

Onderaanneming en overheidsopdrachten. Verkenning van de recente Europese rechtspraak en de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten.

Johan Geerts, advocaat-partner Geerts / Denayer

Noot onder:

- HvJ C-298/15, 5 april 2017, Borta UAB
- HvJ C-406/14, 14 juli 2016, stad Wroclaw
- HvJ C-324/14, 7 april 2016, Partner

1. Sinds de arresten *Holst Italia*¹ en *Ballast Nedam*² van het Hof van Justitie is het vaste rechtspraak dat een inschrijver zich kan beroepen op de draagkracht van onderaannemers met het oog op het beantwoorden aan de selectiecriteria, ongeacht de aard van zijn banden met die onderaannemers, mits voor de aanbestedende overheid wordt aangetoond dat de inschrijver werkelijk kan beschikken over de nodige middelen, met name door overlegging van een verbintenis daartoe van deze onderaannemers³.

Het is de vrije keuze van de inschrijver/ opdrachtnemer om al dan niet met onderaannemers te werken.

2. In het kader van een overheidsopdracht kan een inschrijver op 2 manieren beroep doen op onderaannemers: 1/ Onderaanneming met beroep op de draagkracht; 2/ onderaanneming zonder beroep op de draagkracht.

Beide types van onderaanneming werden reeds voorzien in de 'oude' wetgeving overheidsopdrachten⁴ en zijn opnieuw opgenomen in de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten⁵, die van toepassing is op opdrachten geplaatst sinds 30 juni 2017.

Onderaanneming met beroep op de draagkracht

Bij onderaanneming met beroep op de draagkracht heeft de inschrijver de onderaannemer 'nodig' om te voldoen aan de minimale selectie-eisen. Voorbeeld: het bestek vereist 10 referenties⁶. De

¹ HvJ C-176/98, 2 december 1999, *Holst Italia*.

² HvJ C-5/97, 18 december 2000, *Ballast Nedam*.

³ Zie artikel 78 en 73 KB Plaatsing 2017.

⁴ Met de 'oude' wetgeving overheidsopdrachten wordt bedoeld: de [Wet van 15 juni 2006](#) betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten (hierna: 'Wet overheidsopdrachten 2006'); het [KB van 15 juli 2011](#) betreffende plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren, *BS* 9 augustus 2011 (hierna: 'KB Plaatsing 2011'); het [KB van 14 januari 2013](#) tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken, *BS* 14 februari 2013; de [Richtlijn 2004/18/EG](#) van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (hierna: 'Richtlijn 2004/18/EG'). De regels rond onderaanneming vinden we terug in artikel 25 (onderaanneming algemeen), 47§2 en 48§3 (beroep op de draagkracht) Richtlijn 2004/18/EU; Artikel 74 (beroep op de draagkracht) en 12 (onderaanneming) KB Plaatsing 2011.

⁵ Onder 'de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten' wordt verstaan: de [wet van 17 juni 2016](#) inzake overheidsopdrachten, *BS* 14 juli 2016 (hierna afgekort als 'Wet overheidsopdrachten 2016'), K.B. plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017, *B.S.* 9 mei 2017 (hierna: 'K.B. Plaatsing 2017'), K.B. van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten, zoals gewijzigd bij K.B. van 22 juni 2017, *B.S.* 27 juni 2017 (hierna: 'KB Uitvoering'), de Richtlijn [2014/24/EU](#) betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten (hierna: 'Richtlijn 2014/24/EU').

⁶ Referenties zijn een selectie criterium inzake technische bekwaamheid: artikel 68§4,1° KB Plaatsing 2017.

inschrijver heeft zelf 5 referenties en doet beroep op een onderaannemer die ook over 5 referenties beschikt. Door de krachten te bundelen wordt aldus voldaan aan de selectie-eisen.

Artikel 78 van de Wet overheidsopdrachten 2016⁷ bepaalt de voorwaarden waaronder een inschrijver beroep kan doen op de draagkracht van andere entiteiten voor het vervullen van de eisen inzake technische en beroepsbekwaamheid, enerzijds, en economische en financiële draagkracht anderzijds.

Artikel 73 KB Plaatsing 2017 werkt deze bepaling verder uit. De inschrijver moet een verbintenis van zijn onderaannemer bij zijn offerte (of aanvraag tot deelneming) voegen waaruit blijkt dat hij zal kunnen beschikken over de nodige middelen⁸.

Onder dezelfde voorwaarden kan worden ingeschreven door een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid (een THV of tijdelijke handelsvereniging)⁹.

Onderaanneming zonder beroep op de draagkracht

Bij onderaanneming zonder beroep op de draagkracht¹⁰ beantwoordt de inschrijver autonoom aan de minimale selectie-eisen maar wenst deze de hele opdracht of gedeelten ervan uit te besteden aan onderaannemers. Indien het bestek daarover niets bepaalt, is dit soort onderaanneming altijd mogelijk zonder formaliteiten (in de gunningsfase¹¹).

Voorbeeld: een architect schrijft in voor een architectuuropdracht. Na gunning en sluiting van de opdracht doet hij beroep op een studiebureau stabiliteit voor bepaalde berekeningen.

Artikel 74 KB Plaatsing 2017¹² bepaalt dat de aanbestedende overheid in het bestek kan opleggen dat de inschrijver in zijn offerte vermeldt welk gedeelte van de opdracht hij eventueel in onderaanneming zal geven en welke onderaannemers hij voorstelt. Het betreft een mogelijkheid (en geen verplichting) voor de aanbestedende overheid om dit op te leggen in het bestek.

