

Draaiboek circulair aanbesteden Juridische FAQ

Bernard Vanheusden – Steven Van Garsse – Jonas Voorter



document opgemaakt in het kader van
de Proeftuin Circulair Bouwen &
de Green Deal Circulair Bouwen



VLAANDEREN
CIRCULAIR



Colofon

Dit document is het resultaat van het onderzoek binnen de Proeftuin Circulair bouwen, de Community of Practice “Circulair aanbesteden, van draagvlak naar een aangepaste vraag” binnen de Green Deal Circulair Bouwen en de opvolging van verschillende gerichte call – projecten van Vlaanderen Circulair. Het heeft als voornaamste doel om begeleiding te geven en inspiratie te bieden voor het implementeren van circulaire ambities in overheidsopdrachten.

Auteurs: Bernard Vanheusden (UHasselt), Steven Van Garsse (UHasselt), Jonas Voorter (UHasselt)

Trefwoorden: Circulaire economie; Bouw; Juridisch; Overheidsopdrachten

Aantal bladzijden: 70 p.

Versie No. 1 datum: 14/12/2022

Contactpersonen: Jonas Voorter: jonas.voorter@uhasselt.be

Partners van de Proeftuin Circulair Bouwen



Inhoudstafel

Colofon.....	
I. Inleiding.....	1
II. Voorbereiding.....	5
1. Wat is het belang van een duidelijke ambitie bij het plaatsen van een overheidsopdracht en is een marktraadpleging een goede manier om mijn wensen als aanbestedende overheid vast te leggen?	5
Tags: Juridisch, Samenwerking, Beleid, Opdrachtgever.....	5
2. Wanneer moet een overheidsopdracht met ambities rond circulariteit worden behandeld als werk, als dienst of als levering?	11
Tags: Juridisch, Opdrachtgever.....	11
III. Aanbesteding.....	15
3. Hoe ver kan men gaan met circulaire vereisten in het kader van selectiecriteria?	15
Tags: Juridisch, Opdrachtgever.....	15
4. Wat is het verschil tussen het implementeren van circulariteit in technische specificaties vs. gunningscriteria?	19
Tags: Juridisch, Opdrachtgever.....	19
5. Wat als er maar één product, productiewijze, dienst, etc. voorhanden is? Hoe ga je hiermee om in je bestek?	25
Tags: Juridisch, Opdrachtgever.....	25
6. Is het mogelijk om een project enkel te gunnen op basis van kwalitatieve aspecten? 31	
Tags: Juridisch, Opdrachtgever.....	31
7. Is voorafgaande sloop- en demontage een afzonderlijk traject, afzonderlijk begroot, en dus via een andere aanbestedingsprocedure te plaatsen?	35
Tags: Juridisch, Opdrachtgever.....	35
8. Op welke manier kan een bouwteammodel worden ingepast in de wetgeving overheidsopdrachten?.....	37
Tags: Juridisch, Opdrachtgever.....	37
9. Circulaire projecten hebben baat bij een aanbestedingsprocedure met onderhandelingsmogelijkheid. Mededingingsprocedure met onderhandeling of concurrentiegericht dialoge?	43
Tags: Juridisch, Opdrachtgever.....	43

IV. Uitvoering	49
10. Kan ik bijzondere uitvoeringsvoorwaarden opnemen in mijn bestek?.....	49
Tags: Juridisch, Opdrachtgever.....	49
11. Zijn er innovatieve ideeën uit Nederland en zijn er standaardovereenkomsten voorhanden?.....	53
Tags: Juridisch, Samenwerking, Beleid, Beleidsmaker	53
V. (voorlopige) Slotbeschouwingen	57
VI. Honger naar meer?	59

I. Inleiding

De transitie naar een circulaire economie vraagt inspanningen van zowel consumenten als producenten. Met betrekking tot het **consumentenperspectief** zijn er alvast enorm veel elementen die het waard zijn om te onderzoeken (bv. product-as-a-service modellen, eigendomskwesties, economische manieren om circulair consumeren aan te moedigen, etc.). Dit deel van de werkzaamheden van de Proeftuin Circulair Bouwen focust zich evenwel op de grootste consument van allemaal: **de (aanbestedende) overheid**. Overheden in de Europese Unie besteden jaarlijks zo een **14% van hun BBP aan overheidsopdrachten**.¹ De toepassing van de brede reglementering rond overheidsopdrachten zal verder worden onderzocht om ervoor te zorgen dat circulaire praktijken meer ingang kunnen vinden in het bouwproces. De (aanbestedende) overheid kan op die manier een **stimulerende rol vervullen** en nieuwe, innovatieve ideeën en werkwijzen gangbaar en haalbaar te maken in de praktijk.²

Dit document zet in op deelvragen a) en b) van het deelvraagstuk 'Overheden als accelerator voor circulaire innovatie binnen de bouwwereld' dat deel uitmaakt van het tweede deel (veranderingsgericht bouwen) van de **Proeftuin Circulair Bouwen**:

- Hoe kunnen overheden via publieke aanbestedingen komaf maken met de laagste prijs als voornaamste gunningscriteria? Zijn voorbeeldbestekken en prestatiegerichte gunningscriteria ten aanzien van lage total cost of ownership (TCO) en lage milieu-impact (LCA) (cf. artikels 81 en 82 in de Wet op openbare aanbestedingen) zinvol en voldoende om (veranderingsgerichte) (ver)bouwoplossingen met betere kwaliteiten en prestaties t.o.v. traditionele oplossingen te selecteren en te gunnen? Zo niet, welke adviezen en aandachtspunten stellen we voorop?

¹ EUROPESE COMMISSIE, "Thematische factsheet Europees semester: overheidsopdrachten", 2017, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_public-procurement_nl.pdf, 1. (laatst geraadpleegd op 2 november 2021); Zie voor specifieke cijfers rond de bouw: <https://www.ebp.be/nl/blog/overzicht-overheidsopdrachten-in-belgie-2021/#:~:text=Met%20een%20waarde%20van%20zo.25%25%2C%20ondanks%20de%20viruspandemie>.

² A. VERLINDEN, E. DE RAEYMAECKER en T. CHRISTIAENS, "Circulair aanbesteden. De gunning van overheidsopdrachten als bouwsteen voor een circulaire economie" in C. DE KONINCK, P. FLAMEY, P. THIEL en B. WATHELET (eds.), *Jaarboek overheidsopdrachten 2018 – 2019*, Brussel, EBP Consulting, 2019, 259.

- Hoe kan een overheid een koploper die als enige op de Vlaamse/Belgische markt een bepaalde (circulaire) dienst aanreikt (= unieke marktpositie) toch (gericht) aanbesteden zonder een marktverstoring te creëren?

Het uitgevoerd theoretisch onderzoek, de opgevolgde projecten binnen de gerichte call en de gesprekken tijdens de Communities of Practice (COP's) op de actiedagen van de Green Deal Circulair Bouwen tonen aan dat er nog veel (juridische) vragen bestaan over de implementatie van circulariteit in het kader van overheidsopdrachten. Het is dus interessant om veel voorkomende vragen te bundelen in een **juridische FAQ** die zaken op een **duidelijke en toegankelijke manier** probeert te duiden zodat (lokale) aanbestedende overheden niet blijven zitten met dezelfde vragen maar, op basis van deze FAQ, verder kunnen denken en nieuwe stappen kunnen en durven zetten.³ De FAQ kan worden opgevat als een **levend document** dat in de toekomst steeds verder kan worden aangevuld met nieuwe antwoorden en praktijkvoorbeelden. Let wel: De focus op toegankelijkheid en duidelijkheid zorgt ervoor dat **niet elke juridische nuance** in detail kan worden belicht. De FAQ geeft **richting en mogelijke denkpistes** om circulariteit in overheidsopdrachten te bevorderen maar het kan in een concrete casus nog steeds aangewezen blijven om de vereiste bijkomende externe (juridische) expertise onder de arm te nemen.

De FAQ bundelt op dit moment een elftal vragen verdeeld over de **drie fasen van een overheidsopdracht**: 1) de voorbereiding, 2) de aanbesteding en 3) de uitvoering. De focus ligt steeds op de wetgeving rond overheidsopdrachten, en meer bepaald:

- Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten (hierna: Wet Overheidsopdrachten);
- Koninklijk Besluit van 18 april 2017 betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren (hierna: KB Plaatsing).
- Koninklijk Besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten (hierna: KB Uitvoering).

³ De voorbeelden die in deze FAQ worden aangereikt zijn dus niet de enige mogelijkheden die de wetgeving overheidsopdrachten aanreikt.

De FAQ gaat steeds uit van een opdracht in de klassieke sectoren en houdt geen rekening met specifieke regelgeving rond bijvoorbeeld concessies.

II. Voorbereiding

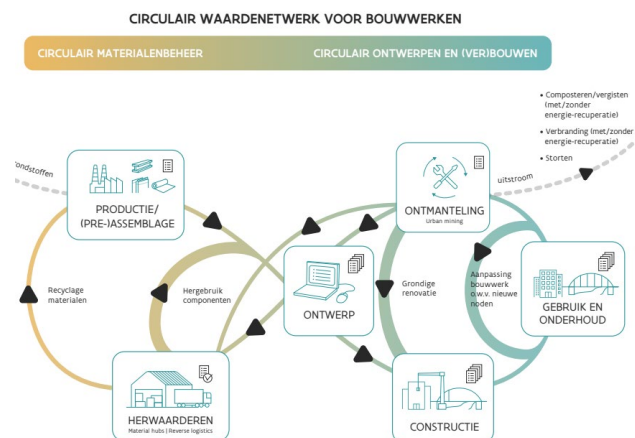
1. Wat is het belang van een duidelijke ambitie bij het plaatsen van een overheidsopdracht en is een marktraadpleging een goede manier om mijn wensen als aanbestedende overheid vast te leggen?

Tags: Juridisch, Samenwerking, Beleid, Opdrachtgever

Samenvatting

1. Een opdracht staat of valt met een adequate voorbereiding en correcte afbakening van het project;
2. Een marktconsultatie kan helpen om oplossingen te verkennen en marktpartijen te informeren of warm te maken voor de opdracht;
3. Er is enorm veel vrijheid in deze voorbereidingsfase aangezien de juridische omkadering beperkt is. Wel moet men als aanbestedende overheid steeds rekening houden met de doelstelling van de overheidsopdrachtenreglementering (mededinging) en de algemene beginselen (gelijkheid, transparantie en proportionaliteit). Men mag geen ondernemingen bevoordelen.

Het Vlaams beleidsprogramma 'Op weg naar circulair bouwen' (2022 – 2030) stelt de circulaire economie in de bouw voor in de vorm van een **liggende acht** (*infinity*-symbool):



4

⁴ OVAM, "Op weg naar circulair bouwen. Beleidsprogramma 2022 – 2030", 2022, <https://ovam.vlaanderen.be/nl/w/nieuw-beleidsprogramma-over-circulair-bouwen->

Een nieuwbouwproject **start op het centraal kruispunt** van deze liggende acht en gaat van de ontwerp- en constructiefase over de gebruiksperiode naar de fase van ontmanteling en herwaardering. Het hoeft niet te verbazen dat een **goede voorbereiding** van het project **cruciaal** is om ervoor te zorgen dat er geen problemen opduiken in de verdere fasen van de waardeketen die een probleem kunnen opleveren voor het circulair gehalte van het bouwwerk, de daarin opgenomen producten, materialen en elementen en hun potentieel voor opeenvolgende levenscycli. Dit wordt alvast bevestigd in het CABRIO-project dat werd uitgevoerd in het kader van de gerichte call.⁵

De voorbereiding van het project moet de aanbestedende overheid in ieder geval tot nadenken stemmen:

- Wat versta ik onder circulaire economie en circulair bouwen?
- Welke ambities heb ik met het project?⁶
- Welke rol wil ik zelf opnemen en wat laat ik over aan de markt?
- Welke oplossing zijn er voorhanden?
- Is er ruimte om criteria rond circulariteit op te nemen en waar neem ik die best op?
Hoe ga ik om met data?

Het zijn allemaal vragen die in meer of mindere mate de revue zullen passeren. Ze zijn ook niet onbelangrijk. **Het gekozen ambitieniveau zal immers een impact hebben op de vereisten die men mag en kan opleggen aan de geïnteresseerde marktpartijen.**⁷ Het komt er dus op aan om hier **voldoende tijd** voor te voorzien.

Een **mogelijke manier** om de ambitie als aanbestedende overheid scherp te stellen en te bekijken wat de marktpartijen te bieden hebben, betreft de organisatie van een **voorafgaande marktconsultatie**. **Zo een marktconsultatie kan verschillende doelen dienen**, bv. als aanbestedende overheden in contact komen met de oplossingen die de markt te bieden heeft

[goedgekeurd#:~:text=Op%20vrijdag%2029%20april%20keurde,haar%20koolstofvoetafdruk%20drastisch%20te%20verminderen., 69.](#)

⁵ <https://vlaanderen-circulair.be/nl/doeners-in-vlaanderen/detail-2/cabrio-9>

⁶ De ambitiekaart kan hiervoor een handig hulpmiddel bieden: <https://aankopen.vlaanderen-circulair.be/nl/aan-de-slag/de-ambitiekaart>. Deze ambitiekaart krijgt ook een specifieke vertaling voor de bouwsector.

⁷ Zie vraag nr. 3 en 4.

of gewoonweg om potentiële inschrijvers te informeren van de nakende plannen om er feedback over te ontvangen (artikel 51 Wet Overheidsopdrachten). **Heel veel meer bepaalt de Wet Overheidsopdrachten niet waardoor aanbestedende overheden voor het overige hun toevlucht zullen moeten nemen tot de algemene beginselen die worden vermeld in artikel 4 Wet Overheidsopdrachten.** Het eerste lid van artikel 4 Wet Overheidsopdrachten geeft aan dat aanbesteders de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze moeten behandelen en moeten handelen op een transparante en proportionele wijze. Het eerbiedigen van deze beginselen zal leiden tot een bevordering van de mededinging (artikel 5 Wet Overheidsopdrachten).

Het belang van een marktconsultatie komt alvast nadrukkelijk tot uiting in de (federale) Omzendbrief van 16 mei 2014 tot integratie van duurzame ontwikkeling, met inbegrip van sociale clausules en maatregelen ten voordele van kleine en middelgrote ondernemingen, in het kader van overheidsopdrachten geplaatst door federale aanbestedende diensten. Afdeling 4 van deze omzendbrief spoort federale aanbestedende instanties aan om in een voorbereidende fase zeker over te gaan tot een behoefteanalyse en een marktverkenning om, naargelang het geval, na te gaan of het mogelijk is om overwegingen inzake duurzame ontwikkeling op te nemen. Voor circulaire overwegingen kan in vele gevallen hetzelfde worden gezegd.

