

Leidraad 'Wijzigingen aan de opdracht'



Deze leidraad werd goedgekeurd op het Vlaams Samenwerkingsforum
Overheidsopdrachten van 28 oktober 2015.

1 Probleemschets en situering

Tijdens de uitvoering van de opdracht kan zich de noodzaak voordoen om in de contractuele voorwaarden bepaalde wijzigingen door te voeren. De aanbestedende overheid heeft geen absolute vrijheid bij het doorvoeren van dergelijke wijzigingen, maar zal daarbij bepaalde regels en voorwaarden moeten respecteren.

In eerste instantie zal de aanbestedende overheid binnen de strikte contouren van de artikelen 37 en 38 van het KB Uitvoering moeten blijven. In tweede instantie moet ook rekening worden gehouden met de Preettext-rechtspraak van het Europese Hof van Justitie.

De beperkingen van het wijzigingsrecht zijn toepasselijk ongeacht of het nu gaat om opdrachten voor werken, leveringen of diensten. Verder gaat dit werkdocument uit van de regeling uit de klassieke sectoren. Niettemin moet worden vastgesteld dat artikel 37 van het KB Uitvoering ook van toepassing is op opdrachten uit de nutssectoren¹ en zijn de aanbevelingen in dit document evenzeer nuttig voor dergelijke opdrachten.

Bij de opmaak van dit document werd ervoor gekozen om maximaal rekening te houden met de inhoud van artikel 72 van de, nog niet omgezette, richtlijn 2014/24/EU maar dit zonder de actuele Belgische wetgeving terzijde te schuiven. Dit impliceert onder meer dat het onderscheid tussen een wijziging en een aanvullende opdracht behouden blijft. Verder werd in dit document ook geen afzonderlijke regeling uitgewerkt voor enerzijds de eenzijdige en anderzijds de wederzijdse wijzigingen. Het arrest Preettext sanctioneert immers elke vorm van wezenlijke wijziging, ongeacht of de wijziging er komt op eenzijdig bevel van de overheid dan wel op vraag van de opdrachtnemer². De vaststelling dat de opdrachtnemer akkoord gaat met de doorgevoerde wijziging betekent dan ook niet dat de beperkingen die voortvloeien uit artikel 37 KB Uitvoering en de Preettext-rechtspraak terzijde kunnen worden geschoven.

Qua structuur zal dit document in een eerste onderdeel een aantal begrippen scherp proberen te stellen. Zo moeten wijzigingen aan de opdracht, in de strikte betekenis van het woord, worden onderscheiden van de aanvullende opdrachten, de speling van de vermoedelijke hoeveelheden en de incidenten tijdens de uitvoering. In een tweede onderdeel wordt de Belgische wetgeving besproken. In een volgend onderdeel wordt ingezoomd op de Preettext-rechtspraak. Een vierde onderdeel handelt over de administratieve afhandeling van een voorgenomen wijziging. In een vijfde en laatste onderdeel worden een aantal praktische aanbevelingen meegegeven om wijzigingen tijdens de uitvoering zoveel mogelijk te vermijden dan wel de nadelige gevolgen ten gevolge van een wijziging zoveel mogelijk te beperken.

¹ Met name de opdrachten die onder titel III van de wet van 15 juni 2006 vallen.

² Wijzigingen zijn wel mogelijk indien zij als duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsbepalingen in de opdrachtdocumenten zijn opgenomen, zie verder 6.1 (3)

2 Voorafgaand

Voorafgaand aan de bespreking van de voorwaarden waaronder wijzigingen mogelijk zijn, moet eerst worden verduidelijkt wat een wijziging is en hoe een wijziging kan worden afgelijnd ten opzichte van een aantal aanverwante begrippen.

2.1 Een wijziging ⇔ een aanvullende opdracht³

Een wijziging moet in eerste instantie worden onderscheiden van een zogenaamde aanvullende opdracht⁴.

In essentie spreekt men van een wijziging wanneer een bestaand element uit de opdracht tijdens de uitvoering moet worden aangepast (gewijzigd element).

