmonisatie is wel nog niet totaal.

4. Er is gebruik gemaakt van het instrument van de richtlijn die, in tegenstelling tot een verordening die directe werking heeft, nog door iedere lidstaat in het eigen nationale recht moeten worden omgezet. Aldus heeft iedere lidstaat nog steeds een eigen set aan regels voor overheidsopdrachten, ook voor de belangrijke Europese opdrachten. Het is tot op heden nog steeds federale materie. Er is dus wel degelijk sprake van een Belgisch overheidsopdrachtenrecht, evenwel met accentverschillen op gewestelijke deelaspecten en met nuances die kunnen verschillen in Nederlandstalige en Franstalige rechtspraak.

5. Wij bespreken enkele essentiële thema's binnen het overheidsopdrachtenrecht zoals de Europese en Belgische wetgevende kaders, basisprincipes, plaatsingsprocedures en de uitvoeringsfase van overheidsopdrachten. Hierover zijn talrijke en omvangrijke publicaties beschikbaar, en aldus is dit een beknopt en bij uitstek niet-exhaustief overzicht.

1.2 Wetgevende kaders inzake overheidsopdrachten

6. Vanuit Europese hoek, kan er inzake overheidsopdrachten een onderscheid gemaakt worden tussen 4 verschillende regimes (telkens met hun eigen richtlijn).

- Het basisregime is dat voor de zogenaamde “klassieke sectoren”. Dit zijn de regels die gelden voor overheidsopdrachten van traditionele aanbestedende overheden.
- De speciale sectoren (ofwel de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten).
- Er geldt een afzonderlijke regime voor de opdrachten gegund op defensie- en veiligheidsgebied.
- Tot slot is er ook voor de concessies een apart regime uitgewerkt.

Naast die richtlijnen die de plaatsing regelen, bestaan er ook richtlijnen inzake rechtsbescherming. De Europese inspanningen tot coördinatie van het geheel aan regels zou immers weinig zin hebben indien er geen effectieve en geharmoniseerde sancties verbonden worden aan de niet-naleving van deze regels. Een veel vlottere toegang tot de rechter (lees: snellere uitspraken) is zeker de belangrijkste doorbraak geweest die uit die richtlijnen is gevolgd. Inzake overheidsopdrachten is de kort geding rechtspraak dan ook vrij gezaghebbend.

De Europese regelgeving is in beginsel slechts van toepassing indien de overheidsopdrachten het Europese drempelbedrag overschrijden. Enigszins ongenueanceerd, is er rekening te houden met een drempel van 221.000 euro voor leveringen en diensten en 5.538.000 euro voor werken².

² Drempelbedragen 2025 voor de klassieke sectoren.

7. De Belgische wetgeving reguleert echter niet enkel opdrachten die deze drempels overschrijden (de zogenaamde “Europese opdrachten”). Ook voor opdrachten met lagere waarde (de zogenaamde “Belgische opdrachten”) bestaat er een uitgebreid wettelijk kader.

Reeds lang voor de Europese coördinatiebeweging, bestonden – in de wetten op de rijkscomptabiliteit - er immers enkele basisprincipes betreffende overheidsopdrachten: de opdrachten worden gegund op basis van mededinging, na openbaarmaking, tegen een vaste prijs en waarbij betalingen enkel gebeuren voor verstrekte en aanvaarde prestaties. Tot op vandaag spelen deze beginselen een belangrijke rol in het Belgische overheidsopdrachtrecht. Deze voorgeschiedenis maakt dat in de Belgische wetgeving de overheidsopdrachten gereguleerd zijn ongeacht of deze de Europese drempel overschrijden.

Daarbij is er op diverse punten dan nog een verschillende uitwerking naargelang de opdracht de Europese drempels al dan niet overschrijdt. Meestal is het regime onder de Europese drempels “lichter”, d.w.z. dat er meer flexibiliteit mogelijk is voor de overheid. Dat zowel Europese als niet-Europese opdrachten gereguleerd zijn, verklaart ook waarom er in de Belgische praktijk zoveel aandacht is voor overheidsopdrachten, want voor alle overheidsopdrachten moet er dus wel een of andere set van regels worden nageleefd.