Een ondernemer die, steeds onbezoldigd, heeft deelgenomen aan zo een voorafgaande marktconsultatie **kan zich door de verkregen informatie uiteraard in een bevoordeelde positie bevinden.** Omdat dit niet zou stroken met de hierboven vermelde beginselen en doelstellingen dienen **aanbestedende overheden alle passende maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat de mededinging niet wordt vervalst** (artikel 52, §1 Wet Overheidsopdrachten). Het gaat bijvoorbeeld om het opzetten van een voldoende uitgebreide marktconsultatie, de mededeling van alle relevante informatie aan andere geïnteresseerde kandidaten en inschrijvers, etc.. Indien het onmogelijk blijkt om aan de beginselen van gelijkheid te voldoen, dient de vooraf geconsulteerde onderneming te worden uitgesloten van de aanbestedingsprocedure al krijgt de betrokken onderneming wel de kans om aan te tonen dat de mededinging door zijn deelname niet wordt vervalst (artikel 52, §2 Wet Overheidsopdrachten).

Het bovenstaande toont aan dat **de fase voorafgaand aan de daadwerkelijke aanbesteding (d.i. de voorbereidingsfase) eigenlijk niet zo sterk wordt gereguleerd** door de wetgeving rond overheidsopdrachten. Dit geeft, aan de ene kant, enorm **veel vrijheid** aan de aanbestedende overheid maar leidt, aan de andere kant, **ook tot enorm veel onzekerheid**. De algemene principes (gelijkheid, transparantie en proportionaliteit) kunnen in ieder geval steeds als leidraad dienen om de doelstelling van de wetgeving overheidsopdrachten te verwezenlijken: het bevorderen van de mededinging.

Relevante verwijzingen

- Wet Overheidsopdrachten;
- Federale omzendbrief van 16 mei 2014 tot integratie van duurzame ontwikkeling, met inbegrip van sociale clausules en maatregelen ten voordele van kleine en middelgrote ondernemingen, in het kader van overheidsopdrachten geplaatst door federale aanbestedende instanties, *BS* 21 mei 2014, 40.529;
- DE HORNOIS, K., Van lineair naar circulair: overheidsaankopen als hefboom voor de circulaire economie en de uitdagingen voor de overheidsinkoper. Een aantal inleidende beschouwingen”, *MER* 2019, afl. 1, 58;
- MORTIER, T., *Overheidsopdrachtenwetgeving anno 2021*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 215 – 218;
- MUSSCHEBROECK, Y., “Marktconsultatie”, *MCP_OOO* 2020, afl. 2, 247 – 248;
- OVAM, “Op weg naar circulair bouwen. Beleidsprogramma 2022 – 2030”, 2022, [https://ovam.vlaanderen.be/nl/w/nieuw-beleidsprogramma-over-circulair-bouwen-goedgekeurd#:~:text=Op%20vrijdag%2029%20april%20keurde,haar%20koolstofvoetafdruk%20drastisch%20te%20verminderen](https://ovam.vlaanderen.be/nl/w/nieuw-beleidsprogramma-over-circulair-bouwen-goedgekeurd#:~:text=Op%20vrijdag%2029%20april%20keurde,haar%20koolstofvoetafdruk%20drastisch%20te%20verminderen;);
- VERLINDEN, A., DE RAEYMAECKER, E. en CHRISTIAENS, T., “Circulair aanbesteden. De gunning van overheidsopdrachten als bouwsteen voor een circulaire economie” in DE KONINCK, C., FLAMEY, P., THIEL, P. en WATHELET, B., *Jaarboek Overheidsopdrachten 2018 – 2019*, Brussel, EBP Publishing, 2019, 261 – 262;
- X, “Gids Proportionaliteit”, 2022, https://www.pianoo.nl/sites/default/files/media/documents/2021-10/gids_proportionaliteit_3e_herziening-januari2022.pdf, 70p.

2. Wanneer moet een overheidsopdracht met ambities rond circulariteit worden behandeld als werk, als dienst of als levering?

Tags: Juridisch, Opdrachtgever

Samenvatting

1. Een overheidsopdrachten kan enkel werken, leveringen of diensten (of een combinatie hiervan) tot voorwerp hebben
2. Indien meerdere kwalificaties mogelijk zijn, primeert het 'hoofdvoorwerp'. De economische waarde van elk onderdeel is niet doorslaggevend.
3. In het kader van circulair bouwen, lijkt het standaard om een overheidsopdracht voor werken te gaan. Uitzonderingen kunnen zich evenwel steeds voordoen.

De Wet Overheidsopdrachten maakt een **principiële onderscheid** tussen overheidsopdrachten voor **werken, leveringen en diensten** (artikel 2, 18° - 20° Wet Overheidsopdrachten). Voor elk type opdracht gelden, naast een aantal algemene bepalingen, vaak nog bijkomende specifieke regels, bijvoorbeeld op het vlak van publiciteitsdrempels, uitvoeringsregels, etc. **Bij verschillende opdrachten die betrekking hebben op circulair bouwen, kan het moeilijk zijn om het juiste type opdracht te bepalen: wat met een product-als-dienst of een modulair gebouwonderdeel?**

De Overheidsopdrachtenwet bepaalt dat, **indien meerdere kwalificaties mogelijk zijn**, een opdracht geplaatst moet worden overeenkomstig de regels die van toepassing zijn op het **hoofdvoorwerp** van de opdracht in kwestie (artikel 20 Wet Overheidsopdrachten). De waarde van de verschillende onderdelen zal niet doorslaggevend zijn bij het bepalen van dit hoofdvoorwerp.

De Overheidsopdrachtenwet definieert alvast wat een '**werk**' inhoudt: "het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen." (artikel 2, 19° Wet Overheidsopdrachten). Artikel 2, 18° van de Overheidsopdrachtenwet bepaalt dat een overheidsopdracht voor werken betrekking heeft op een van de volgende voorwerpen:

- De uitvoering of het ontwerp en de uitvoering, van werken die betrekking hebben op een van de in bijlage I bedoelde werkzaamheden;
- De uitvoering, of het ontwerp en de uitvoering, van een werk (zie definitie hierboven);
- Het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbesteder die een beslissende invloed uitoefent op het soort werk of het ontwerp van het werk;

De bijlage waarnaar verwezen wordt in a) bevat een tabel met omschrijvingen en corresponderende CPV-codes⁸. Indien de behoefte die moet worden ingevuld qua omschrijving niet valt onder één van de beschrijvingen binnen opdrachten voor werken, kan gekeken worden naar de omschrijvingen onder diensten en tenslotte onder leveringen. Het is dus belangrijk om steeds goed na te gaan wat juist het voorwerp van de opdracht is. Bij meerdere CPV-mogelijkheden zal de meest aangewezen keuze moeten worden gemaakt.

Het hoofdvoorwerp van de opdracht in kwestie moet dus een ‘werk’ zijn om als overheidsopdracht voor werken gekwalificeerd te kunnen worden. Als de overheidsopdracht betrekking heeft op het leveren van producten of het verrichten van diensten, en de plaatsings- en installatiewerkzaamheden slechts bijkomstig zijn, wordt de opdracht beschouwd als een overheidsopdracht voor leveringen of diensten (artikel 20, laatste lid Wet Overheidsopdrachten).

Waar het **zwaartepunt** in het kader van een project zal liggen, **is niet altijd duidelijk**. Wat architecten- en studiediensten aanbelangt, dient nagegaan te worden of deze diensten worden geplaatst losstaand van de uitvoering ervan. Wordt de dienstenopdracht apart geplaatst, dan krijgt dit de kwalificatie van een opdracht voor diensten. De constructie van onroerende goederen is in ieder geval steeds als ‘werk’ te kwalificeren. Onder opdrachten van werken valt in principe alles wat als voorwerp de constructie, het onderhoud, aanpassing, herstelling, afbreken of aanpassing van onroerende goederen heeft. Leveringen of diensten moeten daarbij slechts een bijkomende rol hebben.

⁸ Common Procurement Vocabulary-codes.

Het hierboven weergegeven artikel 2, 18° Wet overheidsopdrachten doet, door de expliciete verwijzing naar ‘ontwerp’, **alvast vermoeden dat in het kader van een geïntegreerd contract** (bv. Design and Build) **de ontwerpcomponent (lees: dienst) niet het hoofdvoorwerp uitmaakt**. Naarmate meer diensten worden betrokken, bijvoorbeeld een onderhoudscomponent, zou de balans alsnog kunnen overhellen naar een opdracht voor diensten. Echter, we zien bij de casus van Kamp C (’t Centrum) dat zelfs in een **DBME-concept de kwalificatie als opdracht voor werken gehandhaafd blijft**. Een *case-by-case* benadering en – waar nodig – een adequate motivering in de opdrachtdocumenten blijven noodzakelijk.

Relevante verwijzingen

- Wet Overheidsopdrachten;
- EHVJ 6 mei 2020, C-145-08 en C-149/08, *Club Hotel Loutraki AE*;
- RvS 9 september 2014, nr. 228.310, *Deltronic*;
- VANDENDRIESSCHE, F. en CARTON, A., “Toepassingsgebied” in D’HOOGHE, D. en KIEKENS, N. (eds.), *De gunnings van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2015, 112 – 113;
- WAUTERS, K. en GHEYSEN, B., *Overheidsopdrachten*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 149 – 150;

III. Aanbesteding

3. Hoe ver kan men gaan met circulaire vereisten in het kader van selectiecriteria?

Tags: Juridisch, Opdrachtgever

Samenvatting

1. De mogelijkheden in het kader van selectiecriteria om circulair bouwen aan te moedigen zijn beperkt;
2. Toch zijn er, binnen de wettelijke mogelijkheden, enkele handvaten aanwezig om een geschikte kandidaat te selecteren. De gekozen criteria moeten wel steeds redelijk en proportioneel zijn in het licht van het voorwerp van de opdracht;
3. De selectiecriteria hebben betrekking op de bekwaamheid van de geïnteresseerde ondernemer en dus niet op de offerte zelf.

Vooraleer een aanbestedende overheid de offerte van een inschrijver inhoudelijk naar waarde kan schatten en **de betrokken opdracht kan gunnen, is het belangrijk om tot een selectie van de potentiële kandidaten over te gaan**. Deze selectie gebeurt op basis van **selectiecriteria** die dienen **om de bekwaamheid van kandidaten in te schatten** om de opdracht tot een goed einde te brengen. De selectie gebeurt in **twee stappen**: allereerst een controle op uitsluitingscriteria en vervolgens de kwalitatieve selectie. Die laatste categorie omvat een toets naar:

- de geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen;
- de economische en financiële draagkracht en;
- de technische of beroepsbekwaamheid van de kandidaat-inschrijvers.

De Overheidsopdrachtenwet bepaalt dat de aanbestedende overheid **alleen deze criteria als voorwaarde voor deelname mag opleggen** aan de kandidaten en inschrijvers (artikel 71 Overheidsopdrachtenwet). Een en ander wordt verder uitgewerkt in de artikelen 65 ev. van het KB Plaatsing.

Heel erg veel mogelijkheden rond het in aanmerking nemen van circulaire vereisten in de **selectiefase heeft de aanbestedende overheid eigenlijk niet**. Er kan eventueel gebruik worden gemaakt van de facultatieve uitsluitingsgrond rond de **niet-naleving van het milieurecht** (artikel 69, 1° Wet Overheidsopdrachten). In het kader van kwalitatieve selectie zou de aanbesteder ook circulaire overwegingen kunnen laten meespelen door het stellen van gerichte eisen omtrent de **technische bekwaamheid**, bijvoorbeeld:

- door te verlangen dat de inschrijvers door middel van referenties aantonen dat ze reeds ervaring hebben met soortgelijke opdrachten van eenzelfde circulair niveau.
- door eisen te stellen omtrent de opleiding van het personeel van de opdrachtnemer.
- Vragen om te verduidelijken op welke manier een onderneming systematische inspanningen levert om zijn prestaties op vlak van circulariteit te verbeteren.

Men dient steeds voor ogen te houden dat **selectiecriteria uitsluitend betrekking kunnen hebben op de persoonlijke en kwalitatieve situatie van de deelnemers die meedingen naar de opdracht**. Ze hebben dus niets te maken met de kwaliteit of de inhoud van hun offerte die later wordt beoordeeld en zijn dus duidelijk te onderscheiden van de technische specificaties, gunningscriteria en de uitvoeringsvoorwaarden.

De relevantie van elk gevraagd selectie criterium voor de beoogde opdracht moet duidelijk zijn en er moet ook steeds worden nagegaan of elk selectie criterium redelijk en proportioneel is in verhouding tot het voorwerp van de opdracht.⁹ Zeker bij (toekomstige) officiële certificeringen moet voorzichtigheid aan de dag worden gelegd. Het is belangrijk om na te gaan of er wel voldoende bedrijven zijn die aan de gevraagde vereisten kunnen voldoen om de eerlijke mededinging te waarborgen. In geval van ervaring met circulair materiaalgebruik of de systemen en technieken die dit toelaten, is het risico reëel dat er uiteindelijk maar één kandidaat over de vereiste technische bekwaamheid beschikt indien men als aanbestedende overheid te ver gaat. **Het is dus belangrijk om te verzekeren dat de selectiecriteria met betrekking tot circulariteit niet mededingingverstrend werken. Het kan geen kwaad om de ambities initieel ietwat te temperen, al kan men met**

⁹ Het mag niet gaan om het algemeen ondernemingsbeleid. De lijn tussen 'het algemeen ondernemingsbeleid' en criteria die 'verband houden met het voorwerp van de opdracht' is niet altijd gemakkelijk te trekken.

doorselectiecriteria het aantal gegadigden die daadwerkelijk een offerte mogen indienen, inperken.

Ter illustratie geven wij graag de **selectiecriteria uit het Kamp C-project ('t Centrum)** mee:

- De niet-toepasbaarheid van één of meerdere uitsluitingscriteria;
- De geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen;
- De economische en financiële draagkracht die moest worden aangetoond aan de hand van een bewijs van verzekering tegen beroepsrisico's en een bankverklaring;
- De technische en beroepsbekwaamheid waarvoor het consortium maximaal zes referentieprojecten moest indienen waardoor zij kon aantonen dat zij voldeed aan de volgende kerncompetenties:
 - Significante innovatie
 - Van ambitie tot uitvoeringsgereed ontwerp
 - Het werken in BIM

Er werden ook drie doorselectiecriteria ontwikkeld om uiteindelijk met drie kandidaten over te blijven:

- Toelichting op slagvaardigheid en creativiteit;
- Toelichting op integraliteit;
- Toelichting op samenwerking.

