

Gevolgen van de naar aanleiding van COVID-19 genomen gezondheidsmaatregelen voor de overheidsopdrachten in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest

Aanbevelingen voor de Brusselse aanbestedende overheden

A. Algemene doelstellingen

De gezondheidscrisis als gevolg van Covid-19 heeft nu al merkbare gevolgen voor de Brusselse overheidsopdrachten, zowel in de gunningsfase (bv. moeilijkheid voor de inschrijvers om hun offerte binnen de vastgestelde termijn te bezorgen of om hun prijzen te bepalen) als in de uitvoeringsfase (onmogelijkheid om de verplichtingen uit te voeren, bevoorradingsproblemen, personeel dat in quarantaine zit of ziek is, niet nagekomen termijnen, enz.).

Vanuit die vaststelling beoogt voorliggende nota de Brusselse Hoofdstedelijke Regering in te lichten over een reeks aanbevelingen en richtlijnen die de Brusselse aanbestedende overheden zouden moeten volgen. Ieder regeringslid zal deze aanbevelingen verspreiden onder zijn of haar respectieve besturen.

Er dient evenwel op gewezen te worden dat iedere overheidsopdracht apart is en dat elke situatie grondig en uitvoerig onderzocht moet worden. Deze nota heeft dan ook niet tot doel om een volledig gedetailleerd overzicht te geven van alle situaties die zich zouden kunnen voordoen, maar wel om een aantal goede praktijken aan te bevelen waar zowel de Brusselse aanbestedende overheden als de economische operatoren baat bij hebben, zodat de beide partijen hun legitieme belangen in de huidige crisisperiode zo goed mogelijk veilig kunnen stellen.

B. Impact op de overheidsopdrachten

1. In de gunningsfase

Afhankelijk van hoe ver de gunningsprocedure gevorderd is, kunnen de volgende aanbevelingen worden geformuleerd:

- **Voor de nieuwe opdrachten wordt aanbevolen om het uitschrijven van een nieuwe gunningsprocedure niet op te schorten**. Desalniettemin is het nodig om een zekere flexibiliteit te hanteren voor de termijn waarbinnen de offertes ingediend moeten worden, teneinde meer bedrijven de mogelijkheid te bieden om deel te nemen, een gepaste mededinging tot stand te brengen en te vermijden dat er onvoldoende offertes zouden binnenkomen.

Die flexibiliteit geldt niet in de volgende gevallen:

- een specifieke behoefte die verband houdt met het oplossen van de gezondheidscrisis; voor de opdrachten waarop de inperkingsmaatregelen geen impact hebben, teneinde een mate van bedrijvigheid te behouden en een flessenhalseffect na afloop van de crisis te vermijden. Het kan nuttig zijn om vooraf contact te hebben met de vertegenwoordigers van de sector. Hoogdringendheid: voor de overheidsopdrachten die dringend uitgeschreven moeten worden om het hoofd te bieden aan de huidige

gezondheidssituatie (bv.: overheidsopdrachten voor de levering van maskers, overheidsopdrachten voor de aanneming van werken met het oog op de bouw van tijdelijke bijgebouwen voor ziekenhuizen, enz.), willen we eraan herinneren dat het mogelijk is om wegens “dringende spoed” de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking toe te passen, mits dat formeel gemotiveerd wordt en voor zover dat strikt noodzakelijk is om de noodsituatie aan te pakken (artikel 42, §1, 1°, b van de wet van 17 juni 2016). De hoogdringendheid kan overigens ook een rechtvaardigingsgrond zijn om de bekendmakingstermijnen onder de voorwaarden die bepaald zijn in de regelgeving, in te korten (zie meer bepaald art. 36, §3 of 37, §4 van de wet van 17 juni 2016).

- **Voor de reeds bekendgemaakte opdrachtaankondigingen en de reeds betekende verzoeken om een offerte in te dienen** wordt aangeraden om de termijn uit te stellen teneinde een gepaste mededinging te waarborgen en te vermijden dat er onvoldoende offertes zouden binnenkomen (door middel van een *rechtzettingsbericht* of een brief al naargelang het geval). Wanneer de opdracht voorziet in een verplicht plaatsbezoek of in een raadpleging van documenten ter plaatse en het niet mogelijk is om de social distancing-maatregelen te respecteren, kan men in het licht van de inperkingsmaatregelen zelfs niet anders dan de termijn voor het indienen van een offerte uit te stellen.
- **Zorg er in het geval van een lopende procedure waarbij offertes op papier ingediend mogen worden** voor dat de ontvangst van de offertes kan plaatsvinden op het adres en op de tijdstippen die bepaald zijn in het bestek. Breng daarover, indien nodig, door middel van een erratum tijdig wijzigingen aan in de opdrachtdocumenten.
Voor de nog niet opgestarte procedures wordt aanbevolen om uitsluitend gebruik te maken van de elektronische platformen (online zetten op e-Procurement), zelfs voor de procedures waarbij dat niet verplicht is, en daarbij de voorkeur te geven aan “open” formulieren (F50 voor de OPZVB of de opdrachten van beperkte waarde).