Indien het bestek dit vereist, en voor opdrachten boven de Europese drempels, vermeldt de inschrijver de onderaannemers die zullen worden ingezet op het UEA (deel II, afdeling D van het UEA).

De opdrachtnemer kan tijdens de uitvoering van de opdracht geen andere onderaannemers inzetten dan deze die hij heeft voorgesteld in zijn offerte¹³.

In ons voorbeeld: het bestek kan eisen dat de architect in zijn offerte al vermeldt welk studiebureau stabiliteit zal worden ingezet.

Het woord 'eventueel' in artikel 74 KB Plaatsing, duidt er echter op dat de inschrijver slechts de onderaannemers moet opsommen die hij desgevallend zal inzetten. De opdrachtnemer kan tijdens de uitvoering alsnog beslissen om geen onderaannemers in te zetten. Hij kan echter geen andere onderaannemers inzetten dan deze die hij in zijn offerte heeft vermeld¹⁴.

⁷ Gedeeltelijke omzetting van artikel 63 van de richtlijn 2014/24/EU. Zie ook Memorie van Toelichting, Parl. St. Kamer 2015-16, nr. 1541/1, p. 130.

⁸ Artikel 73§1 KB Plaatsing 2017.

⁹ Artikel 73§1, laatste lid KB Plaatsing 2017.

¹⁰ Artikel 74 KB Plaatsing 2017/ Artikel 71 Richtlijn 2014/24/EU.

¹¹ Voor opdrachten in de fraudegevoelige sectoren zijn nieuwe regels inzake onderaanneming ingevoerd die een informatie- en controleverplichting inhouden tijdens de uitvoering. Zie titel artikel 12 e.v. KB Uitvoering.

¹² Dat overeenkomst met artikel 71 Richtlijn 2014/24/EU.

¹³ Artikel 12§3 KB Uitvoering.

¹⁴ Zie ook: Verslag aan de Koning bij het K.B. van 22 juni 2017 tot wijziging van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken en tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van de wet van 16 februari 2017 tot wijziging van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, B.S. 27 juni 2017, p. 68317.

In ons voorbeeld: De architect kan in zijn offerte 2 studiebureaus stabiliteit vermelden waarmee hij doorgaans samenwerkt. Na de gunning van de opdracht kan de architect dan kiezen uit één van deze 2 bureaus.

3. Om diverse redenen komt het voor dat de aanbestedende overheid onderaanneming (in het bestek) wil verbieden of beperken. De geannoteerde arresten zijn daarvan een voorbeeld.

Het Hof van Justitie bevestigde echter opnieuw de 'vrijheid van onderaanneming'. Een verbod of algemene beperking van onderaanneming door de aanbestedende overheid is niet mogelijk.

4. Arrest C-406/14, Stad Wroclaw.

In het arrest C-406/14 oordeelde het Hof van Justitie dat de artikelen 25 (onderaanneming) en 48§3 (beroep op de draagkracht) van de Richtlijn 2004/18/EG15 de aanbestedende overheid niet toelaten om het beroep op onderaannemers in het bestek op een abstracte wijze te beperken tot een bepaald percentage.

De Poolse stad Wroclaw¹⁶ had in haar bestek de volgende clausule opgenomen:

De ondernemer is gehouden minimaal 25% van de onder de opdracht vallende werken met eigen middelen uit te voeren.

De stad werd omwille van deze inbreuk door de toezichthoudende overheid gelast om een gedeelte van de ontvangen subsidies terug te betalen (het betrof een project gefinancierd met Europese fondsen).

Het Hof van Justitie oordeelde, in antwoord op een prejudiciële vraag van de rechter waar de stad Wroclaw de beslissing van de toezichthoudende overheid bestreed, dat een dergelijke algemene beperking van onderaanneming strijdt met de overheidsopdrachtenrichtlijn 2004/18/EG.

5. Arrest C-298/15 van 5 april 2017, Borta.

In het arrest C-298/15 van 5 april 2017 – betreffende een overheidsopdracht voor de heraanleg van de kaaimuren, geplaatst door de havenautoriteit van Litouwen - kwam het Hof tot dezelfde conclusie.

De Litouwse overheidsopdrachtenwet die algemeen bepaalde dat "het hoofdgedeelte van het werk" dat als zodanig is aangewezen door de aanbestedende dienst, door de inschrijver zelf moet worden uitgevoerd, werd in strijd bevonden met het EU verdrag¹⁷.

Het Hof vond de maatregel legitiem, maar oordeelde dat de beperking van de mededinging niet in verhouding stond tot het beoogde doel. Het doel van de wetgever was de praktijk tegen te gaan waarbij geschikte inschrijvers een opdracht in de wacht sleepten, maar deze vervolgens grotendeels in onderaanneming gaven.

Een algemeen verbod op onderaanneming in de wet, ongeachte de sector en zonder de mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om hiervan in het bestek af te wijken, beoordeelde het Hof als een onevenredige beperking van de mededinging.

6. In beide voornoemde arresten, wordt de nadruk gelegd op het belang van onderaanneming voor het vergroten van de mededinging en dus voor het bereiken van de basisdoelstellingen van de wetgeving overheidsopdrachten.

¹⁵ Intussen opgegeven door de Richtlijn 2014/24/EU, die (grotendeels) dezelfde regels bevat op dit punt: artikel 63 (beroep op de draagkracht) en 71 (onderaanneming).