Relevante verwijzingen

- Wet Overheidsopdrachten;
- KB Plaatsing;
- RvS 16 februari 2017, nr. 237.392, *Renotec en Viabuild*;
- DE HORNOIS, K., Van lineair naar circulair: overheidsaankopen als hefboom voor de circulaire economie en de uitdagingen voor de overheidsinkoper. Een aantal inleidende beschouwingen”, *MER* 2019, afl. 1, 62 – 63 (voorbeelden selectiecriteria)
- MORTIER, T., *Overheidsopdrachtenwetgeving anno 2021*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 232-234;
- VAN GARSSE, S., “Circulair inkopen – Enkele reflecties” in DE CONINCK, C.; FLAMEY, P.; THIEL, P. en WATHELET, B. (eds.); *Jaarboek Overheidsopdrachten 2020-2021*, Brussel, EBP Consulting, 2021, 521 – 522.
- VERLINDEN, A., DE RAEYMAECKER, E. en CHRISTIAENS, T., “Circulair aanbesteden. De gunning van overheidsopdrachten als bouwsteen voor een circulaire economie” in DE KONINCK, C., FLAMEY, P., THIEL, P. en WATHELET, B., *Jaarboek Overheidsopdrachten 2018 – 2019*, Brussel, EBP Publishing, 2019, 267 – 268;

4. Wat is het verschil tussen het implementeren van circulariteit in technische specificaties vs. gunningscriteria?

Tags: Juridisch, Opdrachtgever

Samenvatting

1. Technische specificaties zijn de 'must haves' van de opdracht. Elke offerte zal hieraan moeten voldoen. Ze kunnen functioneel of gedetailleerd worden beschreven;
2. Gunningscriteria zijn de 'nice to haves' van de opdracht. Ze geven inschrijvers de kans om uit te blinken met hun voorstel en de opdracht binnen te halen. Aanbestedende overheden hebben een grote beoordelingsvrijheid bij het opstellen van de criteria maar zullen steeds moeten handelen binnen bepaalde klijlijnen en randvoorwaarden.
3. Het samenspel tussen technische criteria en gunningscriteria kan projectspecifiek worden opgenomen om het perfecte evenwicht voor een opdracht te bepalen.

Technische specificaties worden in de Belgische Wet Overheidsopdrachten gedefinieerd als: *"Alle technische voorschriften, met name die welke zijn opgenomen in de opdrachtdocumenten, die een omschrijving geven van de vereiste kenmerken van een materiaal, een product of een levering, zodat dit of deze beantwoordt aan het gebruik waarvoor het materiaal, product of de levering door de aanbesteder is bestemd; tot deze kenmerken behoren ook het niveau van milieuvriendelijkheid en klimaatprestaties, een ontwerp dat aan alle vereisten voldoet, met inbegrip van de toegankelijkheid voor gehandicapten, en de conformiteitsbeoordeling, gebruiksgeschiktheid, veiligheid, of afmetingen, met inbegrip van kwaliteitsborgingsprocedures, terminologie, symbolen, proefnemingen en proefnemingsmethoden, verpakking, markering en etikettering, gebruiksaanwijzingen en productieprocessen en -methoden tijdens de verschillende stadia van de levenscyclus van een werk of de werken; deze kenmerken omvatten eveneens de voorschriften voor het ontwerpen en het berekenen van het werk, de voorwaarden voor proefnemingen, controle en oplevering van de werken, alsmede de bouwtechnieken of bouwwijzen en alle andere technische voorwaarden die de aanbesteder bij algemene dan wel*

bijzondere maatregel kan voorschrijven met betrekking tot de voltooide werken en tot de materialen of bestanddelen waaruit deze werken zijn samengesteld.” (artikel 2,44° Wet Overheidsopdrachten).

Deze specificaties bepalen de **minimumeisen** waaraan de offertes voor een opdracht sowieso moeten voldoen. De specificaties kunnen de **vereiste kenmerken omschrijven van de te gebruiken methodes of materialen of de gewenste prestaties**. De kenmerken kunnen verband houden met het specifieke proces of de specifieke methode van productie of uitvoering van de gevraagde werken, leveringen of diensten of met een specifiek proces van een ander stadium van de levenscyclus ervan, zelfs wanneer deze factoren niet tot de materiële essentie van de werken, leveringen of diensten behoren, zolang zij met het voorwerp van de opdracht verbonden en in verhouding zijn tot de waarde en de doelstellingen ervan (artikel 53 Wet Overheidsopdrachten). **Een verwijzing naar milieucriteria (lees: criteria die een link hebben met circulariteit) is principieel mogelijk.**¹⁰

De omschrijving van technische eisen kan zowel beschrijvend als functioneel van aard zijn en moet gebeuren op zo'n manier dat ze objectief controleerbaar zijn. Het motto luidt: **“Specificeer gedetailleerd waar het moet, functioneel waar het kan.”**¹¹ Op die manier ontstaat er een goede verdeling tussen gedetailleerde eisen (beschrijvend) en eisen waar de inschrijvers hun creativiteit op los kunnen laten (functioneel).¹²

De aanbestedende overheid zal in de technische specificaties haar ‘must-haves’ voor het project opnemen. Een offerte moet dus in principe steeds aan elk van deze technische eisen voldoen (nuancering is mogelijk). Aan de andere kant is er **verderop in het bestek plaats voor de ‘nice-to-haves’ in de vorm van gunningscriteria**. Een echte definitie van het begrip ‘gunningscriterium’ bestaat er vandaag de dag nog niet. De Raad van State oordeelt dat het gaat om een *“beoordelingsnorm, een toetssteen, een kenmerk waaraan wordt afgemeten.*

¹⁰ Overweging 75 Richtlijn 2014/24/EU.

¹¹ DE CIRCULAIRE BOUWECONOMIE, “Circulair inkopen in 8 stappen”, 2020, https://www.copper8.com/wp-content/uploads/2020/10/Circulair-Inkopen-in-8-stappen-Handreiking-voor-de-BenU_2.pdf, 14 (laatst geraadpleegd op 15 juli 2022). Zie verder omtrent het onderscheid tussen gedetailleerde (beschrijvende) en functionele specificaties: Mededeling van de Commissie van 18 juni 2021 aangaande richtsnoeren inzake innovatiegericht aanbesteden, COM (2021), 4320, 38 ev.

¹² Het gaat bijvoorbeeld om het verschil tussen het voorschrijven van een specifieke verwarmingsinstallatie (beschrijvend) of eisen dat er constant een bepaalde temperatuur kan worden gegarandeerd.

Opdat daarvan sprake kan zijn, lijkt het te moeten gaan om een vooraf bedacht gegeven waarmee de inschrijvingen min of meer stelselmatig worden vergeleken.”

Artikel 81 Wet Overheidsopdrachten bepaalt uitdrukkelijk dat de aanbestedende overheid de gunning van overheidsopdrachten moet baseren op de **economisch meest voordelige offerte**. Om dergelijke offerte aan te duiden, dient zij gebruik te maken van gunningscriteria die een vergelijkende beoordeling in het licht van het specifieke voorwerp van de opdracht mogelijk maken. De aanbestedende dienst heeft **verschillende inhoudelijke mogelijkheden**. **Zij kunnen een opdracht gunnen op basis van 1) de prijs; 2) de kosten (bv. levenscycluskosten) of 3) de beste prijs-kwaliteitverhouding op basis van de prijs/kosten en andere criteria waaronder kwalitatieve milieu- en of sociale aspecten**. Het kan bijvoorbeeld gaan om kwaliteitseisen¹³, organisatie-eisen¹⁴ of leveringsvoorwaarden¹⁵.

De aanbestedende overheid heeft bij het bepalen van gunningscriteria **een grote beoordelingsvrijheid**. De enige beperkingen zijn de modaliteiten van de opdracht (‘verband houden met het voorwerp’) zoals omschreven in de opdrachtdocumenten, de principes van de overheidsopdrachtenreglementering (gelijkheid, transparantie en proportionaliteit) en de regels van behoorlijk bestuur (bv. motiveringsbeginsel). **Bij de keuze en het formuleren van gunningscriteria moet er dus op worden gelet dat de criteria aansluiten bij het doel, de kenmerken en de specifieke aard van de opdracht, en dat ze objectief en precies van aard moeten zijn**. Ze moeten een **rangschikking mogelijk maken** van alle ondernemingen die geselecteerd werden en voldoen aan de technische specificaties.

Door op deze manier absolute circulaire minimeisen (d.i. technische specificaties) en andere circulaire wensen (d.i. gunningscriteria) in de opdrachtdocumenten vast te leggen, kunnen projectspecifieke accenten worden gelegd. Hoe minder technische specificaties in de opdrachtdocumenten, hoe meer inbreng van de kandidaten wordt verwacht gedurende de

¹³ Bijvoorbeeld: technische verdienste, esthetische en functionele kenmerken, toegankelijkheid, geschiktheid van het ontwerp voor alle gebruikers, sociale, milieu- en innovatieve kenmerken, de handel en de voorwaarden waaronder deze plaatsvindt.

¹⁴ Bijvoorbeeld: de organisatie, de kwalificatie en de ervaring van het personeel voor de uitvoering van de opdracht, wanneer de kwaliteit van dat personeel een aanzienlijke invloed kan hebben op het niveau van de uitvoering van de opdracht. Zie hieromtrent ook overweging 94 Richtlijn 2014/24.

¹⁵ Bijvoorbeeld: Klantenservice en technische bijstand alsook leveringsvoorwaarden zoals de leveringsdatum, de leveringswijze en de leverings- of uitvoeringstermijn.

gunningsfase, die het project misschien kan verrijken. Anderzijds kan door middel van technische specificaties een minimum aan circulariteit worden opgelegd. De verhouding tussen gunningscriteria en technische specificaties in het kader van een (circulair) bouwproject blijkt, ter illustratie, alvast duidelijk uit de verslaggeving na de bouw van een sporthal in de gemeente Wageningen (NL). Na een grondige voorbereiding van de aanbestedende overheid en het opzoeken van de nodige informatie stelt zij de eisen en criteria als volgt vast: **Als iedereen eraan kan voldoen, wordt het een (technische) eis; als niet iedereen eraan kan voldoen wordt het een gunningscriterium; als bijna niemand aan een wens kan voldoen, wordt het weggelaten.**¹⁶

Het gebruik van de **GRO**, een instrument om de duurzaamheid van bouwprojecten te meten en te vergroten, kan deze laatste stelling eveneens kracht bij zetten. De GRO hanteert een specifieke indeling van de verschillende criteria (bv. de ENE-groep voor energiegerelateerde criteria of de WAT-groep voor criteria rond water) maar lijst ook een aantal criteria op waarvoor 'circulaire bonuspunten' kunnen worden toegekend. Het gaat om: 1) Binnenluchtkwaliteit (BIN3); 2) Visueel comfort (BIN4); 3) Integrale toegankelijkheid (SOC3); 4) invloed van de gebruiker (GEB1); 5) Hernieuwbare energie (ENE2); 6) Behoud van grondstoffen (MAT 1); 7) Materialenpaspoort (MAT 3); 8) Waterhergebruik (WAT2); 9) Biodiversiteit (OMG1) en 10) Circulair en toekomstgericht ontwerpen (TOE1). Aan deze criteria kunnen scores worden toegekend. **Men zou ervoor kunnen kiezen om een bepaalde minimumprestatie voor sommige/alle criteria als technische eis op te leggen waarna inschrijvers via de gunningscriteria uitgedaagd worden om een hogere score te behalen waardoor ze meer punten toegekend krijgen.**

Tot slot willen we nog aanstippen dat Europa voor sommige categorieën van producten Europese Green Public Procurement criteria (**EU GPP**) heeft ontwikkeld die een bron van inspiratie kunnen vormen, bv. voor kantoorgebouwen. Het gaat zowel om selectiecriteria, technische specificaties, gunningscriteria als contractvoorwaarden.

¹⁶ DE CIRCULAIRE BOUWECONOMIE, "Circulair inkopen in 8 stappen", 2020, https://www.copper8.com/wp-content/uploads/2020/10/Circulair-Inkopen-in-8-stappen-Handreiking-voor-de-BenU_2.pdf, 20.

Relevante verwijzingen

- Richtlijn 2014/24/EU;
- Mededeling van de Commissie van 18 juni 2021 aangaande richtsnoeren inzake innovatiegericht aanbesteden, COM (2021), 4320, 38 ev.;
- Wet Overheidsopdrachten;
- KB Plaatsing;
- RvS 19 september 2008, nr. 186.386, *BVBA 3LM Architectenvennootschap*;
- D'HOOGHE, D. en VANDER HULST, R., "Actualia aanbestedingsrecht" in X, *Themis 103 – Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2018, 39;
- DE CIRCULAIRE BOUWECONOMIE, "Circulair inkopen in 8 stappen", 2020, https://www.copper8.com/wp-content/uploads/2020/10/Circulair-Inkopen-in-8-stappen-Handreiking-voor-de-BenU_2.pdf;
- EU GPP criteria, https://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm;
- GEERTS, J., "Hoe koop ik groen/sociaal/ethisch? Duurzaam aanbesteden onder de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten", *T.Gem* 2017, afl. 1, 27;
- GRO, <https://www.gro-tool.be/>;
- TEERLINCK, P., *De aanbestedende overheid & capita selecta met focus op de rechtspraak*, Antwerpen, Interesentia, 2020, 297;
- VERSTEEG, D.R., "Levenscycluskosten. De sleutel naar circulair werk?" in VERENIGING VOOR BOUWRECHT, *Circulair Bouwen: preadvies nr. 46*, Den Haag, Instituut voor Bouwrecht (IBR), 2018, 118 – 119;
- VLASSEMBROUCK, F., MOONEN, W. en KAMP, I., "Laatste stand van zaken inzake technische specificaties in overheidsopdrachten" in DE KONINCK, C., FLAMEY, P., THIEL, P., en DEMEULENAERE, B. (eds.), *Jaarboek overheidsopdrachten 2017 – 2018*, Brussel, EBP Consulting, 2018, 263 – 264.

5. Wat als er maar één product, productiewijze, dienst, etc. voorhanden is? Hoe ga je hiermee om in je bestek?

Tags: Juridisch, Opdrachtgever

Samenvatting

1. Het is in principe verboden om in technische specificaties te verwijzen naar een specifieke product, een bepaalde herkomst of een bijzondere werkwijze;
2. Er zijn evenwel twee uitzonderingsgronden voorhanden. Deze uitzonderingen moeten restrictief worden geïnterpreteerd en aanbestedende overheden zullen goed moeten motiveren waarom zij denken gebruik te kunnen maken van een specifieke uitzonderingsgrond;
3. In het kader van circulair bouwen, kan de toepassing van een uitzonderingsgrond weldegelijk legitiem zijn, al hangt veel af van het concrete voorwerp van het project.

