

Modelbepalingen erkenning van onderaannemers



Dit document werd goedgekeurd op het Vlaams Samenwerkingsforum
Overheidsopdrachten van 17 maart 2016.

Inhoud

1	Beroep op onderaanneming bij overheidsopdrachten: toepassing erkenning van aannemers op onderaannemers.....	2
1.1	Inleiding.....	2
1.2	Onderaanneming is principieel toegelaten.....	3
1.3	Beroep op onderaannemers: mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om eisen te stellen m.b.t. financiële en economische draagkracht en technische en beroepsbekwaamheid / erkenning aannemers in hoofde van de onderaannemers.....	4
2	Modelbepaling in zoverre overeenkomstig artikel 12 van het KB Plaatsing de inschrijver wordt verzocht om in zijn offerte te vermelden welk gedeelte van de opdracht hij voornemens is aan derden in onderaanneming te geven en welke onderaannemers hij voorstelt.....	5
3	Modelbepaling voor het geval dat geen toepassing wordt gemaakt van artikel 12 KB Plaatsing en de onderaannemers dus nog niet geïdentificeerd zijn in de offerte	6

1 Beroep op onderaanneming bij overheidsopdrachten: toepassing erkenning van aannemers op onderaannemers

1.1 Inleiding

In het kader van overheidsopdrachten wordt door de opdrachtnemers (hoofdaannemers) vaak een beroep gedaan op onderaanneming.

Er bestaat geen wettelijke definitie van onderaanneming, maar de rechtsleer definieert onderaanneming als “een overeenkomst waarbij de hoofdaannemer het werk dat hem in de hoofdaannemingsovereenkomst werd toevertrouwd, geheel of gedeeltelijk laat uitvoeren door een andere aannemer, de onderaannemer, die aanvaardt om dit buiten enige band van ondergeschiktheid te doen, tegen betaling van een prijs door de hoofdaannemer”.

Het onderaannemingscontract blijft, hoewel het er economisch gezien fundamenteel mee verbonden is, juridisch een zelfstandige overeenkomst onderscheiden van de hoofdaanneming.

Van oudsher geldt bij overheidsopdrachten als uitgangspunt dat het de opdrachtnemer in principe vrij staat om een beroep te doen op onderaannemers om het geheel of een deel van de opdracht uit te voeren, daar er vrijheid van onderneming is.

Anderzijds heeft de wetgever in het kader van de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten m.b.t. onderaanneming bepaalde garanties voor de aanbestedende overheid willen inbouwen :

- De mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om in zekere mate toezicht uit te oefenen op de keuze van de onderaannemer:
 - door de inschrijvers te verplichten om in hun offerte te vermelden welk gedeelte van de opdracht zij voornemens zijn aan derden in onderaanneming te geven en de identiteit van die onderaannemers op te geven (artikel 12 KB Plaatsing d.d. 15 juli 2011);
 - door in voorkomend geval in de opdrachtdocumenten op te nemen dat de onderaannemer moet voldoen aan de bepalingen van de wetgeving houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken (artikel 12 KB Uitvoering d.d. 14 januari 2013).
- De mogelijkheid voor de hoofdaannemer om zich in zijn offerte te beroepen op de draagkracht van zijn onderaannemers (artikel 74 KB Plaatsing)
- Het verbod (cf. artikel 13 KB Uitvoering) in hoofde van de opdrachtnemer om het geheel of een gedeelte van de opdracht toe te kennen aan:
 - een aannemer, leverancier of dienstverlener die zich in één van de uitsluitingsgevallen van artikel 61 van het KB Plaatsing bevindt;
 - een aannemer die uitgesloten is bij toepassing van de bepalingen van de wetgeving houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken;
 - een aannemer, leverancier of dienstverlener die werd uitgesloten met toepassing van artikel 48 en 145, §2 , laatste lid van het KB Uitvoering.

1.2 Onderaanneming is principieel toegelaten

In principe kan een hoofdaannemer voor de uitvoering van de hem gegunde opdracht steeds een beroep doen op een derde naar zijn keuze.

De keuze door de hoofdaannemer van zijn onderaannemer is niet onderworpen aan enige formaliteit en de keuze door de hoofdaannemer hoeft ook niet noodzakelijk te gebeuren met de nodige mededinging.

De uitvoeringsregels voor overheidsopdrachten schrijven van oudsher voor dat de opdrachtnemer (hoofdaannemer) aansprakelijk blijft ten opzichte van de aanbestedende overheid wanneer hij de uitvoering van zijn verbintenissen geheel of gedeeltelijk aan derden toevertrouwt. De overheid is immers in geen enkel opzicht contractueel verbonden met de onderaannemers.