¹⁶ Spreek uit: [vrotswav]

¹⁷ De overheidsopdrachtenrichtlijn was niet van toepassing omdat de waarde van de opdracht onder de EU drempels lag. De wet werd echter getoetst aan het verdrag op grond van het grensoverschrijdend belang van de opdracht.

Onderaanneming vergroot immers de toegang van KMO's tot overheidsopdrachten¹⁸. Op basis van voorgaande rechtspraak is duidelijk dat dit op 2 manieren gebeurt¹⁹.

Ten eerste kunnen KMO's als onderaannemer van een grotere ondernemer/ opdrachtnemer een graantje meepikken van een 'grote' overheidsopdracht.

Ten tweede kunnen KMO's zelf een offerte indienen en beroep doen op één of meerdere onderaannemers om de opdracht uit te voeren. Deze tweede mogelijkheid, valt op haar beurt uiteen in 2 onderdelen. Ten eerste kunnen KMO's beroep doen op de draagkracht van onderaannemers om te beantwoorden aan de selectie-eisen. Ten tweede kunnen KMO's die zelf beantwoorden aan de selectie-eisen meedingen naar meerdere overheidsopdrachten tegelijk, in de wetenschap dat zij, bij het in de wacht slepen van alle of een aantal opdrachten, onderaannemers kunnen inzetten indien zulks hun capaciteit te boven gaat.

7. In het derde geannoteerde arrest C-324/14 van 7 april 2016, Partner, acht het Hof van Justitie de in het geding zijnde beperking van de mogelijkheid van onderaanneming (met beroep op de draagkracht) wel toelaatbaar.

Ook in de 2 bovenvermelde arresten brengt het Hof belangrijke nuances aan onder verwijzing naar de arresten C-314/01, ARGE Telekom²⁰ en C-94/12, Costruzioni 2²¹.

Bij de hierna volgende bespreking van deze arresten komen we tot de volgende conclusies:

- Een specifieke²² beperking van de mogelijkheid om onderaannemers in te zetten is toegelaten, indien dit verband houdt met het voorwerp van de opdracht (artikel 78 Wet overheidsopdrachten 2016).
- De aanbestedende overheid kan (/moet²³) eisen dat onderaannemers op wiens draagkracht beroep wordt gedaan ook effectief bepaalde taken opnemen tijdens de uitvoering (artikel 73 KB Plaatsing 2017).

8. Arrest C-314/01, ARGE Telekom

In het arrest C-314/01 betreffende een Oostenrijkse overheidsopdracht voor een elektronisch gegevensverwerkingssysteem, oordeelde het Hof van Justitie dat de aanbestedende overheid het recht heeft om voor de uitvoering van wezenlijke onderdelen van de opdracht te verbieden dat beroep gedaan wordt op onderaannemers, in zoverre de aanbestedende overheid de bekwaamheden van deze onderaannemers in de gunningsfase niet heeft kunnen controleren.

Het gaat dus om een beperking van het inzetten van onderaannemers tijdens de uitvoering, dewelke in de gunningsfase niet kenbaar werden gemaakt aan de aanbestedende overheid.

Dit arrest volgt uit de toepassing van het huidige artikel 74 KB Plaatsing 2017²⁴ dat bepaalt dat de aanbestedende overheid in het bestek kan opleggen dat de inschrijver in zijn offerte vermeldt welk gedeelte van de opdracht hij eventueel in onderaanneming zal geven en welke onderaannemers hij voorstelt. Het betreft een mogelijkheid (en geen verplichting) voor de aanbestedende overheid om dit op te leggen in het bestek.

De opdrachtnemer kan tijdens de uitvoering van de opdracht geen andere onderaannemers inzetten dan deze die hij heeft voorgesteld in zijn offerte²⁵.

De clauseule in het Oostenrijkse bestek ging in dezelfde richting. Het was de opdrachtnemer tijdens

¹⁸ Overweging 78 Richtlijn 2014/24/EU (met betrekking tot de onderverdeling in percelen). Overweging nr. 32 Richtlijn 2004/18/EG.

¹⁹ Zie ook: Conclusie advocaat-generaal bij het arrest HvJ C-406/14, stad Wrocław, nr. 30.

²⁰ HvJ C-314/01, 18 maart 2004, ARGE Telekom.

²¹ HvJ C-94/12, 10 oktober 2013, Swm Costruzioni 2 SpA en Mannocchi Luigino DI tegen Provincia di Fermo.

²² Een specifieke beperking verhoudt zich tot de algemene beperking bedoeld hiervoor.

²³ Overeenkomstig artikel 73 KB Plaatsing 2017.

²⁴ Dat overeenkomstig met artikel 71 Richtlijn 2014/24/EU en artikel 25 van de Richtlijn 2004/18/EG.

²⁵ Artikel 12§3 KB Uitvoering.

de uitvoering (dus los van de selectie) verboden om wezenlijke onderdelen van de opdracht in onderaanneming te geven aan derden die niet werden vermeld in de offerte.

9. Arrest C-94/12, Costruzioni 2.

Het arrest C-94/12 betrof de vraag of de Italiaanse wet in overeenstemming met de richtlijn kon voorschrijven dat de mogelijkheid om beroep te doen op de draagkracht van derden beperkt was in het kader van een SOA-verklaring (regeling gelijkaardig aan de Belgische wetgeving betreffende de erkenning van aannemers). De Italiaanse wet verbood namelijk het beroep op de draagkracht (de erkenning) van meer dan één derde entiteit.