Artikel 53, §4 Wet Overheidsopdrachten stelt vandaag dat het **in principe verboden** is om in de **technische specificaties** melding te maken van een **bepaald fabricaat of een bepaalde herkomst of een bijzondere werkwijze** die kenmerkend is voor de producten of diensten van een bepaalde ondernemer. Verder is ook de verwijzing naar een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of geëlimineerd in principe uitgesloten. Een dergelijke vermelding of verwijzing is, **bij wijze van uitzondering, toch toegestaan indien 1) geen voldoende nauwkeurige en begrijpelijke omschrijving van het voorwerp van de opdracht mogelijk zou zijn¹⁷ of 2) indien dit door het voorwerp van de opdracht is gerechtvaardigd**. Deze uitzonderingen dienen **restrictief** te worden geïnterpreteerd en zullen **goed gemotiveerd** moeten worden. Indien deze bepaling niet correct wordt nageleefd, heeft de inschrijver de mogelijkheid om een gelijkwaardig product of dienst aan te bieden. Deze regelgeving lijkt duidelijk maar leidt toch nog vaak tot gerechtelijke procedures. Een aantal voorbeelden uit de rechtspraak bieden de mogelijkheid om een en ander scherp te stellen.

¹⁷ In dit geval moet de vermelding of verwijzing gepaard gaan met de woorden 'of gelijkwaardig' (artikel 53, §4, derde lid Wet Overheidsopdrachten).

Voorbeeld 1: RvS 21 november 2017, nr. 239.932, NV Renotec

Het eerste voorbeeld betreft een arrest van de Raad van State die uitspraak deed over een beroep tot nietigverklaring van de beslissing van het Agentschap Wegen en Verkeer, afdeling wegen en verkeer Oost-Vlaanderen van het Vlaams Gewest om de offerte van Renotec NV voor de overheidsopdracht voor 'E17 (complex Zwijnaarde) – Renovatie brugvoeg' te weren wegens onregelmatigheid.¹⁸ De overheidsopdracht, die wordt gegund middels een open aanbesteding, heeft betrekking op de renovatie van één (1) bestaande meervoudige brugvoeg type D240 in het Complex E17/E40 te Zwijnaarde. Na de opening van de offertes blijkt dat de offerte van verzoekende partij (Renotec NV) niet regelmatig wordt bevonden door de aanbesteder: *"De inschrijver heeft conform art. 81 KB Plaatsing een technische fiche van de te gebruiken materialen en de plaatsingswijze van de brugvoeg ingediend. Uit deze technische fiche blijkt echter dat bij de aangeboden brugvoeg de lamellen van de voeg met bouten worden bevestigd op de steunprofielen. Dit is niet toegelaten volgens de technische bepalingen van het bestek."* (eigen onderlijning)

Vooraf het derde middel is in het kader van deze bespreking interessant. In dit derde middel betoogt de verzoekende partij dat, door aan te geven dat de gehele voegconstructie geen enkele bout mag bevatten, er slechts één product aan de wensen van de aanbesteder kan voldoen. De Raad van State aanvaardt het uitgangspunt van de verzoekende partij dat verwerende partij aanstuurt op het gebruik van één bepaald type product. Het feit dat de verwerende partij technische fiches bijbrengt van andere producenten uit de Verenigde Staten die ook boutloos zouden kunnen werken, doet voor de Raad aan deze vaststelling geen afbreuk.

De verwijzing naar een bepaald product of merk hoeft niet onmiddellijk problematisch te zijn. De wetgeving voorziet immers twee uitzonderingen op het principiële verbod. De Raad stelt echter vast dat verwerende partij in de opdrachtdocumenten op geen enkel moment aantoont dat aan deze uitzonderingsvoorwaarden is voldaan. De verantwoording die zij

¹⁸ RvS 21 november 2017, nr. 239.932, NV Renotec.

aanlevert gedurende de gerechtelijke procedure komt te laat. De Raad komt aldus tot het volgende besluit:

“Uit de gegeven omstandigheden – het bestek schrijft impliciet de Maurer-voeg voor en de verwerende partij toont niet aan dat zij bij de redactie van haar bestek een verantwoording, laat staan een aanvaardbare verantwoording, voor deze keuze opgaf; de gekozen inschrijver is exclusief verdeler van deze voeg voor België; de verzoekende partij is verdeler van de concurrerende Mageba-voeg; de verwerende partij toont niet aan dat om het even wie de Maurer-voeg kan aanbieden – moet niet enkele worden afgeleid dat de kwestieuze bestekbepaling de gekozen inschrijver bevoordeelt maar mag ook worden aanvaard dat de verzoekende partij geen gelijke toegang heeft gekregen tot de opdracht en minstens ernstig is belemmerd in haar mededinging.” (eigen onderlijning)

Voorbeeld 2: RvS 16 maart 2017, nr. 237.692, NV Brouwerijen Alken-Maes

Het tweede voorbeeldarrest is niet onmiddellijk gerelateerd aan de bouwsector maar aan de verkoop van alcoholische dranken. Brouwerijen Alken-Maes stelden een vordering tot schorsing bij uiterste dringende noodzakelijkheid in bij de Raad van State, gericht tegen de beslissing van de gemeente Kasterlee (verwerende partij) om de opdracht ‘levering van dranken voor gemeentelijke gebouwen 2017 – 2020’ te gunnen aan Mertens Gebr. Biercentrale bvba.¹⁹

Verwerende partij had de opdracht (levering van dranken voor gemeentelijke gebouwen 2017 – 2020) uitgeschreven door middel van een open offerteaanvraag. In een bijlage bij het bestek is er een inventaris gevoegd met een opsomming van de te leveren dranken. Verzoekende partij merkt in haar offerte met betrekking tot deze inventaris op dat: *“Voor een aantal referenties in uw inventaris hebben wij onze eigen, gelijkwaardige, merken opgenomen, voor de door u gevraagde merken (grotendeels merken van onze concurrenten). [...]. Wij rekenen erop dat u, rekening houdend met de wet op de plaatsing van overheidsopdrachten, onze inschrijving met onze merken op een gelijke manier beoordeelt dan de inschrijving van de*

¹⁹ RvS 16 maart 2017, nr. 237.692, NV Brouwerijen Alken-Maes.

andere kandidaten.” Verwerende partij beslist echter om de offerte van brouwerijen Alken-Maes materieel onregelmatig te verklaren, aangezien zij de in de inventaris gevraagde bieren niet kan leveren.

In het enig middel haalt verzoekende partij onder meer een schending van de wetgeving overheidsopdrachten en het gelijkheidsbeginsel aan. Zij betoogt dat, indien de verwerende partij onder ‘bieren’ ‘biermerken’ verstaat, zij de bepalingen uit de overheidsopdrachtenreglementering schendt. Door in de technische specificaties om specifieke biermerken te vragen, wordt één bepaalde onderneming immers bevoordeeld.

De Raad van State stelt omtrent deze inventaris in de eerste plaats dat: *“Door te oordelen dat de verzoekende partij “de gevraagde bieren niet [kan] leveren”, lijkt de verwerende partij aldus de bij het bestek gevoegde inventaris te interpreteren in de zin dat hierin tevens de vereiste kenmerken van de te leveren producten worden omschreven, en dus technische specificaties worden [...]”* De Raad geeft hierbij terecht aan dat het aldus gaat om een verwijzing naar een welbepaald merk dat in principe verboden is. Aangezien de mogelijke uitzonderingen op dit principe niet van toepassing zijn op de concrete casus, kan de Raad van State enkel besluiten tot een schending van de door verzoekende partijen aangehaalde artikelen en beginselen. Het lijdt immers geen twijfel dat de producenten en verdelers van de in de inventaris vermelde bieren, door de vermelding ervan, worden bevoordeeld.

De transitie naar een circulaire economie in de bouwsector vraagt om innovatieve materialen en producten maar ook om nieuwe businessmodellen waar de bouwsector op dit moment aan werkt, maar die nog niet algemeen verkrijgbaar zijn.²⁰ Het is dan ook erg verleidelijk voor aanbestedende diensten om de ‘gemakkelijke’ weg te kiezen en de verwijzing naar een merk, productiewijze of product in de technische specificaties op te nemen. Met zo een verwijzing kan zij immers perfect duidelijk maken hoe zij haar wensen en noden ingevuld wil zien. Deze werkwijze is begrijpelijk maar is, gelet op de bovenstaande uiteenzetting, niet zonder gevaar. Dergelijke verwijzing vormt, rekening houdend met bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel en de doelstelling om de mededinging te verzekeren, immers een

²⁰ Zie Draaiboek Circulaire Business, Sleutel mee aan de synergiën voor een circulaire bouw.

uitzondering die goed gemotiveerd en erg strikt geïnterpreteerd moet worden. Desalniettemin zouden de **uitzonderingsgronden toepasbaar kunnen zijn in het kader van de integratie van circulaire elementen in een overheidsopdracht** al zal daarbij veel afhankelijk zijn van het concrete voorwerp van de opdracht, de voorbereiding van de aanbestedende dienst en de motivering die zij hiervoor aanreikt.

Relevante verwijzingen

- Wet Overheidsopdrachten;
- HvJ 25 oktober 2018, C-413/17, *Roche Lietuva UAB*;
- RvS 21 november 2017, 239.932, *NV Renotec*;
- RvS 16 maart 2017, 237.692, *NV Brouwerijen Alken-Maes*;
- Commissie van Aanbestedingsexperts 10 februari 2014, advies nr. 67, <https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/documenten/adviezen/2014/02/10/advies-67;>
- HAEST, J., “21. Verwijzen naar een specifiek merk of fabricaat”, *Tijdschrift Aanbestedingsrecht en Staatssteun* 2021, afl. 2, 24 – 26.

6. Is het mogelijk om een project enkel te gunnen op basis van kwalitatieve aspecten?

Tags: Juridisch, Opdrachtgever

Samenvatting

1. Een aanbestedende overheid kan verschillende gunningscriteria uitdenken om de 'economisch meest voordelige offerte' aan te duiden. Een kosten- of prijselement is wel altijd noodzakelijk;
2. Men zou kunnen werken met een plafondbudget waarna er de mogelijkheid ontstaat om verder enkel met kwalitatieve criteria te werken. Op die manier kan men circulair bouwen vanuit verschillende kwalitatieve oogpunten benaderen;
3. Vanuit Nederland ontstaat het idee om in de toekomst enkel op levenscycluskosten te gunnen aangezien dit een objectieve score die automatisch leidt tot het meest duurzaam of circulair eindresultaat. Deze insteek legt, o.i., de focus te sterk op het product en te weinig op het proces. Er moet ook ruimte zijn om, op grond van kwalitatieve gunningscriteria, in te zetten op een goede procesbenadering en samenwerking.

De **gunning** van een opdracht gebeurt op basis van de 'economisch meest voordelige offerte'. Op grond van artikel 81 Overheidsopdrachtenwet kan dit op drie verschillende manieren worden vastgesteld:

- Op basis van de **prijs**, als enige gunningscriterium;
- Op basis van de **kosten**, rekening houdend met de kosteneffectiviteit. Hieronder kunnen ook de levenscycluskosten worden begrepen;
- Op basis van de **beste prijs-kwaliteitsverhouding**.

Een element dat betrekking heeft op de prijs of de kosten is in elk geval verplicht. Dit wordt bevestigd in Richtlijn 2014/24/EU:

"Om tot een objectieve vergelijking van de relatieve waarde van de inschrijvingen te kunnen komen en aldus, onder omstandigheden van effectieve mededinging, te kunnen bepalen welke inschrijving de economisch meest voordelige is, dient de gunning van de

opdracht te geschieden op basis van objectieve criteria die ervoor zorgen dat de beginselen transparantie, non-discriminatie en gelijke behandeling in acht worden genomen. Uitdrukkelijk moet worden bepaald dat bij het vaststellen van de economisch meest voordelige inschrijving de beste prijs-kwaliteitsverhouding bepalend is; deze moet altijd een prijs- of kostenelement bevatten.” (overweging 90 Richtlijn 2014/24/EU)

Er kan bijvoorbeeld wel worden gewerkt met een **plafondbudget** zodat de focus van de gunningscriteria verder uitsluitend kan gaan naar kwaliteit en duurzaamheid. Deze werkwijze vond bijvoorbeeld plaats bij de aanbesteding van Kamp C ('t Centrum). De kwalitatieve gunningscriteria hadden in het Kamp C-project nog betrekking op 1) Schetsontwerp en inpassing in de omgeving (40%), 2) Mate van circulariteit (40%), Plan van aanpak (20%). **Deze criteria zullen niet voor elk project valabel zijn. Veel zal afhangen van de voorbereiding en ambities van de opdrachtgever en de eigenheden van het project.**

De **weging van gunningscriteria is in elk geval een oefening die aandacht vraagt** en is erg afhankelijk van het voorwerp van de opdracht. Als het criterium 'prijs' een te hoog gewicht krijgt zal het de andere criteria overstemmen, maar als het een te laag gewicht meekrijgt (en de prijs niet wordt begrensd) bestaat het risico dat de prijzen de hoogte ingaan en dat op basis van de andere criteria gegund zal moeten worden aan een inschrijver die te duur is. In elk geval kan worden aangeraden met **verschillende kwalitatieve gunningscriteria** te werken zodat ook een aspect als circulariteit vanuit meerdere invalshoeken kan worden beoordeeld.

Een andere denkpiste die in Nederland verdedigd werd, is dat gunning op basis van **levenscycluskosten als enig criterium voldoende zou kunnen zijn om circulariteit in een opdracht te integreren**. Een vergelijking op basis van levenscycluskosten kan veel elementen omvatten, zoals onderhoudskosten, recyclingkosten en zelfs kosten die voortvloeien uit externe milieueffecten. **Op die manier zou de keuze automatisch richting het product met de meest duurzame levensloop worden gestuurd.** VERSTEEG verwoordt het als volgt:

“Uit de vergelijking van gunningscriteria [...] volgt dat levenscycluskosten, in ieder geval in potentie, het beste gunningscriterium zijn voor de aanbesteding van circulaire werken. De levenscycluskosten overtreffen in dat opzicht de Beste prijs-kwaliteitverhouding als gunningscriterium omdat externe milieueffecten, als zogenaamde B-kosten, altijd betrokken moeten worden bij een levenscycluskostenbeoordeling. Terwijl bij gunning op Beste prijs-kwaliteitverhouding duurzaamheidsaspecten criteria weliswaar expliciet zijn toegestaan als nadere criteria, maar zeker niet verplicht zijn gesteld. [...] Kortom: bij gunning op beste prijs-kwaliteitverhouding is het betrekken van circulariteit een mogelijkheid, bij gunning op levenscycluskosten is het een vereiste.”²¹

Deze vaststelling klemt met de huidige stand van zaken, met name het huidige **gebrek aan overkoepelende (Europese) methoden om de levenscycluskosten gemakkelijk te berekenen**²² en de in Nederland bestaande verplichting om de gunning op basis van levenscycluskosten te motiveren.²³ Er is wat dat betreft dus nog werk aan de winkel.

