

VLAAMSE OVERHEID

Bestuurszaken

[2008/202871]

18 JULI 2008. — Omzendbrief BB 2008/09
Agentschap voor Binnenlands Bestuur
Afdeling Lokale en Provinciale Besturen. — Regelgeving en Werking

Aan de provinciegouverneurs

Ter kennisgeving van :

- de deputaties van de provincieraden,
- de colleges van burgemeester en schepenen,
- de voorzitters van de raden voor Maatschappelijk Welzijn,
- de voorzitters van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden,
- de politiecolleges,
- de voorzitters van de erkende lokale geloofsgemeenschappen.

Betreft : financiering met projectbeheer - promotieopdracht van werken.

Via verschillende omzendbrieven hebben de Diensten van de Eerste Minister in het verleden aanvullende richtlijnen verstrekt over de toepassing van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten, die op 1 mei 1997 in werking is getreden. De federale overheid is bevoegd inzake deze wetgeving.

In aansluiting op de omzendbrieven van de federale overheid heeft de Vlaamse Regering, onder meer op 23 juni 1998, de aandacht van de lokale besturen en de provincies gevestigd op sommige financiële diensten (omzendbrief BA-98/04 - *Belgisch Staatsblad* 23 juni 1998).

Een van de aandachtspunten in deze omzendbrief betrof de onroerende leasingovereenkomsten. Daarover werd het volgende gesteld :

"III. Onroerende leasingovereenkomsten.

Gelet op de evolutie met betrekking tot deze problematiek en in afwachting van een eventueel definitief standpunt van de Eerste Minister inzake de kwalificatie van onroerende leasingovereenkomsten, zal vanuit het administratief toezicht niet opgetreden worden als de lokale besturen dergelijke overeenkomsten sluiten, op voorwaarde dat daarbij van bij het begin een beroep gedaan wordt op de mededinging in de geest van de wetgeving op de overheidsopdrachten."

Advies van 9 juni 2008 van de federale commissie voor overheidsopdrachten.

Ik wens de bijzondere aandacht van de lokale besturen en de provincies te vestigen op een advies dat de federale commissie voor overheidsopdrachten op 9 juni 2008 heeft gegeven omtrent de problematiek van de financiering met projectbeheer.

Dit advies, dat bekendgemaakt werd in het *Belgisch Staatsblad* van 20 juni 2008, is richtinggevend bij de uitoefening van het bestuurlijk toezicht op de overheidsopdrachten van de lokale besturen en de provincies. Het luidt als volgt :

« De Commissie voor de overheidsopdrachten heeft vastgesteld dat zich op het vlak van de studie, de financiering en de uitvoering van bouwwerken een aantal praktijken blijken te ontwikkelen waarvan sommige niet stroken met de wetgeving overheidsopdrachten. Bijgevolg leek het haar noodzakelijk om een overzicht te geven van de verschillende situaties die zich kunnen voordoen en hierbij na te gaan of ze al dan niet in overeenstemming zijn met die wetgeving.

1. de operatie bestaande in de studie en/of de financiering en/of de opvolging van werken : in dat geval gaat het om een overheidsopdracht voor diensten van de categorieën A12 en A6 van bijlage 2 van de wet van 24 december 1993, die in mededinging moet worden gesteld conform de bepalingen van die wet.

In sommige gevallen bepaalt het bestek van de voormelde overheidsopdracht voor diensten ook dat de begunstigde van de opdracht een gedelegeerde opdracht zal vervullen voor de uitvoering van de werken en zal toezien op de naleving van de wetgeving overheidsopdrachten bij de aanvang van de procedure voor de uitvoering van de werken. Deze praktijk blijkt er vaak op neer te komen dat men de begunstigde niet alleen belast met een adviesverlening en ondersteuning, maar eveneens met de organisatie en de gunning van de opdracht voor werken, en bijgevolg met het nemen van alle beslissingen in dat verband, inzonderheid met de gunningsbeslissing. Het betreft hier een overdracht en zelfs een afstand van bevoegdheid, aangezien de aanbestedende overheid hierop geen controle meer kan uitoefenen in de zin dat ze de bedoelde beslissingen niet meer ongedaan kan maken of herroepen. Een dergelijke overdracht van bevoegdheid is slechts toegestaan voor zover ze uitdrukkelijk bij wet, decreet of ordonnantie is bepaald, in overeenstemming met de bepalingen van het verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap;