Het Hof heeft als volgt geoordeeld:

Het is uiteraard niet uitgesloten dat werkzaamheden bijzonderheden vertonen die een bepaalde draagkracht vereisen die niet kan worden verkregen door de kleinere draagkracht van meerdere ondernemingen bij elkaar te brengen. In een dergelijke situatie zou de aanbestedende dienst mogen verlangen dat één ondernemer het minimumniveau van de betrokken draagkracht heeft of, in voorkomend geval – krachtens artikel 44, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2004/18 – dat de draagkracht door een beperkt aantal ondernemers wordt geleverd, voor zover dat vereiste verband zou houden met en in verhouding zou staan tot het voorwerp van de opdracht.

Het Hof erkende de mogelijkheid om het beroep op de draagkracht in concrete situaties te beperken, maar besloot dat de algemene bepaling in de Italiaanse wet te ver ging. De beperking van de mogelijkheid om beroep te doen op de draagkracht van onderaannemers is immers de uitzondering.

10. Artikel 78 Wet overheidsopdrachten 2016.

Sinds de inwerkingtreding van de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten²⁶ heeft de voornoemde rechtspraak aan belang verloren.

De mogelijkheid om onderaanneming te beperken wordt nu expliciet voorzien in de wet. Artikel 78, lid 3²⁷ Wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt:

In het geval van overheidsopdrachten voor werken, diensten en plaatsings- of installatiewerkzaamheden in het kader van een opdracht voor leveringen kan de aanbestedende overheid eisen dat bepaalde kritieke taken rechtstreeks door de inschrijver zelf worden verricht, of wanneer de offerte door een combinatie van ondernemers als bedoeld in artikel 8, § 2, is ingediend, door een deelnemer aan die combinatie.

De aanbestedende overheid kan dus al in de gunningsfase beperkingen opleggen aan de mogelijkheid om bepaalde onderdelen van de opdracht in onderaanneming te geven.

Het gaan om welomschreven taken die worden gezien als kritiek voor de uitvoering van de opdracht.²⁸

Concreet betekent dit dat de aanbestedende overheid in het bestek kan bepalen welke onderdelen van de opdracht ('kritieke taken') niet in onderaanneming kunnen worden gegeven.

Voorbeeld: het bestek kan bepalen dat de aannemer ruwbouwwerken de complexe fundering zelf moet uitvoeren. Andere delen van het werk kunnen wel in onderaanneming worden gegeven.

²⁶ De nieuwe wetgeving overheidsopdrachten is van toepassing op opdrachten gepubliceerd sinds 30 juni 2017.

²⁷ Artikel 63 §2 RL 2014/24/EU.

²⁸ Conclusie van de Advocaat-Generaal, HvJ C-406/14, stad Wrocław.

Deze nieuwe wettelijke bepaling, gaat verder dan de arresten ARGE Telekomen, Costruzioni 2. Het beperken van onderaanneming middels een algemeen percentage²⁹ is en blijft onmogelijk

11. Arrest C-324/14, Partner³⁰.

In het arrest C-324/14 was de vraag aan de orde in welke mate de aanbestedende overheid kan eisen dat de inschrijver die zich formeel beroept op de draagkracht van een onderaannemer, deze laatste ook daadwerkelijk inzet tijdens de uitvoering van de opdracht.

De zaak betrof een overheidsopdracht van de stad Warschau voor de reiniging van de wegen, zowel in de winter (ijs- en sneeuwvrij maken) als in de zomer. De stad had een van de kandidaten (PARTNER) niet geselecteerd gezien deze niet kon aantonen in welke mate het beroep op de draagkracht van een onderaannemer (PUM) daadwerkelijk bijdroeg aan de diens bekwaamheid. De activiteiten van de onderaannemer – met een zetel op 250 km van Warschau – zouden immers beperkt blijven tot opleiding en advisering van PARTNER (de inschrijver/ opdrachtnemer).

In haar beoordeling herinnert het Hof aan het in haar rechtspraak ontwikkelde beginsel (dat ook wordt bevestigd in de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten) “dat iedere inschrijver het recht heeft om zich, met het oog op zijn selectie, te beroepen op de draagkracht van andere entiteiten ongeacht de aard van zijn banden met die entiteiten, mits bij de aanbestedende dienst wordt aangetoond dat de (...) inschrijver werkelijk kan beschikken over de voor de uitvoering van die opdracht noodzakelijke middelen van die entiteiten”³¹.

Het Hof kwam daarop tot de conclusie dat deze regel er niet aan in de weg staan dat de mogelijkheid om beroep te doen op onderaannemers wordt beperkt. Dit echter enkel in bijzondere omstandigheden, rekening houdend met het voorwerp en de doelstellingen van de opdracht:

*Dit is met name het geval wanneer de voor de uitvoering van die opdracht noodzakelijke bekwaamheden waarover een derde entiteit beschikt, niet kunnen worden overgedragen aan (...) de inschrijver, zodat deze laatste zich slechts op die bekwaamheden kan beroepen indien die derde entiteit rechtstreeks en persoonlijk deelneemt aan de uitvoering van de opdracht*³².

Daarop voortbouwend erkent het Hof dat de aanbestedende overheid deze beperkingen van de mogelijkheid om zich te beroepen op de draagkracht, kan opnemen in het bestek³³.

12. Artikel 73§1 KB Plaatsing

Voorgaande beoordeling van het Hof, wordt 'bevestigd', maar tegelijk ook beperkt in de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten.