Het voorstel van VERSTEEG om in de toekomst nog louter te gunnen op basis van levenscycluskosten voelt op het eerste gezicht erg goed aan. Het herleidt de gunningsfase tot een score die objectief kan worden vastgesteld waardoor **problemen rond (te) subjectieve beoordelingen worden geminimaliseerd. Toch lijkt deze in steek de focus te sterk te leggen op het project en te weinig op het proces.** Het beleidsprogramma ‘Op weg naar circulair bouwen’ geeft expliciet aan dat het vergroten van samenwerking en het uitklaren van risico’s en verantwoordelijkheden nog grote uitdagingen zijn voor de transitie naar een circulaire economie in de bouwsector. Door louter te gunnen op basis van levenscycluskost krijgt de opdrachtgever **niet meer de kans om opdrachtnemers zich te laten onderscheiden op grond van criteria die wijzen op een hoger samenwerkingspotentieel.**²⁴ Denk hierbij maar aan de

²¹ D.R. VERSTEEG, “Levenscycluskosten. De sleutel naar circulair werk?” in VERENIGING VOOR BOUWRECHT, *Circulair Bouwen: preadvies nr. 46*, Den Haag, Instituut voor Bouwrecht (IBR), 2018, 165 – 166.

²² Op dit moment vermeldt bijlage XIII van Richtlijn 2014/24 slechts één gemeenschappelijke Europese methode: met betrekking tot wegvoertuigen.

²³ Deze motiveringsplicht wordt door VERSTEEG bekritiseerd. De motivering van de loutere gunning op prijs vindt hij – en wij met hem – dan weer wel een goed idee.

²⁴ VERSTEEG heeft bovendien zelf aangegeven dat gunningscriteria een sterker stimulerend effect hebben dan bv. technische specificaties. Dit bevestigt de zienswijze dat het nuttig blijft om te kunnen inzetten op samenwerking en risico-allocatie in de gunningscriteria in het kader van een gunning op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding.

gunningscriteria die werden opgenomen door Kamp C in de gekozen case study ('t Centrum). **Een gunning op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding blijft wat ons betreft dus een valabel pad** al heeft VERSTEEG gelijk wanneer hij zegt dat het, in het kader van een gunning op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding, van de opdrachtgever zelf zal afhangen of en hoe hij circulariteit integreert in zijn opdrachtdocumenten. Dit is een aandachtspunt.

Relevante verwijzingen

- Richtlijn 2014/24/EU
- Wet Overheidsopdrachten
- RvS 2 februari 2018, nr. 240.652 (de betrokken opdracht maakte ook gebruik van een plafondbudget);
- JANSSEN, W.A., *Opinie: Gunnen op levenscycluskosten: naar een circulaire wereld?*, 22 maart 2019, <https://www.gemeente.nu/ruimte-milieu/duurzaamheid/gunnen-op-levenscycluskosten-naar-een-circulaire-wereld/>;
- VERLINDEN, A., DE RAEYMAECKER, E. en CHRISTIAENS, T., "Circulair aanbesteden. De gunning van overheidsopdrachten als bouwsteen voor een circulaire economie" in DE KONINCK, C., FLAMEY, P., THIEL, P. en WATHELET, B., *Jaarboek Overheidsopdrachten 2018 – 2019*, Brussel, EBP Publishing, 2019, 272;
- VERSTEEG, D.R., "Levenscycluskosten. De sleutel naar circulair werk?" in VERENIGING VOOR BOUWRECHT, *Circulair Bouwen: preadvies nr. 46*, Den Haag, Instituut voor Bouwrecht (IBR), 2018, 187p.

7. Is voorafgaande sloop- en demontage een bijzonder traject, bijzonder groot, en dus via een andere aanbestedingsprocedure te plaatsen?

Tags: Juridisch, Opdrachtgever

Samenvatting

1. De wetgeving overheidsopdrachten bepaalt 'hoe' aanbestedende overheden hun opdrachten moeten aanbesteden;
2. Bepaalde thematische wetgeving gaat soms in op de vraag 'wat' overheden moeten kopen;
3. Men kan als aanbestedende overheid, op basis van de eigenheden van het project, zelf beslissen of men het sloop- en demontagetraject apart aanbesteed of opneemt in de overheidsopdracht met betrekking tot het ontwerp, de bouw en/of het onderhoud van een nieuw gebouw. Elke keuze heeft zijn voor- en nadelen.

De overheidsopdrachtenreglementering bepaalt in essentie enkel 'hoe' aanbestedende overheden zaken moeten aankopen. De reglementering gaat dus **niet** in op de vraag 'wat' de aanbestedende overheden qua opdrachten in de markt plaatsen. Het maakt, vanuit het standpunt van de overheidsopdrachtenwetgeving, niet uit of men als aanbestedende overheid kiest voor een nieuwbouwproject op een nieuw stuk grond, een nieuwbouwproject na sloop van een bestaand gebouw, een renovatie met een bijkomende sloopopdracht, etc. **Een wettelijke aansporing over 'wat' aanbestedende overheden zouden moeten kopen, vinden we wel terug in sommige thematische wetgeving.** Zo bepaalt artikel 16 Decreet van 23 december 2011 (Materialendecreet) dat besturen van het Vlaamse Gewest en lokale besturen in hun bestekken bepalingen opnemen die de aankoop bevorderen van 1) producten of diensten die, rekening houdend met de volledige levenscyclus, bijdragen aan het beter besluiten van materiaalkringlopen of een lagere milieu-impact hebben dan vergelijkbare alternatieven en 2) uit afvalstoffen teruggewonnen grondstoffen of producten die daaruit vervaardigd zijn.

Voor een bouwproject dat naast de constructie ook een sloop- of demontagecomponent heeft, is het op basis van de wetgeving **niet verplicht** een afzonderlijke aanbestedingsprocedure te doorlopen voor deze sloop en demontage. De

Overheidsopdrachtenwet verplicht aanbestedende overheden wel om de **verdeling in percelen te overwegen** bij overheidsopdrachten met een geschatte waarde die gelijk is aan of hoger is dan de drempel voor Europese bekendmaking (artikel 58 Wet Overheidsopdrachten). Een perceel is "*de onderverdeling van een opdracht, die apart kan worden gegund, in principe met het oog op een gescheiden uitvoering*" (artikel 2, 52° Wet Overheidsopdrachten). De aanbestedende overheid kan gemotiveerd beslissen dit niet te doen. Een voorbeeld van een gegronde reden is dat de goede uitvoering van de opdracht dreigt te worden belemmerd door gebrek aan coördinatie tussen de verschillende opdrachtnemers, een belangrijk element op weg naar circulair bouwen.

Het blijft uiteraard wel steeds **mogelijk om te kiezen voor een afzonderlijk aanbestedingstraject voor de sloop en demontage**. Dit is evenwel **geen verplichting**. In de praktijk kan de bijkomende verantwoordelijkheid voor sloop en demontage sommige aannemers afschrikken die misschien wel heel geschikt zouden zijn voor een circulair ontwerp en constructie. Anderzijds kan de aanwezige materiaalkennis bij de partij verantwoordelijk voor ontwerp en constructie, ook positief uitpakken voor de demontage en het inschatten van mogelijk hergebruik. Een **grondige marktverkenning** per project is hier aangewezen.

Relevante verwijzingen

- Wet Overheidsopdrachten;
- GEERTS, J., "Hoe koop ik groen/sociaal/ethisch? Duurzaam aanbesteden onder de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten", *T.Gem* 2017, afl. 1, 26;
- PETITAT, V., "Groene overheidsopdrachten: stand van zaken en praktijk" in DE KONINCK, C., FLAMEY, P., THIEL, P., DEMEULENAERE, B. (eds.), *Jaarboek Overheidsopdrachten 2010 – 2011*, Brussel, EBP Publishing, 2011, 582.

8. Op welke manier kan een bouwteammodel worden ingepast in de wetgeving overheidsopdrachten?

Tags: Juridisch, Opdrachtgever

Samenvatting

1. De inpassing van het bouwteammodel in de wetgeving overheidsopdracht kan best plaatsvinden middels een ééntrapsraket waarin de bouwteam- en uitvoeringsfase samen in één aanbesteding worden gegoten;
2. Er zijn verschillende valabele gunningsprocedure met elk hun eigen valkuilen en voordelen;
3. De gunning in vaste en voorwaardelijke gedeelten is een Belgische spitsvondigheid die de knip tussen ontwerp en uitvoering (een kernelement van het bouwteammodel) volledig tot zijn recht kan laten komen in overheidsopdrachten.

Het **bouwteammodel** veronderstelt een initiële bouwteamfase om het ontwerp mee vorm te geven en een tweede aannemingsfase voor de uitvoering. De bouwteam- en uitvoeringsfase worden van elkaar gescheiden door een moment van prijsvaststelling.²⁵

Er zijn **twee initiële routes** mogelijk om het bouwteammodel in de wetgeving overheidsopdrachten in te passen. Een **ééntrapsraket** waarin zowel het bouwteammodel als de uitvoering samen in aanbesteding worden geplaatst en een **tweetrapsraket** waarin de opdrachtgever eerst op zoek gaat naar een aannemer voor de bouwteamfase en, na afronding van deze fase, een nieuwe overheidsopdracht in de markt plaatst voor de uitvoering van de werken.

Samen met CHAO zijn wij van mening dat de keuze voor **de tweetrapsraket de bouwteamsamenwerking zou ondergraven**. Het apart aanbesteden van de bouwteam- en uitvoeringsfase zorgt ervoor dat één van de kernelementen van het bouwteammodel, met name het feit dat de aannemer uit het bouwteam het recht krijgt om (als eerste en enige) een prijsaanbieding te doen, erg moeilijk wordt. Bovendien is het niet duidelijk of de

²⁵ Zie voor een verdere kadering van het bouwteammodel: Draaiboek Circulaire Business, Sleutel mee aan de synergiën voor een circulaire bouw.

betrokkenheid van de aannemer in de bouwteamfase een invloed kan hebben op de mogelijkheid van deze aannemer om deel te nemen aan de overheidsopdracht rond de uitvoering van de werken.²⁶

Het is bijgevolg wenselijk om **alles in één overheidsopdracht** op de markt te plaatsen. De vraag rijst daarbij echter hoe dit aanbestedingsrechtelijk wel mogelijk is. De opdrachtgever zal hierbij alvast een adequate **gunningsprocedure** moeten kiezen.

Artikel 35 Wet Overheidsopdrachten lijst de mogelijke gunningsprocedures op. Het gaat om:

- de openbare procedure;
- de niet-openbare procedure;
- de mededingingsprocedure met onderhandeling;
- de concurrentiegerichte dialoog;
- het innovatiepartnerschap;
- de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

Gelet op het wettelijk kader in België en de inzichten uit de Nederlandse rechtsliteratuur schuiven we **twee mogelijke pistes** naar voren om een bouwteammodel te verwerken in een gunningsprocedure, elk met hun eigen valkuilen en opportuniteiten.

Een eerste mogelijkheid betreft de **inkanteling van de bouwteamfase in het aanbestedingstraject**. De **mededingingsprocedure met onderhandeling** lijkt hiervoor erg geschikt.²⁷ Na een selectiefase, mogen de geselecteerde inschrijvers een offerte indienen op basis van reeds door de architect uitgevoerde ontwerpwerkzaamheden en de opdrachtdocumenten van de aanbestedende overheid.²⁸ Hierna volgt een **onderhandelingsfase** (lees: de bouwteamfase) waarin de inschrijvers hun uitvoeringsexpertise inzetten om het ontwerp te optimaliseren en uitvoeringsrisico's uit te klaren. **Er hoeft dus niet over alles te worden onderhandeld**. De aanbestedende overheid kan

²⁶ Zie hieromtrent: vraag 1 van deze FAQ.

²⁷ Gelet op de circulaire insteek van het project, gaan wij ervan uit dat aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 38 Wet Overheidsopdrachten kan worden voldaan.

²⁸ De architect werd, gelijkaardig aan het traditionele traject, aangesteld middels een aparte aanbestedingsprocedure.

dit duidelijk afbakenen in de opdrachtdocumenten. Na deze onderhandelingsfase dienen deze inschrijvers een **BAFO** (Best And Final Offer) in waarna de opdracht kan worden gegund aan de economisch meest voordelige inschrijving. De uitvoering van de opdracht heeft dan nog enkel betrekking op de daadwerkelijke uitvoering van de werken.

Het voordeel van deze eerste mogelijke piste is dat ze bepaalde hierboven weergegeven valkuilen goed kan counteren. De **prijs ligt bijvoorbeeld wel degelijk al vast** op het moment van gunning. Bovendien zorgt de BAFO-fase voor de wenselijke **knip/cesuur** tussen de ontwerp- en uitvoeringsfase. Toch heeft deze piste ook zijn beperkingen. Zo worden de inschrijvers (zowel de gekozen als niet-gekozen) **in principe niet vergoed** voor de werkzaamheden die ze tijdens de gunningsfase hebben uitgevoerd. Zij voeren deze handelingen immers (vrijblijvend) uit om de opdracht binnen te halen. Hierdoor kan het voor marktspelers minder interessant worden om deel te nemen aan dergelijke procedures. Een **wedstrijdvergoeding** kan hieraan verhelpen maar deze vergoeding moet groot genoeg zijn. Denk bijvoorbeeld maar aan de situatie van onze case study waarin één van de deelnemende consortia uiteindelijk uit het verhaal stapte omdat één en ander niet meer economisch rendabel was.²⁹ Daarnaast zijn er ook meerdere inschrijvers die een prijsvoorstel (BAFO) mogen indienen terwijl het in het bouwteammodel normaliter om één aannemer gaat die een exclusief recht verwerft om een prijsvoorstel te doen. Dit punt zien wij evenwel niet als bijzonder problematisch. Het is vooral belangrijk dat de aannemer die heeft meegewerkt in de bouwteamfase ook de kans heeft/krijgt om een concreet prijsvoorstel te doen. Aangezien alle inschrijvers tijdens de aanbesteding hebben deelgenomen aan de bouwteamfase, is het niet in strijd met de principes van het bouwteammodel om hen allemaal de kans te geven om een BAFO in te dienen. Tot slot wensen wij nog aan te stippen dat wij in dit verhaal bewust kiezen voor de mededingingsprocedure met onderhandeling en niet voor de **concurrentiegerichte dialoog**. De aanbestedende overheid heeft immers al wat voorbereiding verricht en neemt normaliter een actieve rol op om het proces mee te sturen. Daarnaast heeft ook de architect al een rol gespeeld. De opdrachtgever is dus voornamelijk op zoek naar **optimalisaties en niet naar oplossingen**, zoals dat het geval is in een concurrentiegerichte

²⁹ KAMP C, "Eindrapport 't Centrum, Wanneer de weg het doel wordt: een toelichting bij de circulaire aanbesteding van 't Centrum", www.kampc.be/page/469, 26. Een van de redenen voor het consortium om uit de opdracht te stappen betrof de hoogte van de wedstrijdvergoeding.

dialogoog. In dat laatste geval vertrekt de opdrachtgever immers van een bepaalde behoefte die hij graag ingevuld zou zien, al heeft hij geen idee hoe hij dat moet doen. Het is echter niet uitgesloten dat in specifieke gevallen noodzakelijk of nuttig blijkt om gebruik te maken van de concurrentiegerichte dialoog.