2. de operatie bestaande in de financiering, de uitvoering van de werken en eventueel de studie en opvolging van een project, met inbegrip van de verbintenis om het project uit te voeren conform de plannen en het bestek opgesteld door de aanbestedende overheid, zelfs indien deze laatste zich heeft beperkt tot het definiëren van de behoeften : in dat geval gaat het om een overheidsopdracht voor werken zowel in de zin van het Gemeenschapsrecht als naar Belgisch recht. De operatie heeft immers tot doel het laten uitvoeren, met welke middelen ook, van een bouwwerk dat aan de door de aanbestedende overheid vastgestelde eisen voldoet (zie in dit verband de artikelen 1, 2, b, van Richtlijn 2004/18/EG en 5 van de wet van 24 december 1993, alsook met name de arresten van het Hof van Justitie C-220/05 van 18 januari 2007, punten 37 e.v. en C-412/04 van 21 februari 2008, punten 37 e.v. en de overwegingen 16 van Richtlijn 92/50/EEG en 10 van Richtlijn 2004/18/EG). Artikel 9 van de wet van 24 december 1993 bepaalt dat deze opdracht meer bepaald de vorm aanneemt van een promotieopdracht van werken. Deze opdracht heeft immers zowel betrekking op de financiering en de uitvoering van de werken of van het bouwwerk, alsook, eventueel, op de studie ervan of op elke dienstverlening in dit verband.

Sommige operaties worden echter ten onrechte beschouwd als overheidsopdrachten voor diensten inzake projectbeheer, terwijl het in werkelijkheid om promotieopdrachten van werken gaat. Deze operaties zijn immers niet beperkt tot de financiering en de studie van een project. Ze impliceren eveneens zowel de verbintenis van de inschrijver om het project uit te voeren of te laten uitvoeren conform de plannen en het bestek van de aanbestedende overheid - zelfs indien deze laatste zich heeft beperkt tot het definiëren van de behoeften, waarbij de studie wordt uitgevoerd door de promotor zelf of door één van zijn partners - als het recht van de inschrijver om zelf de aannemer aan te wijzen die zal worden belast met de uitvoering van de werken.

De onjuiste kwalificatie van een opdracht voor diensten bij dergelijke operaties kan tot gevolg hebben dat de verplichtingen die zijn verbonden aan de promotieopdracht van werken, niet worden opgenomen. In dat verband is het nuttig eraan te herinneren dat de promotor, ongeacht of hij aannemer is, gehouden is tot de tienjarige aansprakelijkheid van de aannemers zoals bepaald in het Burgerlijk Wetboek en dat hij moet voldoen aan de erkenningsvoorwaarden of, indien hij geen aannemer is, dat hij voor de uitvoering van de opdracht enkel een beroep mag doen op aannemers die deze voorwaarden vervullen. Het koninklijk besluit van 26 september 1996 legt bovendien een aantal verplichtingen op aan de promotor, met name die om zelf de bepalingen van de algemene aannemingsvoorwaarden na te leven en te doen naleven in de overeenkomsten die hij sluit voor de uitvoering van de promotieopdracht;

3. de operatie bestaande in de oprichting van een gemengde vennootschap met als doel specifieke werken uit te voeren of een bouwwerk op te richten : het gaat om een overheidsopdracht voor werken (zie in dit verband het arrest van de Raad van State nr. 145.163 van 30 mei 2005). Indien deze operatie ook de financiering en eventueel de studie van werken omvat, vormt de opdracht bovendien een promotieopdracht van werken. »

Toelichting bij het advies en uitoefening van het bestuurlijk toezicht.

Punt 1 en 2 van dit advies van de federale commissie voor overheidsopdrachten behandelen enerzijds de opdracht van diensten, en anderzijds de promotieovereenkomst voor aanneming van werken. Telkens wordt aangegeven waar de wettelijke grenzen liggen waarbinnen de besproken constructies kunnen worden toegepast.

Zo bepaalt alinea 1 van punt 1 van het advies dat een operatie, die bestaat uit de studie en/of de financiering en/of de opvolging van werken, een opdracht van diensten is die in mededinging moet worden gesteld met toepassing van de wet van 24 december 1993. De uitvoering van de werken op zich is hierin duidelijk niet begrepen.