8. De wetgeving overheidsopdrachten was lange tijd vooral op gericht op het bekomen van de beste kwaliteit voor de laagste prijs. Verschillende recente Europese wetgevende initiatieven hebben de Europese overheidsopdrachtenreglementering echter meer doen aansluiten op een aantal andere huidige maatschappelijke behoeften. Zo heeft de Commissie de afgelopen jaren de nadruk gelegd op groene overheidsopdrachten, waarbij de aanbesteders de mogelijkheid krijgen om de milieueffecten van de aanbesteding overheidsopdracht in acht te nemen, alsook rekening te houden met de ecologische voetafdruk van deelnemende ondernemingen, bijvoorbeeld door verwijzingen naar milieulabels als technisch selectiecriteria. Een andere focus is de sociale inclusie en vereenvoudiging van dienstverleningscontracten, waarbij KMO's geholpen worden via het ‘Uniform Europees Aanbestedingsdocument’ en door de verdeling van de opdrachten in percelen aan te moedigen. Op nationaal vlak werd daaropvolgend in 2018 en 2024 voorzien in het Charter Toegang van kmo's tot overheidsopdrachten, ten einde overheidsopdrachten toegankelijk te maken voor elke ondernemingsgrootte.

De meest recente ontwikkeling betreft een oproep tot evaluatie en vernieuwing van de Richtlijnen overheidsopdrachten. De Europese Commissie heeft als eerste stap in dit evaluatie- en vernieuwingstraject een ‘Call for evidence for an evaluation’ gelanceerd, waarbij de bestaande teksten worden geëvalueerd over een periode van acht jaar over een periode van acht jaar, zijnde van 2016 tot en met 2024, worden geëvalueerd. Hierbij beoogt men het overheidsopdrachtenrecht efficiënter en eenvoudiger te maken. De herziene richtlijnen moeten de mogelijkheid bieden om Europese producten te verkiezen in bepaalde strategische sectoren, en moeten de EU-toegevoegde waarde en veiligheid van leveringen voor vitale technologieën, producten en diensten waarborgen.

Bovendien wil de Europese commissie de regels vereenvoudigen, met een bijzondere focus op startups en innovatieve ondernemingen.

9. Op Belgisch niveau zijn de EU richtlijnen omgezet via een diverse set aan rechtsregels. De basiswet is de Wet Overheidsopdrachten. De Wet Overheidsopdrachten wordt verder uitgevoerd door twee Koninklijke Besluiten die een duidelijk onderscheid maken tussen de reglementering voor de klassieke sectoren enerzijds, en de speciale sectoren anderzijds. Daarnaast bestaat ook een specifiek regelgevend kader voor de uitvoeringsfase van overheidsopdrachten, zijnde het KB Uitvoering dat voorziet in de regelgeving aangaande die uitvoeringsfase en zowel geldt voor de klassieke als voor de speciale sectoren. Tot slot is voor de rechtsbescherming inzake overheidsopdrachten ook nog een afzonderlijke wet. Ondanks het vrij omvangrijke wetgevende kader, blijft het overheidsopdrachtenrecht fluctueren door steeds evoluerende rechtspraak (voornamelijk van het Hof van Justitie en de Raad van State), waarbij veel aandacht gaat naar de beginselen die dit recht beheersen.

10. In die zin kan nooit abstractie gemaakt worden van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en van het overheidsopdrachtenrecht. Het overheidsopdrachtenrecht veronderstelt dus niet alleen een goede kennis van de regelgeving, maar ook van de rechtspraak. Het hoeft niet te verbazen dat dit een grote uitdaging is voor de professionelen in de praktijk die overheidsopdrachten “in het veld” moeten toepassen.

1.3 Fundamentele basisprincipes van het overheidsopdrachtenrecht

11. Voorts worden de basisprincipes van het overheidsopdrachtenrecht onder de loep genomen. Aanvankelijk waren deze principes vooral gericht op de bescherming van de financiële belangen van de overheid en het waarborgen van gelijkheid onder kandidaten. Deze principes zijn onder meer gekoppeld aan het concept van een 'vaste prijs' en het verbod op 'frontloading'. Uitzonderingen op deze principes omvatten verplichte prijsherzieningen als gevolg van economische en sociale factoren en de imprevisie, die contractaanpassingen in onvoorziene omstandigheden toestaat. Ten tweede, en mede Europees geïnspireerd, zijn ook de beginselen inzake transparantie, gelijke behandeling en concurrentie, met specifieke garanties om integriteit en eerlijke concurrentie te waarborgen, op de voorgrond getreden. Deze beginselen blijven ook vandaag nog aan belang winnen in de rechtspraak en dienen vaak als uitgangspunt bij uiteenlopende fundamentele vraagstukken in het overheidsopdrachtenrecht, ongeacht hun complexiteit.