Een tweede mogelijkheid verschuift het **zwaartepunt van de gunningsprocedure naar de uitvoeringsfase**. Middels (mogelijk) een **niet-openbare procedure** kunnen geselecteerde ondernemingen een offerte indienen op basis van de elementen die al zijn afgeklopt (bv. bepaalde kostenelementen) aangevuld met een inzicht in bijvoorbeeld de kansen en risico's van het project. Wij opteren voor een niet-openbare procedure en niet voor een openbare procedure omdat de **aparte selectiefase** in het kader van een niet-openbare procedure de aanbestedende overheid nog de mogelijkheid kan geven om de niet-serieuze spelers eruit te filteren en, indien gewenst, verder door te selecteren naar een gewenst (en beperkt) aantal inschrijvers. Hierdoor wordt de beoordelingslast aanzienlijk verminderd. De opdracht wordt uiteindelijk gegund aan de economisch meest voordelige inschrijver waarna de bouwteamfase een aanvang neemt om het ontwerp te finaliseren en vastgestelde risico's uit te klaren aangevuld met een uitvoeringsfase indien er een prijs binnen de vooraf door de aanbestedende overheid bepaalde marges kan worden vastgesteld.

In deze tweede piste zal de gekozen **aannemer wel degelijk worden vergoed** voor de diensten die hij in het kader van de bouwteamfase heeft verricht. Het feit dat de **prijs nog niet volledig vastligt**, zou problematisch kunnen zijn in het licht van het **forfaitair beginsel** uit de wetgeving overheidsopdrachten. Artikel 9 Wet Overheidsopdrachten bepaalt immers dat de overheidsopdrachten worden geplaatst op forfaitaire basis. Deze forfaitaire prijsbepaling kan echter worden losgelaten in uitzonderlijke gevallen, voor werken, leveringen of diensten die ingewikkeld zijn of een nieuwe techniek inluiden, met belangrijke technische risico's, die verplichten tot het aanvatten van de uitvoering van de prestaties, terwijl niet alle uitvoeringsvoorwaarden en verplichtingen kunnen worden bepaald. Deze **uitzonderingsgrond** lijkt in het kader van een bouwteamproject met een circulaire insteek zeker **van toepassing** te zijn. Verder blijft het in het kader van deze piste ook noodzakelijk om waakzaam te zijn voor

wezenlijke wijzigingen.³⁰ Ook is het belangrijk om aan te stippen dat bij het gebruik van de niet-openbare procedure de **opdrachtdocumenten duidelijk, gedetailleerd en transparant moeten worden opgesteld** door de opdrachtgever. Dit kan **extra voorbereidingstijd** vragen en misschien op dit moment nog (te) moeilijk zijn voor de opdrachtgever die geen ervaring heeft met het bouwteammodel of circulair bouwen. Een aanbestedende overheid kan, indien nodig, nog steeds een onderhandelingscomponent aan het verhaal toevoegen.

Bij deze tweede piste blijft wel het probleem bestaan dat de uitvoeringsfase van de werkzaamheden³¹ afhankelijk is van een adequate prijsvaststelling (d.i. **de knip**) en dus eigenlijk onder voorbehoud wordt geplaatst. Een mogelijke oplossing voor dit probleem in België is gelegen in de mogelijkheid om een overheidsopdracht te gunnen in **vaste en voorwaardelijke gedeelten**.

Artikel 57, eerste lid Wet Overheidsopdrachten verduidelijkt dat een aanbestedende overheid, indien zij hier de noodzaak van aantoot,³² een opdracht kan plaatsen in een of meer vaste gedeelten en een of meer voorwaardelijke gedeelten. De gunning heeft wel degelijk betrekking op de gehele opdracht maar de aanbestedende overheid is **enkel gebonden door de vaste gedeelten**. De uitvoering van zo een **voorwaardelijk deel is afhankelijk van een beslissing van de aanbestedende overheid** die aan de opdrachtnemer wordt meegedeeld overeenkomstig de in de opdrachtdocumenten bepaalde nadere regels. Het gebruik van deze techniek is niet voorbehouden voor specifieke gunningsprocedures.

De gunning in vaste en voorwaardelijke gedeelten vormt een goede manier om ook voor deze tweede piste de knip tussen ontwerp en uitvoering te kunnen behouden. Een bijkomende vraag hierbij betreft wel de **(on)mogelijkheid om nog te onderhandelen** nadat de bouwteamfase is afgerond. De wetgever bepaalt immers in artikel 57 Wet Overheidsopdrachten dat het de aanbesteder is die een beslissing moet nemen. De opdrachtnemer komt er dus niet meer aan te pas. In bepaalde rechtsleer lijkt er toch ruimte

³⁰ Het leerstuk van de wezenlijke wijzigingen wordt in het kader van dit onderzoek niet verder behandeld. In het kader van de gunning van een project met het bouwteammodel moet een en ander op een gelijkaardige manier worden behandeld als bij een geïntegreerde opdracht. Daar worden voor de uitvoeringsfase immers ook nog wat ontwerpknopen doorgehakt.

³¹ D.i. na de bouwteamfase die ook nog moet worden doorlopen na gunning.

³² Het kan bijvoorbeeld gaan om budgettaire of technische redenen. In het kader van een bouwteammodel met circulaire ambities lijkt deze horde niet onoverkomelijk.

te ontstaan voor onderhandeling. DEBIEVRE en OUBINA CAVIEDES stellen immers dat de uitvoering van de voorwaardelijke gedeelten niet *ipso facto* het voorwerp uitmaakt van een onderhandeling tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer. Men zou de discussie rond een mogelijke onderhandeling kunnen ondervangen door in de opdrachtdocumenten duidelijk aan te geven onder welke vorm en onder welke voorwaarden de opdrachtgever akkoord zal kunnen gaan met het lichten van het verantwoordelijk gedeelte. Dit komt eveneens tegemoet aan het transparantiebeginsel.

Relevante verwijzingen

- Zie draaiboek circulaire business
- BEN MESSAOUD, S. en VISEUR, F., *Marchés publics*, Brussel, Larcier, 2014, 151;
- COMMISSIE VOOR DE OVERHEIDSOPDRACHTEN, “Richtsnoeren van 4 mei 2020 rond de opdracht in gedeelten”, 2020, https://www.publicprocurement.be/sites/default/files/documents/20201119_gewijzigd_versie_nl.pdf;
- DEBIEVRE, J. en OUBINA CAVIEDES, R., “Gedeelten”, *MCP-OOO 2020*, afl. 2, 234;
- DE VUYST, L. en LAHAYE, F., “Modaliteiten om een opdracht te plaatsen” in D’HOOGHE, D. en KIEKENS, N. (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2015, 347;
- SCHUTYSER, B., “Moeilijk gaat ook. Een paar gedachten over varianten, opties, vaste en voorwaardelijke gedeelten en percelen” in DE KONINCK, C., FLAMEY, P., THIEL, P. en WATHELET, B. (eds.), *Jaarboek Overheidsopdrachten 2020-2021*, Brussel, EBP Consulting, 2021, 639;

9. Circulaire projecten hebben baat bij een aanbestedingsprocedure met onderhandelingsmogelijkheid. Mededingingsprocedure met onderhandeling of concurrentiegericht dialoge?

Tags: Juridisch, Opdrachtgever

Samenvatting

1. Er bestaan zeven verschillende plaatsingsprocedures, elk met hun specifieke eigenschappen, voordelen en valkuilen. In het kader van een circulair bouwen, lijkt op dit moment een gunningsprocedure met een onderhandelingscomponent nog steeds aangewezen;
2. In het kader van een mededingingsprocedure met onderhandeling is de aanbestedende overheid voornamelijk op zoek naar optimalisaties. Bij een concurrentiegericht dialoge gaat het wel degelijk om concrete oplossingen;
3. Er is geen ideale gunningsprocedure. Alles zal afhangen van de wensen van de opdrachtgever, de voorwerp van de opdracht, de noden en behoeften, etc.

De wet voorziet **zeven verschillende plaatsingsprocedures**, elk met hun eigen toepassingsgebied en voordelen (artikel 35 Wet Overheidsopdrachten). De keuze is afhankelijk van de behoeften voor de concrete opdracht.

Voor een bouwproject waarin circulariteit een belangrijke rol speelt, is het op dit moment – omwille van het beperkte kennisniveau bij de aanbestedende overheden - wellicht praktisch onmisbaar om een aanbestedingsprocedure te kiezen met een **onderhandelingscomponent**.³³ Het kan in bepaalde gevallen voor aanbestedende overheden toch nuttig lijken/blijken om louter een beroep te doen op de openbare of niet-openbare procedure (zonder onderhandelingscomponent). Een succesverhaal is niet per se uitgesloten als de aanbestedende overheid kan achterhalen wat de markt te bieden heeft en dit op een adequate manier in haar opdrachtdocumenten kan vertalen.³⁴ In het kader van het bouwteammodel kan een gunning via een niet-openbare procedure bijvoorbeeld een valabel

³³ In het andere geval zal de opdrachtgever immers al veel elementen moeten vastleggen in de opdrachtdocumenten.

³⁴ Een voorafgaande marktconsultatie kan hier bij helpen. Zie vraag 1.

pad zijn al zijn alle vragen hieromtrent nog niet uitgeklaard.³⁵ Het zou immers het zwaartepunt van de gunningsfase naar de uitvoeringsfase verschuiven.³⁶

Alvorens in te gaan op de interessantste procedurele mogelijkheden, is het belangrijk om op te merken dat bij eender welke aanbestedingsprocedure de **voorbereiding** in de periode vóór plaatsing van de overheidsopdracht cruciaal is. In wetgeving wordt daarover (bijna) niks vastgelegd. Naast de keuze van de plaatsingsprocedure moet in deze fase in ieder geval de behoeftebepaling, een realistische inschatting van het budget, de keuze van de bouworganisatievorm (DBFM, bouwteam, etc.) en de omschrijving van de opdracht gebeuren. Alle voorwaarden en criteria die in het kader van de opdracht worden vastgelegd, moeten verband houden met het voorwerp van de opdracht dat in die voorbereidingsfase wordt bepaald.

Hieronder focussen we verder op de **mededingingsprocedure met onderhandeling** en de **concurrentiegerichte dialoog** maar ook andere procedures kunnen, indien de concrete gegevens van de casus dit verlangen, een valabel alternatief zijn (bv. het innovatiepartnerschap).

Schematische voorstelling procedures

Mededingingsprocedure met onderhandeling	Concurrentiegerichte dialoog
Bestek	Beschrijvend document
Selectie	Selectie
Offerte	Dialoog
Onderhandeling met (eventueel) tussentijdse offertes	Tussentijdse offertes (eventueel)
BAFO	BAFO
Gunning	Gunning

³⁵ Zie hierboven vraag 8.

³⁶ Zie hieromtrent: Draaiboek voor circulaire businessmodellen.

- de mededingingsprocedure met onderhandeling

Om de eerste fase van deze procedure te doen aanvangen, wordt een uitnodiging tot indienen van een **aanvraag tot deelneming** gepubliceerd. Geïnteresseerden kunnen een aanvraag indienen en de aanbesteder selecteert kandidaten op basis van de **selectiecriteria** in de opdrachtdocumenten. Bij aanvang van de tweede fase ontvangen enkel geselecteerde kandidaten een uitnodiging om een **offerte in te dienen**. Over (enkele van) deze offertes wordt **onderhandeld**, gericht op het aanpassen van de offertes aan de eisen die door de aanbesteder in de opdrachtdocumenten werden vermeld.

Het is belangrijk al een goed idee te hebben van het **gewenste resultaat**. De onderhandelingen moeten gericht zijn op het aanpassen van de offertes aan de eisen die door de aanbesteder initieel in de opdrachtdocumenten werden vermeld waarna er een finale beoordeling plaatsvindt op basis van de **BAFO's** (Best And Final Offers). De minimeisen en de gunningscriteria uit het oorspronkelijke bestek kunnen in principe geen verandering ondergaan tijdens de gevoerde onderhandelingen. Aangezien de aanbesteder dus zelf in staat moet zijn om haar eisen en wensen adequaat weer te geven in de opdrachtdocumenten, kan de keuze voor de mededingingsprocedure met onderhandeling als plaatsingsprocedure dus best worden voorafgegaan door een **marktverkenning of grondig voorbereidend onderzoek**. Het is ook aan te bevelen om als aanbestedende overheid **externe begeleiding** in te schakelen, die multidisciplinair advies kan verlenen. Dit kan helpen bij het bepalen en interpreteren van het juiste ambitieniveau, het bepalen van een gerichte focus en de vertaling ervan naar de juiste aanbestedingscriteria.

Hoewel de focus op functionaliteiten en gewenste prestaties in de opdrachtdocumenten de mogelijkheid vergroot om tot een geschikte en onderhandelde oplossing te komen, moet erover worden gewaakt dat **niet te veel kan worden gevraagd van de geselecteerde kandidaten**. De **projectdefinitie** moet duidelijk zijn. Dit is een document dat een inhoudelijk kader moet bevatten waarin de ambities van de opdrachtgever en de randvoorwaarden en helder beschreven worden. De projectdefinitie moet een referentiekader zijn tijdens het hele proces, zodat uitvoerders weten wat precies van hen verwacht wordt en zodat het uiteindelijke resultaat van de opdracht overeenstemt met de verwachtingen van de

opdrachtgever. Een betrokken inbreng van de geselecteerde kandidaten kan het eindresultaat verrijken. Hoewel een **vergoeding voor gemaakte kosten** niet standaard is, is het wel interessant om dit als aanbesteder te voorzien.