Alinea 2 van punt 1 van het advies behandelt het geval van een delegatie waarbij de begunstigde van de opdracht niet alleen zal zorgen voor de uitvoering van de werken, maar ook zal toezien op de naleving van de wetgeving op de overheidsopdrachten. Dat is een praktijk die in de realiteit vaak zelfs leidt tot een afstand van bevoegdheid bij het nemen van de bepalende beslissingen betreffende de opdracht, derwijze dat de aanbestedende overheid zelf geen afdoende controle meer kan uitoefenen. Een dergelijke overdracht van bevoegdheid is principieel niet verenigbaar met de wetgeving op de overheidsopdrachten. Zij kan slechts toegestaan worden voor zover ze uitdrukkelijk bij wet of decreet is bepaald, in overeenstemming met de Europese regelgeving.

Punt 2 van het advies van de commissie behandelt daarentegen juist wel het geval waarbij de uitvoering van de werken begrepen is in de opdracht. Dit onderdeel van het advies onderscheidt zich daardoor duidelijk van punt 1 van het advies. Een dergelijke constructie moet in zijn geheel beschouwd worden als een opdracht van werken. Dat impliceert bijgevolg dat naast de bepalingen van het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken, ook de bepalingen van hoofdstuk 3 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, wat promotieovereenkomsten voor aanneming van werken betreft, van toepassing zijn en nageleefd moeten worden.

Het in het onder punt 3 van het advies van de federale commissie overheidsopdrachten besproken geval behelst de oprichting van een gemengde vennootschap met het oog op de uitvoering van werken. Het is dermate specifiek dat het buiten het bestek valt van deze omzendbrief.

Toezicht op reeds genomen beslissingen.

In het licht van het advies van 9 juni 2008 van de federale commissie voor overheidsopdrachten wijs ik de besturen nog op de houding die de toezichthoudende overheid zal aannemen ten aanzien van beslissingen die reeds werden genomen inzake promotieopdrachten van werken. Hierbij zijn twee hypothesen te onderscheiden :

— Als een bestuur, op basis van een bestek (dienstenovereenkomst), reeds overgegaan is tot de toewijzing en betekening van de opdracht moet vastgesteld worden dat een uitvoerbare overeenkomst tot stand is gekomen. Een eventuele vernietiging van de administratieve beslissing zou geen afbreuk doen aan deze burgerrechtelijke overeenkomst en de uitvoering ervan.

— Als daarentegen het bevoegde orgaan nog geen toewijzingsbeslissing heeft genomen of ingeval de genomen toewijzingsbeslissing nog niet werd betekend, is er nog geen tegenstelbare overeenkomst tot stand gekomen. Ik verzoek het bevoegde orgaan om in dat geval na te gaan of het bestek elementen bevat die strijdig zijn met de wetgeving overheidsopdrachten, zoals toegelicht in het advies van de federale commissie voor overheidsopdrachten. In voorkomend geval verzoek ik het bevoegde orgaan de gunningprocedure stop te zetten en het dossier terug te zenden naar het orgaan dat het bestek heeft goedgekeurd, zodat het in de mogelijkheid wordt gesteld om de noodzakelijke wijzigingen aan het bestek aan te brengen.

Het spreekt voor zich dat deze onderrichtingen ook gelden voor de O.C.M.W.-verenigingen en de extern zelfstandige agentschappen.

Mijn agentschap voor Binnenlands Bestuur, zowel de centrale diensten in Brussel als de provinciale afdelingen die de provinciegouverneurs ondersteunen, zijn vanzelfsprekend bereid om de lokale besturen en de provincies verdere toelichting en advies te verlenen.

Ik verzoek u, geachte provinciegouverneur, om in het volgende nummer van het Bestuursmemoriaal, de datum van bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad* van deze omzendbrief te vermelden.

Ik verzoek u, geachte provinciegouverneur, deze omzendbrief tevens te sturen naar de lokale besturen van de erkende eredielen.

Volledigheidshalve bezorg ik deze omzendbrief ook rechtstreeks aan alle gemeenten, O.C.M.W.'s, provincies, intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en meergemeentepolitiezones.

Deze omzendbrief kan geraadpleegd worden via het internet op het volgende adres : www.binnenland.vlaanderen.be/regelgeving/omzend.htm

M. KEULEN,

Vlaams minister van Binnenlands Bestuur, Stedenbeleid, Wonen en Inburgering