Voor de opdrachten waarvoor het onderzoek van de offertes bezig is, wordt aangeraden om het onderzoek en het interne administratieve traject voort te zetten, maar de betekening van de toewijzing op te schorten en de economische operatoren indien nodig te vragen om de geldigheidsduur van hun offerte te verlengen conform artikel 89 van het KB van 18 april 2017.

- **Voor de opdrachten waarvan de toewijzing reeds betekend is zonder dat formeel begonnen is met de uitvoering**, wordt aangeraden om het begin van de uitvoering uit te stellen. Er wordt aanbevolen om het moment waarop de uitvoering aangevat zal worden, vast te stellen in overleg met de opdrachtnemer.

Volgende aanbevelingen moeten in elk geval in overweging genomen worden:

- **Indien u een ontoereikend aantal offertes zou ontvangen waardoor geen gepaste mededinging mogelijk is**, kunt u de mogelijkheid overwegen om op basis van artikel 85 van de wet van 17 juni 2016 af te zien van de gunning van de opdracht, mits u dat motiveert en daarbij omzichtig te werk gaat. Wij bevelen echter aan om daarop te anticiperen door termijnen in te stellen die een gepaste mededinging mogelijk maken.

- Er wordt aangeraden om er in deze periode bijzonder op te letten **geen opdracht toe te wijzen aan een inschrijver die in staat van faillissement of in een vergelijkbare toestand verkeert** (art. 69, 2° van de wet van 17 juni 2016).
- Geef uw inschrijvers in alle contacten die u met hen heeft (aanvullende informatie, onderhandelingen, prijscontrole, enz.), over het algemeen **genoeg tijd om te antwoorden** en vergewis er u op voorhand van dat de bedrijven in kwestie in staat zijn om u te antwoorden.

2. In de uitvoeringsfase

De gezondheidscrisis zal onvermijdelijk leiden tot incidenten bij de uitvoering van de lopende opdrachten. Het komt erop aan om zoveel mogelijk te communiceren met de opdrachtnemers en er de voorkeur aan te geven om elk geschil dat zich zou voordoen, in der minne te regelen. Al naargelang van de omstandigheden moeten de overeengekomen aanpassingen geregeld worden per brief, in een proces-verbaal of door een geformaliseerde bijakte onder de voorwaarden bepaald in de artikelen 37 en volgende van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 (hierna AUR).

Er kunnen zich meerdere gevallen voordoen, al naargelang de impact die de gezondheidscrisis heeft op de uitvoering van de opdracht:

- De crisis heeft geen impact op de uitvoering van de opdracht (2.1.) ;
- Het is mogelijk om de opdracht uit te voeren, maar vertragingen nu of in de toekomst zijn onvermijdelijk. De crisis heeft dus een kleine impact, maar er moet een regeling getroffen worden in verband met **de aanpassing van de termijnen** en de **vertragingsboetes** (2.2)
- Het is tijdelijk onmogelijk geworden om de opdracht uit te voeren. De crisis heeft dus een grote impact op de opdracht en er moet overwogen worden om **de opdracht op te schorten** (2.3)
- Het is totaal onmogelijk geworden om de opdracht uit te voeren. Dan is er sprake van een bepalende impact en moet overwogen worden om de opdracht **te verbreken** (2.4.).

2.1. De gezondheidscrisis heeft geen impact op de uitvoering van de opdracht

In bepaalde gevallen zal de gezondheidscrisis geen noemenswaardige invloed hebben op de uitvoering van de opdracht.

In dat geval dient te worden toegezien op de naleving van de overeengekomen termijnen en moeten zo nodig de sancties en/of ambtshalve maatregelen toegepast worden waarin voorzien is door de regelgeving of de opdrachtdocumenten.

Om vorderingen in hoofde van de opdrachtnemers te vermijden (teruggave van boetes, herziening van de voorwaarden van de opdracht), is het belangrijk dat iedere aanbestedende overheid, ondanks de moeilijker werkomstandigheden in de huidige crisisperiode, ervoor zorgt dat haar geen enkele nalatigheid of vertraging kan worden verweten.