- **de concurrentiegerichte dialoog:**

Het gaat om **tweetasige procedure** (selectie en gunning zijn een aparte fase), maar anders dan bij de mededingingsprocedure met onderhandeling moet bij deze aanbestedingsprocedure nog geen offerte worden ingediend door de geselecteerden bij aanvang van de tweede fase. **Er wordt niet onderhandeld op basis van een offerte, maar via een dialoog wordt naar een offerte/bestek toegewerkt.** De voorwaarden om gebruik te mogen maken van deze procedure zijn gelijkaardig aan de voorwaarden voor het gebruik van de mededingingsprocedure met onderhandeling. Ze dienen **restrictief** te worden geïnterpreteerd en het gebruik ervan moet worden **gemotiveerd** (artikel 39 Overheidsopdrachtenwet). Er kan met **opevolgende fasen** worden gewerkt als dit in de opdrachtdocumenten wordt vermeld.

De concurrentiegerichte dialoog is vooral interessant als de aanbestedende overheid **nog geen specificaties wil of kan vastleggen** aan het begin van de gunningsprocedure en de verschillende opties wilt verkennen en verfijnen. Voor opdrachten met een circulaire component kan dit een oplossing bieden voor het gebrek aan technische en praktische kennis bij de aanbesteder. Hier ligt onmiddellijk ook het grootste verschil met de mededingingsprocedure met onderhandeling: In het kader van een concurrentiegerichte dialoog is de aanbestedende overheid op zoek naar **oplossingen**, terwijl men binnen een mededingingsprocedure met onderhandeling op zoek is naar **optimalisaties** van de ingediende offerte op basis van de reeds opgestelde opdrachtdocumenten. Aangezien de toepassingsvoorwaarden nagenoeg hetzelfde zijn, zal een aanbestedende overheid de keuze voor een bepaalde procedure wellicht op deze insteek (oplossingen vs. optimalisaties) moeten baseren.

De aanbestedende overheid moet nog **geen volledig bestek** opmaken bij het in de markt plaatsen van de opdracht, een **beschrijvend document** volstaat (artikel 39 Wet Overheidsopdrachten).

Deze procedure kan in de praktijk een **doorlooptijd** van 6 tot 24 maanden beslaan en van uitvoerders worden al veel inspanningen verwacht vóór de eigenlijke gunning. Een vergoeding hiervoor kan worden afgesproken, maar dit is nog geen standaardpraktijk. Het succes van deze procedure is erg afhankelijk van de betrokken partijen, hun bereidheid om mee te denken en wederzijds vertrouwen. Kamp C maakte gebruik van deze procedure in het kader van de overheidsopdracht rond 't Centrum. Dit bleek geen onverdeeld succes.³⁷

Relevante verwijzingen

- Overheidsopdrachtenwet: wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten (*BS* 14 juli 2016) zoals gewijzigd door de wet van 7 april 2019 (*BS* 16 april 2019); artikel 2, 52°, artikel 58;
- RvS 6 september 2021, nr. 251.423, *Academic Software*;
- RvS 29 oktober 2020, nr. 248.787, *Misanet*;
- RvS 5 januari 2016, nr. 233.376, *UPLACE*;
- RvS 17 maart 2015, nr. 230.550, *Himpe*;
- KIEKENS, N., "Verloop van de flexibele gunningswijzen" in D'HOOGHE, D. en KIEKENS, N. (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2015, 809 – 833;
- MORTIER, T., *Overheidsopdrachtenwetgeving anno 2021*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 898p.;
- MUSSCHEBROECK, "Concurrentiegerichte dialoog", *MCP_OOO* 2020, afl. 2, 219 – 220;
- VAN OPPEN, C., CROON, G., DE VROE, D.B., *Circulair inkopen in 8 stappen*, 2018, <https://www.copper8.com/wp-content/uploads/2019/02/E-book-Circulair-Inkopen-in-8-stappen-Copper8.pdf>.

³⁷ Zie het eindrapport van het Kamp C-project ('t Centrum) waarin de inschrijvende consortia hun mening geven over het gevolgde traject: KAMP C, "Eindrapport 't Centrum, Wanneer de weg het doel wordt: een toelichting bij de circulaire aanbesteding van 't Centrum", www.kampc.be/page/469, 21 ev.

IV. Uitvoering

10. Kan ik bijzondere uitvoeringsvoorwaarden opnemen in mijn bestek?

Tags: Juridisch, Opdrachtgever

Samenvatting

1. Het algemeen uitvoeringskader voor overheidsopdrachten wordt gevormd door het KB Uitvoering;
2. Men kan als aanbestedende overheid afwijken van verschillende bepalingen van het KB Uitvoering;
3. Het is, naast deze algemene uitvoeringsvoorwaarden, ook mogelijk voor aanbestedende overheden om bijzondere uitvoeringsvoorwaarden uit te denken.

De **uitvoering** van een overheidsopdracht bevindt zich in de **contractuele sfeer** en vormt een bevoegdheid die in hoofdzaak aan het nationale niveau wordt toebedeeld. Eens het contract is gesloten, stopt de toepassing van de Europese Richtlijnen rond overheidsopdrachten. In België vinden we de **algemene uitvoeringsregels** terug in het Koninklijk Besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten (hierna: **KB Uitvoering**). Dit Koninklijk Besluit van 14 januari 2013 werd grondig aangepast met het Koninklijk Besluit van 22 juni 2017. In **Nederland** bestaat er **geen equivalent voor het KB Uitvoering**. De algemene wettelijke regeling rond de aanneming van werk wordt er aangevuld met een divers aanbod aan soorten algemene voorwaarden die vaak door de bouwsector zelf werden ontwikkeld. Deze algemene voorwaarden zijn niet beperkt tot de context van een overheidsopdracht.³⁸

Het KB Uitvoering is van toepassing op de opdrachten die onder het toepassingsgebied van titels 2 en 3 van de Wet Overheidsopdrachten³⁹ vallen alsook op de opdrachten onder titel 2 van de wet rond defensie en veiligheid. Indien de opdracht een geraamd bedrag van 30.000 euro niet bereikt, is het KB Uitvoering evenwel niet toepasselijk (artikel 5 KB Uitvoering).

³⁸ S. VAN GULIJK en C. ASSERS, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht; 7-VI Bijzondere Overeenkomsten – Aanneming van werk*, Deventer, Wolters Kluwer, 2022, nr. 9.

³⁹ Klassieke en speciale sectoren.

In het KB Uitvoering vinden opdrachtgevers en opdrachtnemers verschillende algemene contractuele bepalingen terug die de **standaardvoorwaarden** uitmaken voor de uitvoering van een overheidsopdracht. Het KB bevat een groot aantal bepalingen over **uiteenlopende elementen**, zoals bijvoorbeeld:

- de verplichting dat de werken, leveringen of diensten in overeenstemming dienen te zijn met de opdrachtdocumenten en, zelfs bij gebrek aan technische specificaties, op alle punten de regels van de kunst dienen te respecteren;
- de modaliteiten waaronder een opdracht kan worden gewijzigd;
- de mogelijkheden voor de aanbestedende dienst om controle en toezicht uit te oefenen;
- het feit dat de aannemer verantwoordelijk is voor het aanvragen en verkrijgen van de vergunningen die nodig zijn voor de uitvoering van de werken; etc.

Deze uitvoeringsregels in het KB Uitvoering vormen een *lex specialis* op het gemeen contractenrecht. Voor elementen die niet worden geregeld in het KB Uitvoering dienen inschrijvers en aanbestedende diensten bijgevolg terug te vallen op het gemeen recht en de bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek.

Van een **aantal van deze bepalingen** uit het KB Uitvoering mag **sowieso niet worden afgeweken**. Het gaat om alle bepalingen uit hoofdstuk 1 en enkele specifieke bepalingen (artikel 9, §1 KB Uitvoering). Ook voor bepalingen rond betalings- en verificatietermijn en voor kennelijk onbillijke bepalingen geldt een afzonderlijk regime (artikel 9, §2 en 3 KB Uitvoering). **Voor andere bepalingen is er meer ruimte**, zo bepaalt §4 van artikel 9 KB Uitvoering dat er slechts mag worden afgeweken van de andere verplichte bepalingen in behoorlijk verantwoorde gevallen, voor zover de bijzondere eisen van de opdracht dit noodzakelijk maken. Van sommige artikelen kan zelfs worden afgeweken zonder dat het noodzakelijke karakter van deze afwijking moet worden aangetoond. Principieel dienen afwijkingen niet te worden gemotiveerd, behoudens voor enkele bepalingen die expliciet worden vermeld in artikel 9, §4 KB Uitvoering. **Tot slot geldt er nog een specifieke regeling voor opdrachten die zowel betrekking hebben op de financiering, het ontwerp en de uitvoering van de werken en, eventueel, op elke dienstverlening in dat verband. In dergelijke opdrachten dienen**

afwijkingen enkel uitdrukkelijk vooraan in het bestek te worden vermeld (artikel 9, §4, derde en vierde lid KB Uitvoering).

Naast de algemene uitvoeringsvoorwaarden, en de eventuele afwijkingen hierop, blijft het voor een aanbestedende overheid ook mogelijk om **bijzondere uitvoeringsvoorwaarden** op te maken voor een specifieke opdracht. Dit wordt uitdrukkelijk bevestigd in artikel 70 Richtlijn 2014/24 en artikel 87 Wet Overheidsopdrachten. Zo bepaalt artikel 87 Wet Overheidsopdrachten dat de aanbestedende overheid bijzondere voorwaarden kan verbinden aan de uitvoering van een opdracht, mits zij verband houden met het voorwerp van de opdracht en vermeld zijn in de aankondiging van een opdracht of in de opdrachtdocumenten. Er wordt daarbij uitdrukkelijk vermeld dat **ook voorwaarden rond milieugerelateerde of sociale aspecten zijn toegelaten**. Naast de voorwaarden, vermeld in artikel 87 Wet Overheidsopdrachten, onderscheidt men in de literatuur nog een aantal bijkomende aandachtspunten bij het opmaken van bijzondere uitvoeringsvoorwaarden:

- Er mag geen sprake zijn van oneigenlijke selectie- of gunningscriteria waarbij er alsnog wordt gepeild naar de kwaliteiten van de inschrijver of de waarde van de offerte;
- Dergelijke voorwaarden kunnen worden gebruikt om innovatie te stimuleren door prikkels te bieden;
- Ze moeten in overeenstemming zijn met het gemeenschapsrecht en andere relevante wetgeving (bv. sociaal recht);
- De voorwaarden moeten worden aanvaard door de opdrachtnemer;
- Let op controlemogelijkheden tijdens de uitvoering van de opdracht.

Relevante verwijzingen

- Wet Overheidsopdrachten;
- Wet van 13 augustus 2011 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, *BS* 1 februari 2012, 7.592;
- KB Uitvoering;
- EU, *Groen kopen! Een handboek over groene overheidsopdrachten*, 2016, https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_nl.pdf, 64 ev.;
- LENDERS, C., “De rechtsbescherming bij de uitvoering van overheidsopdrachten: de onderdanige aannemer?” in DE KONINCK, C., FLAMEY, P., THIEL, P. en DEMEULENAERE, B. (eds.), *Jaarboek Overheidsopdrachten 2011 – 2012*, Brussel, EBP Consulting, 2012, 303;
- RONSE, K., “Gelijkheid en transparantie in het kader van de uitvoering van overheidsopdrachten” in DE KONINCK, C., FLAMEY, P., THIEL, P. en DEMEULENAERE, B. (eds.), *Jaarboek Overheidsopdrachten 2008 – 2009*, Brussel, EBP Consulting, 2009, 507;
- SCHELLEKENS, L., “Bestek” in D’HOOGHE, D. en KIEKENS, N. (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2015, 694 ev.;
- UYTTERHOEVEN, K., CARETTE, N., SCHOUUPS, M., VERBEKE, A-L., VANHOVE, K. en DELVAUX, B., *Handboek Bouwrecht*, Brussel, Intersentia, 2013, 314 ev.;
- VERBEKE, P., *Overheidsopdrachten voor beginners*, Brugge, die Keure, 2017, 226.

11. Zijn er innovatieve ideeën uit Nederland en zijn er standaardovereenkomsten voorhanden?

Tags: Juridisch, Samenwerking, Beleid, Beleidsmaker

Samenvatting

1. Ook Nederland is gebonden door de Europese wetgeving omtrent de wetgeving overheidsopdrachten. Toch pakken ze de zaken soms anders aan. Dit zou een inspiratiebron kunnen vormen voor het overheidsopdrachtencontentieux rond circulair bouwen in Vlaanderen en België;
2. De bouwteamformule kan een bijkomende keuze vormen in het bestaande palet aan bouworganisatievormen vormen;
3. Het samen met de bouwsector uitdenken van algemene voorwaarden of standaardovereenkomsten die regelmatig worden herzien kunnen zorgen voor actuele uitvoeringsregels die worden gedragen door de sector.

Het aanbestedingskader in **Nederland** is eveneens gebaseerd op de Europese wetgeving hieromtrent (Richtlijn 2014/24/EU voor de klassieke sectoren). Toch pakken zij de zaken soms anders aan dan in Vlaanderen. Deze praktijken leiden wellicht niet per se tot meer circulaire resultaten maar ze kunnen een **bron van inspiratie** vormen voor verdere ontwikkelingen in het Vlaams aanbestedingslandschap.

Een eerste element betreft de recente heropflakking van het gebruik van de **bouwteamformule** als bouworganisatievorm. In België brengen we het 'bouwteam' meestal in verband met geïntegreerde contracten. In Nederland vormt het echter een variant op het traditionele bouwmodel waarin de uitvoerder al vroeg in het project wordt betrokken. De bouwteamformule wordt verder besproken in de het draaiboek circulair business (sleutel mee aan de synergiën voor een circulaire bouw).