Volgens de rechtsleer is het de aanbestedende overheid verboden om het beroep op onderaannemers volledig uit te sluiten in de opdrachtdocumenten. Dergelijk verbod zou immers op gespannen voet staan met de bestaande wettelijke mogelijkheid voor de aannemer om voor het aantonen van zijn financiële en economische draagkracht alsook van zijn technische bekwaamheid (i.k.v. kwalitatieve selectie) zich te beroepen op de draagkracht van andere entiteiten ongeacht de juridische aard van de band tussen de kandidaat of inschrijver en die entiteiten, zoals ingeschreven in artikel 74 KB Plaatsing. Aangezien deze andere entiteiten evenzeer onderaannemers kunnen zijn, zou elk verbod op onderaanneming hiermee strijdig zijn.

Wel kan de overheid eisen dat een minimaal gedeelte van de prestaties door de inschrijver zelf wordt verricht. Dit is niet veralgemeend mogelijk maar moet gemotiveerd worden omwille van de bijzondere aard van de opdracht. Bij bepaalde opdrachten kan het immers inderdaad aangewezen of zelfs noodzakelijk zijn dat de aanbestedende overheid zekerheid heeft dat een bepaald deel van de opdracht effectief door de inschrijver zelf wordt uitgevoerd (bv. bij restauratiedossiers).

De problematiek van de onderaanneming is sinds de wetgeving van 2013 voor een groot deel overgeheveld naar het KB Plaatsing omdat dit uiteraard ook een invloed kan hebben bij de opmaak van de opdrachtdocumenten, de offertes en de gunning.

Artikel 12 KB Plaatsing vermeldt dat de aanbestedende overheid de inschrijver kan verzoeken om reeds in zijn offerte te vermelden welk gedeelte van de opdracht hij voornemens is in onderaanneming te geven en welke onderaannemers hij voorstelt. Er wordt wel nogmaals benadrukt dat dit de aansprakelijkheid van de hoofdaannemer onverlet laat.

Aldus wordt de aanbestedende overheid reeds de mogelijkheid gegeven om een zeker zicht te krijgen op de door de hoofdaannemer in te schakelen onderaannemers.

Het is tevens mogelijk dat een hoofdaannemer in het licht van het beroep op draagkracht van derden overeenkomstig artikel 74 van het KB Plaatsing een beroep doet op een onderaannemer.

Artikel 12 KB Plaatsing stelt daarbij dat wanneer de kandidaat of inschrijver een beroep doet op de draagkracht van een andere entiteit (zoals een onderaannemer) zoals bedoeld in artikel 74 en die draagkracht bepalend is voor zijn selectie, hij steeds moet aangeven voor welk gedeelte hij

beroep doet op die draagkracht en welke entiteiten hij daartoe voorstelt. Hij doet dit ofwel in zijn offerte (bij een éénstapsprocedure) of zowel in zijn kandidaatstelling als in zijn offerte (bij een tweestapsprocedure).

Dit heeft op zijn beurt de nodige weerslag tijdens de uitvoeringsfase: wanneer de opdrachtnemer immers voor zijn kwalitatieve selectie gebruik heeft gemaakt van de draagkracht van bepaalde onderaannemers (dit overeenkomstig hogervermeld artikel 74 KB Plaatsing) zal hij verplicht een beroep moeten doen op desbetreffende onderaannemers bij de uitvoering.

1.3 Beroep op onderaannemers: mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om eisen te stellen m.b.t. financiële en economische draagkracht en technische en beroepsbekwaamheid / erkenning aannemers in hoofde van de onderaannemers

Het KB Uitvoering voorziet thans in een aantal bijkomende waarborgen voor de aanbestedende overheid als tegengewicht voor het principe dat onderaanneming in het kader van overheidsopdrachten principieel altijd toegelaten is. Overeenkomstig artikel 12, § 2 KB Uitvoering kan de aanbestedende overheid eisen dat de onderaannemers van de opdrachtnemer in verhouding tot het deel van de opdracht dat zij zullen uitvoeren:

1° voldoen aan de minimumeisen inzake financiële en economische draagkracht en technische en beroepsbekwaamheid die door de opdrachtdocumenten zijn opgelegd;

2° in voorkomend geval voldoen aan de bepalingen van de wetgeving houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken.

In elk geval blijft enkel de hoofdaannemer aansprakelijk t.o.v. de aanbestedende overheid.

Op deze manier kan een zekere controle gegarandeerd worden op de “kwaliteit” (lees “geschiktheid”) van de onderaannemers die bij de uitvoering worden ingeschakeld.

Om gebruik te maken van de mogelijkheid uit dit punt 2° is het aangewezen om daartoe een passende modelbepaling op te nemen in de opdrachtdocumenten. Hieronder worden twee verschillende modelbepalingen aangereikt, nl. één voor het geval overeenkomstig artikel 12 KB Plaatsing aan de inschrijver wordt verzocht om in zijn offerte te vermelden welk gedeelte van de opdracht hij voornemens is aan derden in onderaanneming te geven en welke onderaannemers hij voorstelt, en één voor het geval geen toepassing wordt gemaakt van artikel 12 KB Plaatsing en de onderaannemers dus nog niet geïdentificeerd zijn in de offerte.