2.2. De gezondheidscrisis heeft een kleine impact, maar het is wel nodig om de termijnen aan te passen en een regeling te treffen in verband met de boetes en straffen

Het gaat hier om de opdrachten die verder uitgevoerd kunnen worden, maar die als rechtstreeks gevolg van de Covid-19-crisis enige vertraging zullen oplopen.

a) **De aanpassing van de termijnen**

Hetzij op initiatief van de aanbestedende overheid

Idealiter wordt er geanticipeerd en worden de termijnen formeel herschikt, na dat besproken te hebben met de opdrachtnemer zodat rekening gehouden kan worden met de concrete moeilijkheden die hij ondervindt en die niet aan hem te wijten zijn. De eventuele bijakte kan al naargelang het geval gegrond worden op de artikelen 38/2 AUR (onvoorzienbare omstandigheden in hoofde van de aanbesteder) of 38/4 AUR (de “minimis-regel”).

Hetzij op initiatief van de opdrachtnemer

Ook de opdrachtnemer kan vragen om de termijnen te herzien en een verzoek indienen op basis van artikel 38/9 AUR (onvoorzienbare omstandigheden in hoofde van de opdrachtnemer). Normaal moet zo’n verplichte herzieningsclausule opgenomen zijn in het bestek, maar zelfs indien dat niet het geval is, dienen de aanbestedende overheid en de aanbesteder zich te houden aan de formaliteiten die bepaald zijn in de artikelen 38/14 tot 38/16 AUR, meer bepaald:

- De feiten schriftelijk kenbaar maken binnen de dertig dagen ofwel nadat ze zich hebben voorgedaan ofwel na de datum waarop de opdrachtnemer of de aanbesteder ze normaal had moeten kennen.
- Bondige melding: de opdrachtnemer moet de invloed van de ingeroepen feiten of omstandigheden op het verloop en de kostprijs van de opdracht bondig aan de aanbesteder doen kennen
- Becijferde rechtvaardiging: de opdrachtnemer moet, op straffe van verval, de gecijferde rechtvaardiging van zijn verzoek op schriftelijke wijze overmaken aan de aanbesteder vóór het verstrijken van de contractuele termijnen.

In alle gevallen waarin een verlenging van de termijnen is overeengekomen en voornamelijk wanneer de termijn een gunningscriterium was, zal de aanbestedende overheid enkel uitstel toekennen in de mate die strikt verantwoord is door de Covid-19-gezondheids crisis.

b) **Vertragingsboetes en andere straffen**

Voor zover anticiperen niet mogelijk of niet geformaliseerd was, zal de opdrachtnemer bij het overschrijden van de voorziene uitvoeringstermijnen in principe blootgesteld worden aan de sancties die bepaald zijn in de regelgeving (boetes, straffen en ambtshalve maatregelen) of die vermeld zijn in de opdrachtdocumenten.

Voor zover de vertraging uitsluitend te wijten is aan de crisis, en in die mate alleen, **wordt aanbevolen om de sancties niet toe te passen en om geen boetes of straffen op te leggen**. Indien al boetes of straffen toegepast zouden zijn, kan de opdrachtnemer de teruggave daarvan verkrijgen door in principe (en indien mogelijk) de formaliteiten te vervullen die vastgelegd zijn in artikel 50 AUR (de opdrachtnemer bewijst dat de vertraging te wijten is aan een onvoorzienbare oorzaak – zie voorwaarden voor het indienen van de aanvraag tot teruggave in artikel 50§2).

Verder is het mogelijk om de facturen voor gedeeltelijke werken te betalen, zelfs als er aanvankelijk niet voorzien was in een tussentijdse factuur.

2.3. De gezondheidscrisis heeft een grote weerslag die een opschorting van de opdracht verantwoordt

Hetzij op initiatief van de aanbestedende overheid

Daarbij kunnen zich meerdere gevallen voordoen:

1) Uw bestek bevat een herzieningsclausule op grond van artikel 38/12, §2 AUR

Deze bepaling kan indien nodig geactiveerd worden door de aanbestedende overheid als aan de vastgestelde voorwaarden voldaan is (en er geen interessanter alternatief is voor de partijen);

Gevolg van de opschorting op grond van artikel 38/12 AUR: de uitvoeringstermijn wordt verlengd in verhouding tot de vertraging veroorzaakt door deze opschorting, zolang de contractuele termijn niet verstrijkt.