Verder bestaat het **algemeen kader rond de uitvoering van overheidsopdrachten** in België uit het KB Uitvoering dat wel specifieke bepalingen bevat voor werken, levering of diensten, maar geen rekening houdt met de verschillende bouworganisatievormen die er vandaag de dag voorhanden zijn. In Nederland bestaat de tegenhanger van het KB Uitvoering uit de

Uniforme Administratieve Voorwaarden (2012) en de **Uniforme Administratieve Voorwaarden – Geïntegreerde contracten** (2020). Deze voorwaarden komen vaak tot stand na overleg tussen de organisatie van de bouwbedrijven en de overheid. Ze zijn niet *ipso facto* van toepassing op de uitvoering van de opdrachten maar in de praktijk worden ze quasi steeds toegepast. Het is interessant dat dergelijke voorwaarden tot stand komen in samenspraak met het werkveld en regelmatig worden herzien, terwijl het KB Uitvoering – dat bovendien veel algemener is – uitgaat van de overheid en enkel lijkt te worden herbekeken in het licht van nieuwe Europese richtlijnen.

Tot slot vormt het aanbieden van **standaardovereenkomsten** nog een denkpiste. In Nederland lijken deze overeenkomsten veelvuldiger voor te komen. Denk maar aan de bouwteammodelovereenkomsten, de Rijksbrede modelovereenkomst DBFM(O) Huisvesting of het Model basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2020. In Vlaanderen lijkt er voor het DBFM model weliswaar ook een modelovereenkomst te bestaan maar de idee van modelovereenkomsten is in de Vlaamse bouwwereld nog niet helemaal ingeburgerd. Nochtans zou dit, zeker voor lokale opdrachtgevers, een enorm hulpmiddel kunnen bieden.

Relevante verwijzingen

- KB Uitvoering;
- PIANO, “Uniforme Administratieve Voorwaarden 2012”, <https://www.piano.nl/nl/regelgeving/voorwaarden/uniforme-administratieve-voorwaarden-2012>;
- <https://www.bouwendnederland.nl/actueel/nieuws/18766/model-bouwteamovereenkomst-2021-is-klaar-voor-de-toekomst> (Bouwteammodel Bouwend Nederland 2021);
- <https://www.piano.nl/nl/modelovereenkomst-voor-bouwteam> (Bouwteammodel Duurzaam Gebouwd 2020);
- <https://www.crow.nl/getattachment/Thema-s/Contracteren/UAV-en-UAV-gc/Ter-visie-legging-UAV-GC-2020/1-MBO-Concept-UAV-GC-2020-opgesteld-feb21-met-voetnoot.pdf.aspx?lang=nl-NL> (Model Basisovereenkomst met UAV-GC 2020);
- <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/richtlijnen/2016/04/01/rijksbrede-modelovereenkomst-dbfmo-huisvesting-rijksvastgoedbedrijf> (Rijksbrede modelovereenkomst DBFM(O) Huisvesting);
- <https://fin.vlaanderen.be/wp-content/uploads/2021/10/DBFMmodellInfrastructuur20180112.pdf>.

V. (voorlopige) Slotbeschouwingen

De FAQ toont aan dat de overheidsopdrachtenreglementering al **veel mogelijkheden** biedt om met circulariteit aan de slag te gaan. Het punt blijft wel dat het om een **erg vrijblijvende manier** gaat. De Wet Overheidsopdrachten legt immers niet op ‘wat’ de aanbestedende overheden moeten kopen maar enkel ‘hoe’ ze hun aankopen tot een goed einde kunnen brengen. Hierdoor blijft er ruimte bestaan voor niet-duurzame keuzes die niet inzetten op circulariteit in het algemeen of veranderingsgericht bouwen in het bijzonder. Denk hierbij maar aan de mogelijkheid om, zonder enige motiveringsverplichting, de opdracht louter op basis van prijs te gunnen. Deze juridische FAQ probeert een bijdrage te leveren om een bewustwording te creëren dat het juridisch weldegelijk anders kan.

Aanbestedende overheden dienen evenwel over de **nodige kennis** te beschikken om hun circulariteitsoverwegingen te implementeren in hun concrete opdrachten. Het is op dit punt dat het schoentje vandaag de dag nog wringt. Een gebrek aan kennis, tijd en angst voor juridische procedures zorgen ervoor dat aanbestedende overheden vaak nog teruggrijpen naar de **‘standaardoplossingen’**.

Wij hopen dat deze juridische FAQ de start kan vormen van een **breder kennisdeling** omtrent de integratie van circulariteitsoverwegingen in overheidsopdrachten. **Het delen van enkele juridische mogelijkheden zal evenwel onvoldoende zijn.** (lokale) overheden moeten deze mogelijkheden ook kunnen benutten. **Voorbeeldbestekken, modelovereenkomsten, ontwikkelde best practices**, etc. kunnen hiervoor een dankbaar hulpmiddel zijn. Op die manier kunnen we daadwerkelijk de brug slaan tussen theorie en praktijk. Veel onderzoeksprojecten uit de gerichte call hebben dit engagement al opgenomen. Laat ons kennis, zowel theoretisch als praktisch, blijven delen om ervoor te zorgen dat het circulair bouwen in overheidsopdrachten eerder de standaardoplossing dan het uitzonderingsregime wordt.

VI. Honger naar meer?

- ASSERS, C. en VAN GULIJK, S., *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht; 7-VI Bijzondere Overeenkomsten – Aanneming van werk*, Deventer, Wolters Kluwer, 2022, 516p.;
- BATSELE, D. en YERNA, A., *Les marchés publics pas à pas*, Limal, Anthemis, 2018, 758p.;
- BRUYNINCKX, T., “Gunningscriteria gebaseerd op levenscycluskosten: valstrik of opportuniteit?” in DE KONINCK, C., FLAMEY, P., THIEL, P. en DEMEULENAERE, B. (eds.), *Jaarboek Overheidsopdrachten 2017 – 2018*, Brussel, EBP Consulting, 2018, 555 – 580;
- DE BRABANTER, E., JUDO, F. en GOETHALS, K., “Alles heeft zijn kost – Een praktische verkenning van het begrip “levenscycluskost”” in DE KONINCK, C., FLAMEY, P., THIEL, P. en DEMEULENAERE, B., *Jaarboek Overheidsopdrachten 2017 – 2018*, Brussel, EBP Consulting, 2018, 415 – 432;
- DE CIRCULAIRE BOUWECONOMIE, “Circulair inkopen in 8 stappen”, 2020, , 36p.;
- DE HORNOIS, K., “Van lineair naar circulair: overheidsaankopen als hefboom voor de circulaire economie en de uitdagingen voor de overheidsinkoper: Een aantal inleidende beschouwingen”, *MER* 2019, afl. 1, 53 – 65;
- DE WOLF, C., “De gunning van overheidsopdrachten: eenvoudige regels, een complexe toepassing”, *MCP-OOO* 2011, afl. 1, 37 – 62;
- D’HOOGHE, D. en VANDER HULST, R., “Actualia aanbestedingsrecht” in X, *Themis 103 – Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2018, 23 – 40;
- D’HOOGHE, D. en KIEKENS, N. (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2015, 855p.;

- EU, *Groen kopen! Een handboek over groene overheidsopdrachten*, 2016, https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_nl.pdf, 80p.;
- GEERTS, J., “Optimaliseren van het aanbestedingsproces met het oog op meer en betere offertes” in DE KONINCK, C., FLAMEY, P., THIEL, P. en DEMEULENAERE, B. (eds.), *Jaarboek Overheidsopdrachten 2016 – 2017*, Brussel, EBP Consulting, 2017, 903 – 922;
- GEERTS, J., “Hoe koop ik groen/sociaal/ethisch? Duuraam aanbesteden onder de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten?”, *T.Gem.* 2017, afl. 1, 23 – 40;
- GELDHOF, C., “Integratie van milieu-, sociale en ethische criteria in de overheidsopdrachtenreglementering” in DE KONINCK, C., FLAMEY, P., THIEL, P. en WATHELET, B. (eds.), *Jaarboek overheidsopdrachten 2010 – 2011*, Brussel, EBP Publishing, 2011, 503 – 542;
- HAEST, J., “21. Verwijzen naar een specifiek merk of fabricaat”, *Tijdschrift Aanbestedingsrecht en Staatssteun* 2021, afl. 2, 24 – 26;
- LEURS, H., *Bouw- en Vastgoedlexicon*, Brussel, Intersentia, 2016, 1220p.;
- MAES, T., MARTOU, G. en THIEL, P., “Chronique de jurisprudence des contrats et marchés publics 2019”, *MCP-OOO* 2020, afl. 3, 375 – 485;
- MORAS, S., OOMS, J., ZEGERS, E. en UYTTERHOEVEN, K., “De openbare en niet-openbare plaatsingsprocedures: de voornaamste wolfijzers en schietgeweren in de nieuwe regelgeving”, *TBO* 2018, afl. 2, 85 – 109;
- MORTIER, T., *Overheidsopdrachtenwetgeving anno 2021*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 898p.;

- MORTIER, T., “Prijs en kost als gunningscriteria. Mogelijkheden, risico’s en beperkingen” in DE KONINCK, C., FLAMEY, P., THIEL, P. en WATHELET, B. (eds.), *Jaarboek Overheidsopdrachten 2018 – 2019*, Brussel, EBP Consulting, 2019, 849 – 860;
- PETITAT, V., “Groene overheidsopdrachten: stand van zaken en praktijk” in DE KONINCK, C., FLAMEY, P., THIEL, P. en WATHELET, B. (eds.), *Jaarboek overheidsopdrachten 2010 – 2011*, Brussel, EBP Publishing, 2011, 577 – 602;
- PIANO, “Relevante regelgeving bij Europese aanbestedingsrichtlijnen”, <https://www.piano.nl/nl/regelgeving/europese-richtlijnen/relevante-regelgeving-bij-europese-aanbestedingsrichtlijnen>;
- PIANO, “Wat zijn de beginselen van Europees aanbesteden?”, <https://www.piano.nl/nl/metrokaart/wat-zijn-beginselen-van-europees-aanbesteden>
- PILCER, M. en BOUZEKRI, H., “Levenscycluskost”, *MCP-OOO* 2020, afl. 2, 245 – 246;
- PLATFORM CB’23, “Leidraad circulair inkopen. Leidende principes voor een circulaire bouw”, 2021, https://platformcb23.nl/images/leidraden/Platform_CB23_Leidraad_Circulair-Inkopen_versie1.pdf, 67p.;
- SCHUTYSER, B., “Sociale en milieuoverwegingen bij overheidsopdrachten: een stand van zaken in het licht van de nieuwe richtlijnen”, *T.Gem* 2005, afl. 2, 135 – 148;
- SCHUTYSER, B., “De gunning van overheidsopdrachten en overheidscontracten: overzicht van de rechtspraak van het Hof van Justitie en de Raad van State (2018 – 2019)”, *T. Gem.* 2020, afl. 3, 142 - 208;

- TEERLINCK, P., *De aanbestedende overheid & Capita selecta met focus op de rechtspraak*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 450p.;
- TEERLINCK, P., GALOT, L. en VUYLSTEKE, J., *De aanbestedende overheid & gunningscriteria*, Brussel, Intersentia, 2018, 150p.;
- TRANSITIETEAM CIRCULAIRE BOUWECONOMIE, “Tenderen voor circulaire woningbouw. Handreiking met inspiratie en praktische handvaten voor gemeenten”, 2022, <https://circulairebouweconomie.nl/wp-content/uploads/2022/06/Handreiking-Tenderen-voor-circulaire-woningbouw-TT-CBE-juni-2022.pdf>;
- VAN GARSSE, S., “Circulair aankopen – enkele reflecties” in DE KONINCK, C., FLAMEY, P., THIEL, P. en WATHELET, B. (eds.), *Jaarboek overheidsopdrachten 2020 – 2021*, Brussel, EBP Consulting, 2021, 517 – 524;
- VAN GARSSE, S., “Enkele beschouwingen bij “life cycle costing” en overheidsopdrachten” in DE KONINCK, C., FLAMEY, P., THIEL, P. en DEMEULENAERE, B. (eds.), *Jaarboek Overheidsopdrachten 2010 – 2011*, Brussel, EBP Consulting, 2011, 227 – 236;
- VERBEKE, P., *Overheidsopdrachten voor beginners*, Brugge, die Keure, 2017, 327p.;
- VERHEYE, B., “Toekomst van de circulaire vastgoedeconomie”, *TPR* 2019, afl. 1, 107 – 196;
- VERLINDEN, A., “Groen en duurzaam overheidsaankopen: het bos en de bomen” in DE KONINCK, C., FLAMEY, P., THIEL, P. en DEMEULENAERE, B. (eds.), *Jaarboek Overheidsopdrachten 2011-2012*, Brussel, EBP Consulting, 2012, 667 – 682;
- VERLINDEN, A., DE RAEYMAECKER, E. en CHRISTIAENS, T., “Circulair aanbesteden. De gunning van overheidsopdrachten als bouwsteen voor een circulaire economie” in DE

- KONINCK, C., FLAMEY, P., THIEL, P. en WATHELET, B. (eds.), *Jaarboek overheidsopdrachten 2018 – 2019*, Brussel, EBP Consulting, 2019, 255 – 278;
- VERSTEEG, D.R., “Levenscycluskosten. De sleutel naar circulair werk?” in VERENIGING VOOR BOUWRECHT, *Circulair Bouwen: preadvies nr. 46*, Den Haag, Instituut voor Bouwrecht (IBR), 2018, 187p.;
 - VLAANDEREN, “Draaiboek gebiedsontwikkeling”, 2018, <https://publicaties.vlaanderen.be/view-file/28270>, 147p.;
 - VLAANDEREN, “Handboek DBFM”, 2018, <https://publicaties.vlaanderen.be/view-file/30341>, 180p.;
 - VLASSEMBROUCK, F., MOONEN, W. en KAMP, I., “Laatste stand van zaken inzake technische specificaties in overheidsopdrachten” in DE KONINCK, C., FLAMEY, P., THIEL, P. en DEMEULENAERE, B. (eds.), *Jaarboek overheidsopdrachten 2017 – 2018*, Brussel, EBP Consulting, 2018, 255 – 274;
 - UYTTERHOEVEN, K., CARETTE, N., SCHOUUPS, M., VERBEKE, A.L., VANHOVE, K. en DELVAUX, B., *Handboek Bouwrecht*, Brussel, Intersentia, 2013, 195 – 460;
 - WAUTERS, K. en GHEYSENS, B., *Overheidsopdrachten*, Morsel, Intersentia, 2017, 258p.;
 - WOUTERS, J. en LENDERS, C., “De voorbereidende fase: keuze van de plaatsingsprocedure – opstellen van bestek – e-procurement – bekendmaking”, *TBO* 2018, afl. 2, 77 -84;
 - X, “Gids Proportionaliteit”, 2022, https://www.pianoo.nl/sites/default/files/media/documents/2021-10/gids_proportionaliteit_3e_herziening-januari2022.pdf, 70p.