Artikel 73§1³⁴ KB Plaatsing bepaalt:

Wat betreft de in artikel 68, § 4, 6°, bedoelde criteria inzake de studie- en beroepskwalificaties, of inzake de relevante beroepservaring, mogen de ondernemers zich evenwel slechts beroepen op de draagkracht van andere entiteiten wanneer laatstgenoemde de werken of diensten waarvoor die draagkracht vereist is, zal uitvoeren.

Artikel 12§2, 1° KB Uitvoering vormt het spiegelbeeld van voornoemd artikel. Het bevestigt dat de opdrachtnemer die zich inzake studie- en beroepskwalificaties of inzake relevante beroepservaring

²⁹ Zoals het geval was in het hiervoor besproken arrest stad Wrocław

³⁰ HvJ C-324/14, 7 april 2016, Partner.

³¹ Overw. 33.

³² HvJ C-324/14, overw. 49.

³³ HvJ C-324/14, overw. 58.

³⁴ Artikel 63§1 RL 2014/24EU.

beroept op de draagkracht van een onderaannemer, deze ook verplicht moet inzetten tijdens de uitvoering.

Omgekeerd betekent dit dat in alle andere gevallen een inschrijver niet verplicht is om bij beroep de onderaannemer op wiens draagkracht beroep wordt gedaan, ook daadwerkelijk in te zetten tijdens de uitvoering.

Deze regel is dus duidelijk minder streng dan de oude bepaling vervat in artikel 12, lid 3 KB Uitvoering die verplicht dat de opdrachtnemer beroep doet op de onderaannemers “wanneer de opdrachtnemer voor zijn kwalitatieve selectie gebruik heeft gemaakt van de draagkracht van bepaalde onderaannemers”.

In het licht van het voornoemde arrest Partner is het onduidelijk of de aanbestedende overheid in het bestek strengere regels mag opnemen dan deze bepaald in artikel 73§1 KB Plaatsing, indien dit gerechtvaardigd wordt door de specifieke eisen van de opdracht.

13. De nieuwe wetgeving overheidsopdrachten heeft een verdere beperking van de mogelijkheid van onderaanneming ingesteld.

Samengevat verbieden de nieuwe regels vervat in artikel 12 e.v. van het KB Uitvoering het opzetten van een ‘te lange’ onderaannemingsketen.

Het is – in de hierna omschreven gevallen – toegestaan om onderaannemers in te zetten, maar onderaanneming verderop in de keten (dus vanaf niveau 2) wordt beperkt.

Daarbij noemt men de onderaannemer van de inschrijver/ opdrachtnemer het eerste niveau. De onderaannemer van de onderaannemer is het tweede niveau, enzovoort.

Deze regeling is niet voorzien in de Richtlijn 2014/24/EU maar enkel in het ‘nieuwe’³⁵ Belgische KB Uitvoering.

14. **Artikel 12/3§1 KB Uitvoering:** een onderaannemer mag zijn volledige opdracht niet verder in onderaanneming geven.

Artikel 12/3§1 KB Uitvoering verbiedt (algemeen, voor alle sectoren) aan een onderaannemer – waar ook in de keten - om de volledige opdracht die hij uitvoert op zijn beurt in onderaanneming te geven. Het is tevens verboden om enkel de coördinatie uit te voeren.

De onderaannemer die door de opdrachtnemer wordt ingeschakeld moet zich er dus van bewust zijn dat hij een deel van de opdracht zelf moet uitvoeren. De wetgever wil hiermee het opzetten van ellenlange cascades tegengaan.

Volgens de letter van de wet, volstaat het om slechts 1% van de opdracht zelf uit te voeren om in overeenstemming met deze bepaling te handelen³⁶.

Voor alle duidelijkheid merken we op dat deze regel een verbod voorziet in hoofde van de onderaannemer. De inschrijver/ opdrachtnemer kan wél zijn volledige opdracht in onderaanneming geven (behoudens de mogelijkheid om beperkingen te voorzien in het bestek³⁷).

15. **Artikel 12/3§2 KB Uitvoering:** beperking van het aantal niveaus van onderaanneming.

Artikel 12/3§2 stelt – voor opdrachten in fraudegevoelige sectoren³⁸ - een beperking in op de lengte van de onderaannemingsketen:

³⁵ Het nieuwe KB Uitvoering is het KB Uitvoering van 14 januari 2013, zoals gewijzigd door het K.B. van 22 juni 2017, B.S. 27 juni 2017.

³⁶ Raad van State, afdeling wetgeving, advies 61.030/1 van 23 maart 2017, p. 12/39, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/61030>.

³⁷ Zie hiervoor en artikel 78 Wet overheidsopdrachten 2016.

³⁸ Het begrip ‘fraudegevoelige sectoren’ wordt gedefinieerd in artikel 2,25° KB Uitvoering:

- Voor opdrachten voor werken, ingedeeld in een (hoofd) erkenningscategorie: 3 niveaus
- Voor opdrachten voor werken, ingedeeld in een onder categorie: 2 niveaus
- Voor diensten: 2 niveaus

Bepaalde situaties worden niet als onderaanneming beschouwd³⁹.

In bepaalde omstandigheden is één bijkomend niveau van onderaanneming mogelijk⁴⁰.

16. In haar advies⁴¹ over het wijzigings-K.B. van 22 juni 2017⁴² stelt de Raad van State zich de vraag of voornoemde bepalingen inzake de beperking van de onderaannemingsketen sporen met de Europese rechtspraak aangaande onderaanneming⁴³.