Van een aanvullende opdracht zal dan weer sprake zijn wanneer ten gevolge van onvoorzienbare omstandigheden tijdens de uitvoering een bepaald element aan de opdracht moet worden toegevoegd (bijkomend element)⁵. Een aanvullende opdracht is enkel mogelijk binnen de voorwaarden van artikel 26 van de wet van 15 juni 2006 en wordt aan de bestaande opdrachtnemer gegund door middel van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.

⇒ Bijvoorbeeld:

De dakpannen van een gebouw moeten worden vervangen. Tijdens de uitvoering blijkt dat de productie van de pannen, die in het bestek waren voorzien, plots werd stopgezet. Verder blijkt tijdens de verwijdering van de bestaande pannen het dakgebinte in een veel slechtere staat te zijn dan voorzien en zijn herstellingen aan het gebinte noodzakelijk vooraleer de nieuwe pannen kunnen worden geplaatst.

- De keuze voor een ander type pannen: wijziging van de oorspronkelijke opdracht.
- De herstellingen aan het dakgebinte: aanvullende opdracht.

Indien de aanpassing van de opdracht een combinatie vormt van een wijziging en een aanvulling moeten beide delen worden uitgesplitst. Het gedeelte “wijziging” moet worden getoetst aan de regels uit artikel 37 KB Uitvoering en, indien toepasselijk, de Preetext-rechtspraak. Het gedeelte “aanvulling” moet worden getoetst aan de voorwaarden vervat in artikel 26 van de wet van 15 juni 2006.

³ De toepassingsvoorwaarden voor een aanvullende opdracht werden opgenomen in de bijlage van dit document.

⁴ Wettelijke basis voor een aanvullende opdracht ingevolge onvoorziene omstandigheden in de klassieke sector is respectievelijk artikel 26, §1, 2°, a van de wet van 15 juni 2006 voor opdrachten voor werken en diensten en artikel 26, §1, 3°, c van de wet van 15 juni 2006 voor opdrachten voor leveringen.

⁵ De Memorie van Toelichting bij artikel 26, §1, 2° van de wet van 15 juni 2006 vermeldt dat “met aanvullende werken of diensten werken of diensten worden bedoeld die een uitbreiding inhouden van aannemingen in uitvoering en betrekking hebben op werken of diensten die de perken van de oorspronkelijke opdracht te buiten gaan” (*Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 51K2237001, 46).

2.2 Een wijziging ⇔ de speling van de vermoedelijke hoeveelheden

Met een wijziging wordt in dit document de aanpassingen aan de contractvoorwaarden bedoeld, die op initiatief van één (eenzijdige wijziging d.m.v. een wijzigingsbevel) of beide contractpartijen (wederzijdse wijziging d.m.v. een bijakte) worden doorgevoerd. Een speling van de hoeveelheden staat dan weer los van de wil van de contractpartijen.

⇒ Bijvoorbeeld:

Een dossier voor de heraanleg van een park. De vermoedelijke hoeveelheid uit te graven bodem wordt op 50m³ geschat. Tijdens de uitvoering doet zich het volgende voor:

- Door de kwaliteit van de ondergrond bedraagt de uiteindelijk uit te graven hoeveelheid 55m³: speling van de hoeveelheid van 5m³.
- Er wordt beslist om een stuk terras in het park weg te halen om hier ook gazon aan te leggen waardoor er bijkomend 5m³ moet worden uitgegraven: wijziging van de hoeveelheid van 5m³.

Gegeven dat dit document enkel handelt over wijzigingen, zijn de regels uit dit document in principe niet van toepassing op de speling van vermoedelijke hoeveelheden⁶. De becijferde vaststelling van de werkelijk uitgevoerde hoeveelheden wordt vastgelegd in een verrekening. Deze speling van vermoedelijke hoeveelheden wordt in principe niet gevat door artikel 37 van het KB Uitvoering en de Pressetext-rechtspraak. Niettemin moet er ook in dit geval over worden gewaakt dat de speling van de vermoedelijke hoeveelheden niet leidt tot een onredelijke uitbreiding van de omvang van de opdracht.