1.4 Toepassingsgebied en plaatsingswijzen

12. Het is van belang groot te weten wie onderworpen wordt aan de overheidsopdrachtenreglementering, hetgeen niet in elk geval een eenduidige zaak blijkt te zijn. Dat overheidsinstanties onderworpen zijn aan de overheidsopdrachtenreglementering hoeft veelal geen uitleg. Daarnaast blijkt echter dat onder bepaalde omstandigheden ook ondernemingen met een

‘private’ vorm eveneens aan de overheidsopdrachtenreglementering onderhevig kunnen zijn. De open criteria in de wetgeving zijn immers eerder ruim. Wanneer duidelijk is dat men potentieel onder het toepassingsgebied valt, zal men vervolgens moeten bepalen of de beoogde activiteit ook daadwerkelijk als ‘overheidsopdracht’ kwalificeert. Niet elke overeenkomst door een aanbesteder kan immers als zulks beschouwd worden.

13. De plaatsingswijze bepaalt de wijze waarop de mededinging voor een overheidsopdracht vorm zal krijgen. Er wordt daarbij een onderscheid gemaakt tussen de openbare procedure, de niet-openbare procedure en de procedure met onderhandelingsmogelijkheid. Enkel bij de openbare procedure zullen alle belanghebbenden onmiddellijk een offerte kunnen indienen. Bij de niet-openbare procedure, zullen enkel bepaalde ondernemingen die daartoe geselecteerd worden een offerte kunnen indienen. Die procedure verloopt daarom in twee fasen, waarbij geïnteresseerde ondernemingen eerst een kandidaatstelling indienen en op basis daarvan geselecteerd worden. Enkel die geselecteerde ondernemingen mogen in de tweede fase dan een offerte indienen. In de openbare en niet-openbare procedure is het niet toegelaten om tot onderhandelingen over te gaan. Het komt er voor de (geselecteerde) aannemer dus op aan om meteen zijn ‘beste’ offerte in te dienen.

14. Hoewel in de commerciële sfeer contractsonderhandelingen erg gebruikelijk zijn, is dit bij overheidsopdrachten in de klassieke sectoren in beginsel niet mogelijk. Onderhandelingen zijn slechts mogelijk in een aantal specifieke in de wet voorziene gevallen, zoals bij innovatieve oplossingen of bij opdrachten die niet kunnen worden gegund zonder voorafgaande onderhandelingen wegens specifieke omstandigheden die verband houden met de aard, de complexiteit of de juridische en financiële voorwaarden of wegens de daaraan verbonden risico's.

In die gevallen is dan gebruik te maken van een zogenaamde mededingingsprocedure met onderhandeling en de concurrentiedialoog (waarbij dit dan ook nog geconcentreerd is op een specifieke fase, zijnde de dialoog).

15. Zowel de openbare, niet-openbare als de mededingingsprocedure met onderhandeling starten met een publieke oproep tot de mededinging. Enkel in bepaalde uitzonderingsgevallen kan afgezien worden van een voorafgaande bekendmaking, en kan gebruik gemaakt worden van de zogenaamde “onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking”. Dit kan bv. bij opdrachten van zeer geringe waarde, of in zeer specifieke gevallen (bijv. een exclusief recht).

1.5 Een overheidsopdracht, van voorbereiding tot contractsluiting – diverse stappen

16. Hoewel de plaatsingsprocedures zich op verschillende specifieke punten van elkaar onderscheiden, bestaat elke procedure in principe uit enkele algemene fases, waarvan de invulling kan verschillen die naargelang de gekozen plaatsingswijze. Er zal hoe dan ook enkel onderhandeld worden indien dit specifiek voorzien wordt. In het algemeen zal de plaatsingsprocedure er als volgt uitzien:

- Opmaak van de opdrachtdocumenten en raming van de opdracht;
- Bekendmaking van de overheidsopdracht met bijhorende opdrachtdocumenten;
- Kandidaatstelling (tweefasige procedure) of indiening offerte (eenfasige procedure);
- Selectie (uitgaande van analyse van de uitsluitingsgronden en de selectiecriteria);
- Indiening offerte;
- Regelmatigheidsonderzoek van de ingediende offerte;
- Inhoudelijke beoordeling;
- (Indien van toepassing: onderhandelingen gevolgd door de indiening van een Best And Final Offer);
- Gunningsbeslissing;
- (Wachtermijn, enkel verplicht voor Europese overheidsopdrachten of vrijwillig indien zo bepaald in de opdrachtdocumenten);
- Contractsluiting.