2 Modelbepaling in zoverre overeenkomstig artikel 12 van het KB Plaatsing de inschrijver wordt verzocht om in zijn offerte te vermelden welk gedeelte van de opdracht hij voornemens is aan derden in onderaanneming te geven en welke onderaannemers hij voorstelt

De inschrijver vermeldt welk gedeelte van de opdracht hij voornemens is in onderaanneming te geven en de identiteit van de onderaannemers die hij voorstelt.

De opdrachtnemer blijft aansprakelijk ten opzichte van de aanbestedende overheid wanneer hij de uitvoering van zijn verbintenissen geheel of gedeeltelijk aan onderaannemers toevertrouwt.

De aanbestedende overheid acht zich door geen enkele contractuele band verbonden met die onderaannemers.

De opdrachtnemer is verplicht deze voorgedragen onderaannemers in te zetten bij de uitvoering van de opdracht. Het gebruik van andere onderaannemers is onderworpen aan de toestemming van de aanbestedende overheid.

De opdrachtnemer dient aan de leidende ambtenaar het bewijs voor te leggen dat, op het ogenblik dat hij de uitvoering van een deel van de opdracht aan een onderaannemer toevertrouwt, deze voldoet, in verhouding tot het deel van de opdracht dat hij zal uitvoeren, aan de wetgeving houdende regeling van de erkenning van de aannemers van werken (verplichte erkenning van zodra het bedrag der werken 75.000 euro of meer bedraagt voor wat de in categorieën ingedeelde werken betreft en 50.000 euro of meer voor wat de in ondercategorieën ingedeelde werken betreft).

Dit bewijs kan blijken uit het voorleggen van :

- De passende erkenning;
- Voor buitenlandse inschrijvers: de inschrijving op de officiële lijst van de erkende aannemers in een andere Lidstaat van de Europese Gemeenschappen voor zover die erkenning gelijkwaardig is overeenkomstig de voorwaarden gesteld in artikel 4, § 1. van de Erkenningwet van 20 maart 1991;
- De bewijzen dat ze voldoen aan de voorwaarden gesteld door of krachtens de Wet van 20 maart 1991.

In de twee laatste gevallen maakt de aanbestedende overheid de desbetreffende bewijzen voor advies over aan de erkenningscommissie waarna de bevoegde minister bij positief advies van de commissie een getuigschrift van erkenning aflevert.

De onderaannemer mag het hem toevertrouwde deel van de opdracht slechts aanvangen indien hij in het bezit is van de vereiste erkenning.

3 Modelbepaling voor het geval dat geen toepassing wordt gemaakt van artikel 12 KB Plaatsing en de onderaannemers dus nog niet geïdentificeerd zijn in de offerte

De opdrachtnemer deelt aan de leidend ambtenaar schriftelijk de naam van zijn eventuele onderaannemers mee. Hij doet dat ten minste 15 kalenderdagen vóór de aanvang van de overeenstemmende werken, behalve in geval van hoogdringendheid waarbij deze termijn van 15 kalenderdagen kan worden ingekort.

De opdrachtnemer blijft aansprakelijk ten opzichte van de aanbestedende overheid wanneer hij de uitvoering van zijn verbintenissen geheel of gedeeltelijk aan onderaannemers toevertrouwt.

De aanbestedende overheid acht zich door geen enkele contractuele band verbonden met die onderaannemers.

De opdrachtnemer dient aan de leidende ambtenaar het bewijs voor te leggen dat, op het ogenblik dat hij de uitvoering van een deel van de opdracht aan een onderaannemer toevertrouwt, deze voldoet, in verhouding tot het deel van de opdracht dat hij zal uitvoeren, aan de wetgeving houdende regeling van de erkenning van de aannemers van werken (verplichte erkenning van zodra het bedrag der werken 75.000 euro of meer bedraagt voor wat de in categorieën ingedeelde werken betreft en 50.000 euro of meer voor wat de in ondercategorieën ingedeelde werken betreft).

Dit bewijs kan blijken uit het voorleggen van :

- De passende erkenning;
- Voor buitenlandse inschrijvers: de inschrijving op de officiële lijst van de erkende aannemers in een andere Lidstaat van de Europese Gemeenschappen voor zover die erkenning gelijkwaardig is overeenkomstig de voorwaarden gesteld in artikel 4, § 1. van de Erkenningswet van 20 maart 1991;
- De bewijzen dat ze voldoen aan de voorwaarden gesteld door of krachtens de Wet van 20 maart 1991.

In de twee laatste gevallen maakt de aanbestedende overheid de desbetreffende bewijzen voor advies over aan de erkenningscommissie waarna de bevoegde minister bij positief advies van de commissie een getuigschrift van erkenning aflevert.

De onderaannemer mag het hem toevertrouwde deel van de opdracht slechts aanvangen indien hij in het bezit is van de vereiste erkenning.