Een absolute en algemene beperking zoals hiervoor aangehaald, lijkt, aldus de vraag van de Raad van State, niet in lijn met de Europese rechtspraak en artikel 63 van de Richtlijn 2014/24/EU die veeleer inzet op transparantie in de onderaannemingsketen en de controle van de onderaannemers.

De hiervoor besproken arresten van het Hof van Justitie gaan echter allen over onderaanneming in het eerste niveau. Beperkingen verderop in de keten zijn nooit het voorwerp geweest van een uitspraak van het Hof.

De wetgever⁴⁴ licht bovendien in detail toe dat het doel van de maatregel alleszins legitiem is (strijd tegen sociale dumping), maar ook redelijk. Zoals hiervoor uiteengezet, zijn de beperkingen immers niet zeer verregaand (beperkte impact op de mogelijkheid van onderaanneming en dus op de mededinging) en alzo in verhouding tot het doel.

17. Tot dusver kunnen we dus concluderen dat een absoluut verbod op onderaanneming of een algemene beperking ervan, niet toelaatbaar is.

“Opdracht in een fraudegevoelige sector:

a) opdracht voor werken; of

b) opdracht voor diensten in het kader van de in artikel 35/1 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers bedoelde activiteiten die onder het toepassingsgebied vallen van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden”;

³⁹ Artikel 12/3§2, 3de lid KB Plaatsing: *“Worden niet beschouwd als onderaannemer voor de toepassing van dit artikel: 1° de partijen in een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid, met inbegrip van de tijdelijke handelsvennootschap;*

2° leveranciers van goederen, zonder bijkomende plaatsings- of installatiewerken;

3° de organismen of instellingen die controle of certificatie uitvoeren;

4° uitzendkantoren in de zin van wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers”.

⁴⁰ Artikel 12/3§2, tweede lid KB Plaatsing: *“1° wanneer zich omstandigheden voordoen die redelijkerwijze niet voorzienbaar waren bij de indiening van de offerte, die niet konden worden ontweken en waarvan de gevolgen niet konden worden verholpen door de ondernemers, niettegenstaande al het nodige daartoe werd gedaan en voor zover deze omstandigheden schriftelijk kenbaar gemaakt worden aan de aanbestedende overheid binnen de dertig dagen nadat ze zich hebben voorgedaan; of 2° mits voorafgaandelijk schriftelijk akkoord van de aanbestedende overheid”.*

⁴¹ Raad van State, afdeling wetgeving, advies 61.030/1 van 23 maart 2017, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/61030>.

⁴² K.B. van 22 juni 2017 tot wijziging van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken en tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van de wet van 16 februari 2017 tot wijziging van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, levering en diensten, B.S. 27 juni 2017.

⁴³ Zie het hiervoor besproken arrest Wroclaw.

⁴⁴ Zie antwoorden van de gemachtigde van de regering in het advies van de Raad van State, nr. 61.030/1 van 23 maart 2017, p. 11-15. Zie ook het Verslag aan de Koning bij het K.B. van 22 juni 2017, B.S. 27 juni 2017, p. 68321-68322.

Met andere woorden: de mogelijkheid voor een inschrijver om onderaannemers in te zetten is de regel. Elke beperking ervan is de uitzondering.

Uitzonderlijk, indien vereist voor de goede uitvoering van de opdracht, kan de aanbestedende overheid in het bestek opleggen dat bepaalde (specifiek omschreven) kritieke taken door de inschrijver zelf moeten worden uitgevoerd⁴⁵.

Bovendien moeten de onderaannemers op wiens draagkracht beroep wordt gedaan voor studie- en beroepskwalificaties, ook effectief worden ingezet tijdens de uitvoering⁴⁶.

Tot slot wordt de 'lengte' van de onderaannemingsketen beperkt door de nieuwe regels vervat in artikel 12/3§1 en §2 van het KB Uitvoering. Enerzijds mag een onderaannemer zijn volledige opdracht niet op zijn beurt in onderaanneming geven. Anderzijds wordt, in de fraudegevoelige sectoren, het aantal niveaus van onderaanneming beperkt tot 2 of 3.

18. De voornoemde rechtspraak en vooral de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten laat wél toe dat de aanbestedende overheid controle uitoefent op de onderaannemers die worden ingezet.

De aanbestedende overheid heeft ruime mogelijkheden om de onderaannemers te controleren op het beantwoorden aan eisen inzake technische bekwaamheid en het zich niet bevinden in een uitsluitingsgrond.

We maken een onderscheid tussen onderaanneming mét of zonder beroep op de draagkracht.

19. Controle van onderaannemers mét beroep op de draagkracht.

Indien een inschrijver beroep doet op de draagkracht van een onderaannemer, voegt hij een verbintenis bij zijn offerte die bewijst dat de onderaannemer daadwerkelijk zijn middelen te zijner beschikking stelt⁴⁷.

In dit geval gaat de aanbestedende overheid na of deze onderaannemers aan de selectiecriteria voldoen en of zij zich in een uitsluitingsgronden bevinden⁴⁸.

Voor opdrachten boven de Europese drempels, moet zowel voor de inschrijver zelf als voor de onderaannemers op wiens draagkracht beroep wordt gedaan een UEA worden ingevuld⁴⁹. De inschrijver somt de onderaannemers op wiens draagkracht hij beroep doet op onder deel II, afdeling B van het UEA.

Hetzelfde geldt voor een combinatie van ondernemers (tijdelijke handelsvereniging)⁵⁰.