Hiervoor wordt aanbevolen het gesprek aan te gaan met de onderneming om samen de datum te bepalen waarop zij de uitvoering van de opdracht kan hervatten afhankelijk van het feit of zij de maatregelen kan naleven die staan vermeld in het ministerieel besluit van 23 maart 2020 houdende dringende maatregelen om de verspreiding van het coronavirus COVID-19 te beperken

De aanbestedende overheid stelt de opdrachtnemer schriftelijk van deze opschorting op de hoogte. Deze schriftelijke aanzegging vermeldt dat de uitvoeringstermijn met onmiddellijke ingang wordt opgeschort tot de onderneming de uitvoering van de opdracht kan hervatten met naleving van de regels vervat in het ministerieel besluit van 23 maart 2020. Ze vermeldt eveneens op grond van welke herzieningsclausule de opschorting voorzien is en wijst er ten slotte op dat de uitvoeringstermijn verlengd wordt in verhouding tot de vertraging die de opschorting veroorzaakt.

2) Uw bestek bevat geen herzieningsclausule die het mogelijk maakt de opdracht op te schorten

Indien deze bepaling niet bestaat (artikel 38/10 §4 AUR), kan de aanbestedende overheid toch het bevel betekenen om de uitvoering van de opdracht of bepaalde uitvoeringstermijnen op te schorten door zich naargelang de omstandigheden te beroepen op één van de hypothesen van de AUR:

- 38/ 2 een onvoorzienbare omstandigheid in hoofde van de opdrachtnemer;
- 38/ 4 een wijziging de minimi;
- 38/ 5 een niet-wezenlijke wijziging;
- overmacht.

Gevolg van de opschorting op grond van de artikelen 38/2, 38/4 en 38/5: er wordt aanbevolen te voorzien in een verlenging van de uitvoeringstermijn in verhouding tot de vertraging die de opschorting veroorzaakt + een bijkomende termijn die is overeen te komen om de opdrachtnemer in staat te stellen de hervatting van de werfuitvoering te organiseren voor zover de contractuele termijn hierdoor niet verstrijkt

Ook hier wordt aanbevolen het gesprek aan te gaan met de onderneming om samen de datum te bepalen waarop zij de uitvoering van de opdracht kan hervatten afhankelijk van het feit of zij de

maatregelen kan naleven die staan vermeld in het ministerieel besluit van 23 maart 2020 houdende dringende maatregelen om de verspreiding van het coronavirus COVID-19 te beperken

De aanbestedende overheid stelt de opdrachtnemer schriftelijk van deze opschorting op de hoogte. Deze schriftelijke aanzegging vermeldt dat de uitvoeringstermijn met onmiddellijke ingang wordt opgeschort tot de onderneming de uitvoering van de opdracht kan hervatten met naleving van de regels vervat in het ministerieel besluit van 23 maart 2020. Ze vermeldt eveneens de verantwoording van de opschorting en wijst er ten slotte op dat de uitvoeringstermijn verlengd wordt in verhouding tot de vertraging die de opschorting veroorzaakt, vermeerderd met de bijkomende termijn die met de onderneming is overeengekomen om deze in staat te stellen de hervatting van de werfuitvoering te organiseren.

Hetzij op initiatief van de opdrachtnemer

Op basis van een herzieningsclausule op grond van artikel 38/9, §1 AUR (of bij afwezigheid hiervan rechtstreeks op basis van artikel 38/9, § 4) kan de opdrachtnemer (onder meer) ook verzoeken om opschorting van de opdracht en verlenging van de uitvoeringstermijnen. Dit verzoek moet worden ingediend in de vorm voorgeschreven door artikel 38/14 tot 38/16 AUR tenzij aan deze formaliteiten niet langer kan worden voldaan als gevolg van overmacht.

***Hoe dan ook moet gezien de uitzonderlijke omstandigheden die wij beleven, steeds de voorkeur worden gegeven aan een constructieve en alomvattende dialoog tussen de partijen en een aanpassing van de opdracht in onderling overleg aan de hand van één van de hypothesen bedoeld in de art. 37 en volgende AUR (waarbij gebruik kan worden gemaakt van meerdere rechtsgronden afhankelijk van de omstandigheden: 38/2, 38/4, 38/5, 38/9). Zo kunnen de modaliteiten van de beoogde opschorting en de nauwkeurige gevolgen hiervan op de wederzijdse plichten zo goed als mogelijk worden omschreven.