Een aanzienlijk verschil tussen de aanvankelijk geraamde hoeveelheden en de werkelijk uitgevoerde hoeveelheden kan immers evenzeer de eerlijke mededinging in gevaar brengen.

- Zo kunnen fluctuaties in de hoeveelheden van bepaalde posten van de opdracht tot gevolg hebben dat de oorspronkelijke aannemingsom aanzienlijk wordt verhoogd.
- Verder mag een speling van de vermoedelijke hoeveelheden niet oneigenlijk worden gebruikt om een wijziging van de opdracht of een aanvullende opdracht te verdoezelen. Bijvoorbeeld: een opdracht voor het herstellen van 1 kilometer snelweg zou via een speling van de hoeveelheden met een extra kilometer kunnen worden uitgebreid waarbij de werkelijk uitgevoerde hoeveelheden telkens dubbel zo hoog zijn in vergelijking met de vermoedelijke hoeveelheden uit de samenvattende opmeting.

2.3 Een wijziging ⇔ de klachten en verzoeken

Op grond van de incidenten tijdens de uitvoering (ook klachten en verzoeken genoemd) kan aan de opdrachtnemer een verlenging van de uitvoeringstermijnen, een herziening of een verbreking van de overeenkomst worden toegekend in geval van een fout in hoofde van de aanbestedende overheid

⁶ Voor opdrachten voor werken werd in de wetgeving een specifieke regeling inzake de speling van de hoeveelheden voorzien, zie met name artikel 81 KB Uitvoering.

(artikel 54 KB Uitvoering) dan wel bij buitengewone of onvoorzienbare omstandigheden (artikel 56 KB Uitvoering)⁷.

De artikelen 37 en 38 KB Uitvoering enerzijds en de artikelen 54 en 56 KB Uitvoering anderzijds vertonen een aantal verschillen:

- Een wijziging op grond van artikel 37 KB Uitvoering steunt op een (geschreven) wijzigingsbevel van de aanbestedende overheid of op een bijakte, terwijl een herziening op grond van de artikelen 54 en 56 KB Uitvoering niet wordt geïnitieerd door een eenzijdig wijzigingsbevel van de aanbestedende overheid.
- Een herziening van de contractvoorwaarden op grond van artikelen 54 en 56 KB Uitvoering wordt in beginsel gevraagd vanwege de opdrachtnemer, terwijl een wijziging op grond van artikel 37 KB Uitvoering uitgaat vanwege de aanbestedende overheid zelf dan wel in onderling overleg tussen de partijen is overeengekomen.
- De compensatie waarop de opdrachtnemer aanspraak kan maken, is evenmin volledig gelijklopend:
 - Op grond van artikel 54 KB Uitvoering heeft de opdrachtnemer recht op een verlenging van de uitvoeringstermijnen, een herziening of verbreking van de opdracht en/of een schadevergoeding. Indien de opdrachtnemer opteert voor een schadevergoeding, kan hij aanspraak maken op een integrale vergoeding van de bewezen schade.
 - Op grond van artikel 56 KB Uitvoering kan de opdrachtnemer slechts aanspraak maken op een herstel van het economisch evenwicht dat geen integrale schadevergoeding inhoudt.
 - Op grond van artikel 37 KB Uitvoering zal de vergoeding waarop de opdrachtnemer aanspraak kan maken in principe worden berekend op grond van de eenheidsprijzen uit de offerte dan wel op grond van overeen te komen prijzen (OP-posten).

De vergoeding bij een bevolen wijziging gebeurt in principe in onderling akkoord tussen opdrachtnemer en aanbestedende overheid. Indien tussen beide geen akkoord kan worden bereikt, kan de aanbestedende overheid tot een ambtshalve verrekening overgaan. In dergelijk geval is het niet uitgesloten dat de opdrachtnemer op grond van artikel 54 KB Uitvoering een (bijkomende) schadevergoeding zal vragen. De opdrachtnemer behoudt zodoende al zijn rechten.