De aanbestedende overheid eist dat de ondernemer een entiteit waartegen gronden tot uitsluiting bestaan als bedoeld in de artikelen 67 en 68 van de wet of die niet voldoet aan een toe te passen selectie criterium, vervangt. Het niet ingaan op een verzoek tot vervanging geeft aanleiding tot een beslissing tot niet-selectie.

De onderaannemer op wiens draagkracht de inschrijver beroep doet, wordt dus beschouwd als ware het een inschrijver. In het geval van één onderaannemer, doet de aanbestedende overheid de controle inzake uitsluitingsgronden en selectiecriteria dus 2 maal: voor de inschrijver en voor diens onderaannemer.

20. Controle van onderaannemers zonder beroep op de draagkracht.

⁴⁵ Artikel 78 Wet overheidsopdrachten 2016.

⁴⁶ Artikel 73§1 KB Plaatsing 2017 en artikel 12§2 KB Uitvoering.

⁴⁷ Zie randnr. 6 en 7, hiervoor.

⁴⁸ Artikel 73§1, lid 2 KB Plaatsing 2017.

⁴⁹ Artikel 73§2 KB Plaatsing 2017.

⁵⁰ Artikel 40 KB Plaatsing.

Waar de 'controle' door de aanbestedende overheid van de onderaannemers in het geval van beroep op de draagkracht de regels is, was het bij onderaanneming zonder beroep op de draagkracht (grotendeels) een mogelijkheid.

Onder de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten is de controle van de onderaannemers echter een verplichting geworden voor opdrachten in de fraudegevoelige sectoren.

Deze nieuwe regels kaderen - net als de hiervoor besproken beperking van de onderaannemingsketen⁵¹ - in de strijd tegen sociale dumping⁵². Niet zelden situeren de situaties van sociale dumping zich niet bij de inschrijver/ opdrachtnemer, maar verder in de onderaannemingsketen.

De strijd tegen sociale dumping is één van de speerpunten van de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten⁵³. Dat zien we zowel in het algemene beginsel vervat in artikel 7 Wet overheidsopdrachten 2016⁵⁴ als in de concrete maatregelen op het vlak van onderaanneming in het KB Uitvoering.

21. Artikel 12/4 KB Uitvoering: voldoen aan selectie-eisen inzake technische en beroepsbekwaamheid.

Overeenkomstig artikel 12/4 KB Uitvoering kan de aanbestedende overheid eisen dat onderaannemers – op welke plaats in de onderaannemingsketen zij ook optreden – voldoen aan de minimeisen inzake technische en beroepsbekwaamheid die in de opdrachtdocumenten zijn opgelegd.

Deze regel was ook reeds vervat in de 'oude' versie van het KB Uitvoering, namelijk in artikel 12, lid 2. Twee zaken zijn nieuw:

- De toevoeging dat de aanbestedende overheid de eisen kan opleggen voor onderaannemers waar ook in de onderaannemingsketen.
- De verduidelijking dat het enkel gaat om eisen op vlak van technische en beroepsbekwaamheid, dus niet op het vlak van financiële en economische draagkracht.

22. Artikel 78/1 KB Uitvoering: erkende onderaannemers.

Artikel 78/1 KB Uitvoering is een volledig nieuwe bepaling. Bij overheidsopdrachten voor werken moeten onderaannemers beschikken over een erkenning, in verhouding tot het deel van de opdracht dat zij uitvoeren.

Het 'oude' artikel 12, lid 2 van het KB Uitvoering voorzag het eisen van een erkenning in hoofde van de onderaannemers als een mogelijkheid om op te nemen in het bestek⁵⁵. Onder het nieuwe KB uitvoering wordt dit een algemene verplichting.

De vraag is of deze algemene verplichting in overeenstemming is met de Richtlijn 2014/24/EU. De algemene verplichting dat ook onderaannemers erkend moeten zijn is immers een belangrijke beperking van de mogelijkheid om onderaannemers in te zetten.

23. Artikel 13 KB Uitvoering: geen uitsluitingsgronden.

⁵¹ Zie randnr. 26-29.

⁵² Het verslag aan de Koning bij het wijzigings-K.B. van 22 juni 2017 (B.S. 27 juni 2017, p. 68311) bevat de volgende definitie van sociale dumping: "Zoals erop is gewezen in de Resolutie van het Europees Parlement van 14 september 2016 over sociale dumping in de Europese Unie, kan er ofschoon de afwezigheid van een reglementaire of universeel gebruikte definitie van het begrip sociale dumping, vanuit gegaan worden dat dit begrip betrekking heeft op een brede waaier aan opzettelijke misbruikpraktijken en de omzeiling van bestaande Europese en nationale wetgeving (met inbegrip van wetten en algemeen toepasselijke collectieve overeenkomsten), die oneerlijke concurrentie mogelijk maken door de arbeids- en werkingskosten op illegale wijze te minimaliseren, en resulteren in de schending van de rechten en de uitbuiting van werknemers".

⁵³ Zie ook: FEDERALE OVERHEID, *Gids omtrent de strijd tegen de sociale dumping in het kader van overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten*, <http://www.publicprocurement.be/nl/documents>; Omzendbrief van 10 juli 2018, *B.S.* 17 juli 2017.

⁵⁴ Omzetting van artikel 18, lid 2 van de Richtlijn 2014/24/EU.