1.6 Een overheidsopdracht is en blijft een contract - uitvoeringsfase

Een voor de praktijk belangrijkste fase van de overheidsopdrachtenprocedure, betreft de uitvoeringsfase. Deze fase wordt beheerst door het KB Uitvoering, al kunnen de partijen in een onderhandelingsprocedure en in bijzonder gemotiveerde gevallen wel een contractueel kader overeen komen. Voor bepaalde specifieke complexere opdrachten is dit zelfs uitdrukkelijk voorzien. Het KB Uitvoering bevat op zich een set aan specifieke regels inzake de uitvoering van een overheidsopdracht, die al dan niet afwijkt van het gemeen recht, zoals bijvoorbeeld het recentelijk hervormd Nieuw Burgerlijk Wetboek. Zo zijn er specifieke bepalingen omtrent de betalingen, leveringsmodaliteiten en maatregelen bij wanprestatie van de medecontractant. Het benadrukt het belang van naleving van deze regels en de mogelijke gevolgen van niet-naleving, zoals boetes en uitsluiting van toekomstige contracten.

1.7 Bijzondere rechtsbescherming bij overheidsopdrachten

17. Het Belgische overheidsopdrachtenrecht kent een vrij specifieke regeling inzake rechtsbescherming bij overheidsopdrachten en dit zowel tijdens de gunnings- als uitvoeringsfase. Vooreerst kan de inschrijver zich immers benadeeld voelen bij de plaatsingsprocedure en de daaruit

volgende beslissing van de aanbesteder. De Europese en Belgische wetgever hebben daarom voorzien in een ‘standstill-periode’, hetgeen inschrijvers de kans geeft om gunningsbeslissingen aan te vechten voordat een contract wordt ondertekend. In voorkomend geval komt het er voor de benadeelde inschrijver op aan om richting de Raad van State, dan wel de burgerlijke rechter te trekken naargelang de aanbesteder al dan niet aanmerkt als “administratieve overheid” in de zin van het Belgisch bestuursrecht. Bovendien kunnen partijen ook een schadevergoeding eisen.

De burgerlijke rechter speelt eveneens een cruciale rol in het waarborgen van effectieve rechtsbescherming bij de uitvoeringsfase van de overheidsopdrachtenprocedure. Zo voorziet het KB Uitvoering in een specifieke regeling voor rechtsvorderingen van de opdrachtnemer, waarbij er strenge vervaltermijnen gelden.

1.8 Er is veel geregeld, misschien te veel en toch is er veel niet geregeld

18. Er is vast te stellen dat er voor contracten die kwalificeren als overheidsopdrachten een ganse set aan regels bestaat, die dan nog frequent wijzigen doorheen de tijd. Deze regels zijn omvangrijk en verspreid over diverse rechtsbronnen, die dan nog op regelmatige tijdstippen gewijzigd worden. Een eerste bedenking is dat de graad van detail vaak erg groot is, waardoor dit soms als te rigide en te detaillistisch beschouwd wordt. Dit geldt zowel voor de aanbesteder als voor de opdrachtnemer. Voorts is vast te stellen dat overheidsopdrachten vaak gebruikt worden als een soort “instrument” om aan overheidsbeleid te doen (vergroening, strijd tegen sociale fraude, bescherming van de Europese markt etc.), maar dat daardoor de overheidsopdrachtenprocedure wel erg zwaar en complex wordt. De vraag rijst aldus of aan de basisdoelstelling van opening van de interne markt en de bevordering van de concurrentie steeds voldaan wordt. Ondanks de hoeveelheid aan wetgeving, is bovendien vast te stellen dat zeer veel ook nog niet gecodificeerd is, en het resultaat vormt van veelvuldige rechtspraak van diverse fora, zijnde het Europees Hof van Justitie, de Raad van State, en de burgerlijke rechters. De casuïstiek eigen aan rechtspraak maakt de toepasbaarheid en inpasbaarheid niet altijd voor de hand liggend.

Daarbij is vast te stellen dat vele regel(tje)s een uitvloeisel vormen van het gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel, met als basispremissie het bevorderen en verzekeren van eerlijke mededinging. In die zin zou onder het motto van administratieve vereenvoudiging een deregulering kunnen overwogen worden. Laat dit nu brandend actueel zijn, nu deze ambitie terug te vinden is in het Federaal Regeerakkoord 2025-2029.

Te meer, dat er voor andere overeenkomsten dan overheidsopdrachten en gereguleerde concessies vaak amper uitwerking in regelgeving voor handen is. Men kan zich afvragen of dat verschil in graad en detail van regulering en rechtsbescherming nog te verantwoorden is, en of dit op zich het gelijkheidsbeginsel niet miskent...