Het bevoegde beslissingsorgaan dient hierover een beslissing te nemen die gemotiveerd wordt in feite en in rechte.

Hoe dan ook blijft de opdrachtnemer over de mogelijkheid beschikken om al dan niet aanspraak te maken op schadevergoeding.

2.4. De omvang van de gezondheidscrisis heeft een doorslaggevend belang, wat de verbreking van de opdracht verantwoordt

In een aantal uitzonderlijke gevallen is een eenvoudige opschorting ontoereikend en is het aangewezen om definitief een einde te stellen aan de overheidsopdracht.

Ook hier moet zoveel mogelijk voorrang worden gegeven aan een constructieve en alomvattende dialoog en moet worden getracht deze situatie op te lossen in de vorm van een aanhangsel aan de overheidsopdracht, waarin in onderling overleg de voorwaarden worden vastgesteld waaronder de overheidsopdracht wordt beëindigd, al dan niet met een vergoeding van de ene of de andere partij, al naar gelang van de omstandigheden.

Indien geen schikking wordt getroffen, kan de vaststelling van een toestand van overmacht leiden tot de verbreking van de opdracht, op voorwaarde evenwel dat aan de voorwaarden voor overmacht

strikt is voldaan. Er wordt gewezen op het feit dat overmacht niet altijd verantwoordt dat definitief een einde wordt gesteld aan de volledige opdracht. Want:

- Een voorbijgaand beletsel zou slechts leiden tot opschorting of uitstel van de uitvoering;
- Indien de externe oorzaak ervoor zorgt dat de uitvoering slechts gedeeltelijk onmogelijk is, wordt de opdrachtnemer enkel voor deze onmogelijkheid vrijgesteld en blijven de overige plichten gelden.

Hierover dient het bevoegde beslissingsorgaan een beslissing te nemen die gemotiveerd wordt in feite en in rechte.

In het geval van een verbreking zonder fout gelden de bepalingen van het burgerlijk wetboek.

C. Impact op de sociale bepalingen

Voor lopende overheidsopdrachten en opdrachten waarvan het bestek voorziet in een sociale opleidings- of integratiebepaling wordt gewezen op het volgende:

- De verschillende opleidingsoperatoren hebben de cursussen en leerprocessen opgeschort.
- De maatregelen inzake social distancing maken opleiding en begeleiding van werkzoekenden die van de opdracht zijn verwijderd onmogelijk.

Dit betekent dat de uitvoering van sociale bepalingen in bepaalde gevallen onmogelijk wordt.

Wanneer de niet-uitvoering van de sociale bepaling uitsluitend te wijten is aan de crisis, en in die mate alleen, **wordt aanbevolen om de sancties niet toe te passen en hiervoor geen boetes op te leggen.**

Ook hier dient voorrang te worden gegeven aan een constructieve en alomvattende dialoog tussen de partijen.

D. Betaling van overheidsopdrachten

Er dient bijzondere aandacht uit te gaan naar de naleving van de betalingstermijnen van facturen om eventuele thesaurieproblemen niet verder te bezwaren en erop toe te zien dat de aanbestedende overheden hun eigen plichten nauwgezet nakomen.

Er wordt gewezen op de mogelijkheid om de facturen voor gedeeltelijke werken te betalen, ook als er aanvankelijk niet voorzien was in een tussentijdse factuur.

Ten slotte wordt ook aangeraden om de nodige schikkingen te treffen om ervoor te zorgen dat onbetwiste vorderingsstaten zo spoedig mogelijk betaald worden om zoveel als mogelijk de kassituatie van de ondernemingen te ontlasten.

Als dit nazicht niet mogelijk is ingevolge de huidige toestand verzoeken wij u op zijn minst de onbetwistbaar verschuldigde bedragen zo spoedig mogelijk te vereffenen.

E. Conclusie en algemene aanbeveling

Aan alle aanbestedende overheden wordt geadviseerd begrip te tonen voor de moeilijke situaties waarmee bepaalde ondernemers als gevolg van de gezondheidscrisis Covid-19 te maken kunnen krijgen en zich flexibel op te stellen voor zover dit de wezenlijke belangen van de aanbestedende overheid niet in het gedrang brengt.

Met inachtneming van de algemene beginselen die gelden voor overheidsopdrachten en van de regelgeving in haar geheel, moet rekening gehouden worden met de specifieke situatie van elke ondernemer om diens situatie niet verder te belasten of hem geen nadeel te berokkenen.

Er wordt aangeraden deze aanbevelingen met gezond verstand en te goeder trouw toe te passen.