⁵⁵ Zie: VLAAMS SEMENERKINGSFORUM OVERHEIDSOPDRACHTEN, *Modelbepalingen erkenning van onderaannemers*, https://overheid.vlaanderen.be/sites/default/files/documenten/overheidsopdrachten/Modelbepalingen_erkenning_onderaanemers.pdf.

Artikel 13 KB Uitvoering bevat een algemeen verbod op het inzetten van onderaannemers die zich in een verplichte uitsluitingsgrond bevinden in de zin van artikel 67 Wet overheidsopdrachten 2016.

24. Artikel 12/1 en 12/2 KB Uitvoering: actieve controle op het bestaan van uitsluitingsgronden.

Bovenop de algemene regel van artikel 13, voorzien artikel 12/1 en 12/2 een nieuwe actieve verplichting in hoofde van de aanbestedende overheid om de onderaannemers te controleren op het bestaan van uitsluitingsgronden, voor opdrachten in de 'fraudegevoelige sectoren'⁵⁶.

Deze bepalingen zijn een omzetting van artikel 71, lid 6, b) van de Richtlijn 2014/24/EU dat de lidstaten de mogelijkheid biedt om de controle van de onderaannemers te verplichten. De Belgische wetgever heeft van deze mogelijkheid dus gebruik gemaakt.

Verplichte informatieverstrekking inzake onderaannemers.

De opdrachtnemer dient ten laatste bij de aanvang van de opdracht – spontaan⁵⁷ - aan de aanbestedende overheid alle gegevens⁵⁸ te bezorgen van de onderaannemers die zullen worden ingezet, waar ook in de keten⁵⁹.

Deze verplichting komt bovenop de mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om te eisen dat deze gegevens van de onderaannemers al in de offerte worden verstrekt⁶⁰.

Voor opdrachten boven de Europese drempels kan de aanbestedende overheid vragen dat deze gegevens worden verstrekt door middel van het invullen van een Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) voor elke onderaannemer.

In de andere opdrachten dan deze in de fraudegevoelige sectoren, kan de aanbestedende overheid dezelfde gegevens opvragen aan de opdrachtnemer. Hier is het bekomen van de gegevens dus afhankelijk van de vraag daartoe van de aanbestedende overheid⁶¹.

Controle van de uitsluitingsgronden.

Voor opdrachten boven de Europese drempels, in de fraudegevoelige sectoren, moet de aanbestedende overheid controleren of er in hoofde van de rechtstreekse onderaannemer (dus van het eerste niveau) gronden tot uitsluiting voorhanden zijn, zowel verplichte als facultatieve⁶².

Voor opdrachten onder de Europese drempels, kan de aanbestedende overheid een dergelijke controle doorvoeren, maar dit is geen verplichting⁶³.

De aanbestedende overheid kan, ongeacht de waarde van de opdracht, eenzelfde controle doorvoeren voor onderaannemers verderop in de onderaannemingsketen⁶⁴.

In het geval van verplichte uitsluitingsgronden⁶⁵ moet de aanbestedende overheid de vervanging van de onderaannemer vragen. In het geval van facultatieve uitsluitingsgronden⁶⁶ kan zij dat doen en is de inschrijver er in dat geval toe gehouden.

⁵⁶ Definitie van 'fraudegevoelige sectoren': artikel 2,25° KB Uitvoering.

⁵⁷ De aanbestedende overheid moet hier dus niet om verzoeken.

⁵⁸ Het gaat om volgende gegevens: naam, contactgegevens, wettelijk vertegenwoordiger.

⁵⁹ Artikel 12/1 KB Uitvoering. Deze bepaling komt overeen met artikel 71, lid 5 Richtlijn 2014/24/EU.

⁶⁰ Zie randnr. 8-10 betreft artikel 74 KB Plaatsing 2017, hiervoor.

⁶¹ Artikel 12/1, lid 3 KB Uitvoering. Zie ook: Verslag aan de Koning, B.S. 27 juni 2017, p. 68318.

⁶² Artikel 12/2§1, tweede lid KB Uitvoering. Deze bepaling komt overeen met artikel 71, lid 6,b) Richtlijn 2014/24/EU.

⁶³ Artikel 12/2§1, eerste lid KB Uitvoering.

⁶⁴ Artikel 12/2§2 KB Uitvoering.

⁶⁵ Verplichte uitsluitingsgronden in de zin van artikel 67 (strafbare feiten) en 68 (fiscale en sociale schulden) van de Wet overheidsopdrachten 2016.

⁶⁶ Facultatieve uitsluitingsgronden in de zin van artikel 69 van de Wet overheidsopdrachten 2016.

De aanbestedende overheid vraagt de vervanging door middel van een proces-verbaal⁶⁷. Na de ontvangst hiervan heeft de opdrachtnemer 15 dagen om aan te tonen dat ofwel, de betreffende onderaannemer effectief werd vervangen, ofwel, corrigerende maatregelen in te roepen overeenkomstig artikel 12/2§3.

25. Concluderend, herhalen we dat onderaanneming vrij is, zoals bevestigd wordt in de geannoteerde arresten.

De nieuwe wetgeving overheidsopdrachten zet vooral in op transparantie in de onderaannemingsketen en controle van de onderaannemers.

Onderaanneming beperken kan - over het algemeen - niet of nauwelijks, maar de aanbestedende overheid heeft wél ruime mogelijkheden om de onderaannemers te controleren op het beantwoorden aan eisen inzake technische bekwaamheid en het zich niet bevinden in een uitsluitingsgrond.

⁶⁷ Artikel 12/2§1, lid 3 KB Uitvoering.