Ondanks bovenvermelde verschillen zijn wijzigingen enerzijds en incidenten tijdens de uitvoering anderzijds nauw met elkaar verbonden, vaak in een oorzakelijk verband.

⁷ Omgekeerd, bij incidenten die ten laste van de opdrachtnemer worden gelegd en die de aanbestedende overheid benadelen, kan de aanbestedende overheid een herziening, schadevergoeding of verbreking verkrijgen (art. 60 KB Uitvoering, zie ook verder 4.3)

⇒ Bijvoorbeeld:

- De opdrachtnemer meldt u, conform artikel 52 KB Uitvoering, een feit waarvan hij meent dat het de goede gang van de opdracht kan verstoren. Indien het gemelde feit een wijziging van de opdracht impliceert, kan de aanbestedende overheid op basis van dit feit, dat zij als pertinent beschouwt, vervolgens een wijzigingsbevel geven of in onderling overleg met de opdrachtnemer een bijakte opstellen. Hoewel dit feit door de opdrachtnemer werd gemeld met het oog op de indiening van de “klachten en verzoeken”, zal de afhandeling van dit feit gebeuren:
 - voor de meerprestaties door middel van een wijzigingsbevel of een bijakte; de becijferde vaststelling van deze meerprestaties wordt dan in een verrekening opgenomen.
 - voor de schadevergoeding door middel van een dading.
- Omgekeerd, kan het gebeuren dat een wijzigingsbevel of een bijakte niet alle gevolgen van de wijzigingen omvat. Bijvoorbeeld: u bereikt met de opdrachtnemer een akkoord over een alternatieve uitvoeringswijze. De becijferde vaststelling van deze wijzigingen, in concreto de prijzen voor deze alternatieve uitvoeringswijze, wordt vastgelegd in een verrekening. Nu blijkt naderhand dat deze alternatieve uitvoeringswijze heeft geleid tot een overschrijding van de uitvoeringstermijn. In dergelijk geval belet niets de opdrachtnemer om voor de termijnschade een schadeclaim in te dienen op grond van artikel 54 KB Uitvoering.

3 Voorwaarden voor een contractwijziging (cfr. art. 37 KB Uitvoering)

3.1 Eerste beperking – voorwerp van de opdracht

Conform artikel 37 KB Uitvoering zijn wijzigingen enkel mogelijk voor zover het voorwerp van de opdracht onveranderd blijft. Vraag is uiteraard welke wijzigingen het voorwerp onveranderd laten? Enkele voorbeelden ter illustratie:

- Een opdracht voor de bouw van appartementen kan niet worden gewijzigd in de bouw van individuele huizen;
- Een opdracht voor het leveren van software kan niet worden gebruikt om ook tot de aankoop van hardware over te gaan;
- Een brug waarvan de uitvoering in beton is voorzien, kan niet worden gewijzigd naar een constructie in staal;
- Een opdracht voor groenonderhoud van één jaar kan niet zomaar stilzwijgend worden verdergezet voor een bijkomend jaar⁸. In dit geval blijft het eigenlijke voorwerp strikt

⁸ Tenzij de mogelijke verlenging uitdrukkelijk in het bestek werd opgenomen (zie infra).

gezien ongewijzigd (het gaat immers nog steeds over groenonderhoud) maar is de omvang verdubbeld en blijft men aldus niet binnen de perken van de originele opdracht;

- Een raamovereenkomst voor de levering en plaatsing van bureaus en vergadertafels kan niet worden gebruikt om bureaustoelen te bestellen.

3.2 Tweede beperking – waarde van de wijziging

Conform artikel 37 KB Uitvoering dient de financiële impact van de voorgenomen wijziging beperkt te blijven tot 15% van het oorspronkelijke opdrachtbedrag.

De voorgenomen wijziging mag niet artificieel in meerdere kleinere wijzigingen worden gesplitst om onder de 15% drempel te blijven. Integendeel, bij het beoordelen van de 15% drempel dient rekening te worden gehouden met alle wijzigingen die een verhoging van de oorspronkelijke aannemingsom met zich meebrengen.

Vallen niet onder de noemer “wijzigingen” zoals bedoeld in artikel 37 KB Uitvoering:

- De prestaties die via een voorbehouden som post worden betaald (zie infra – praktische aanbevelingen);
- Het lichten van opties waarvoor een prijs in de offerte diende te worden opgegeven;
- De prijsaanpassingen ten gevolge van de contractuele voorziene of per dienstorder of per omzendbrief toegestane prijsherzieningen;
- De contractueel voorziene modaliteiten tot verlenging van de opdracht of tot aanpassing van de opdracht, bijvoorbeeld de benchmarking bij bepaalde informaticaopdrachten (zie infra – praktische aanbevelingen);
- De waarde van de eventuele aanvullende opdrachten in toepassing van artikel 26, § 1, 2° a van de Wet van 15 juni 2006. Een aanvullende opdracht kan immers niet als een wijziging worden beschouwd (zie supra, punt 2.1).
- De waarde van de eventuele herhalingsopdrachten in toepassing van artikel 26, § 1, 2° b van de Wet van 15 juni 2006. Een herhalingsopdracht is een nieuwe opdracht die door middel van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking aan de bestaande opdrachtnemer wordt gegund.
- De waarde van de fluctuaties in de hoeveelheden die het gevolg zijn van de speling van de vermoedelijke hoeveelheden (zie supra, punt 2.2).

Wanneer het gaat om een wijziging die al werd voorafgegaan door één of meerdere wijzigingen, dient bij de berekening van de bovenvermelde 15% drempel rekening te worden gehouden met de gecumuleerde waarde van de opeenvolgende wijzigingen. Hierbij moet worden opgemerkt dat enkel de nettowaarde van de doorgevoerde wijzigingen moet worden meegeteld. Indien een bepaald element van de opdracht wordt geschrapt (een minprestatie) en vervolgens wordt vervangen door een ander element (een meerprestatie), mogen beide elementen met elkaar worden gecompenseerd en zal enkel de eventuele extra kost van de meerprestatie (het saldo) in aanmerking komen voor de

berekening van de 15% drempel. Een belangrijke voorwaarde hierbij is wel dat het voorwerp van de opdracht nog steeds onveranderd moet blijven (zie supra, punt 3.1).

Bij de zogenaamde samengevoegde opdrachten (op grond van artikel 38 van de wet van 15 juni 2006) waarbij één bepaalde opdracht door verschillende partijen wordt gefinancierd, moet rekening worden gehouden met de gecumuleerde waarde van de verschillende wijzigingen en dit ongeacht de afgesproken financiële verdeling tussen de partijen.

⇒ Bijvoorbeeld:

Indien het Vlaamse Gewest als aanbestedende overheid optreedt in een opdracht waarvan een bepaald gedeelte (ten belope van 40% van de totale waarde) wordt gefinancierd door Infrabel, zal zij bij de berekening van de 15% drempel ook rekening moeten houden met de waarde van de wijzigingen die exclusief ten laste komen van het gedeelte van de opdracht dat door Infrabel wordt gefinancierd.

3.3 Derde beperking – passende compensatie

Deze voorwaarde behoeft weinig commentaar. De compensatie van de opdrachtnemer is de keerzijde van het eenzijdig wijzigingsrecht in hoofde van de aanbestedende overheid. De compensatie van de opdrachtnemer is in eerste instantie financieel van aard, maar is daar niet toe beperkt. Een wijziging zal in heel wat gevallen immers ook een impact hebben op de uitvoeringstermijn. In het wijzigingsbevel of de bijakte dient dan ook te worden vermeld of de opdrachtnemer aanspraak kan maken op een termijnverlenging. In zoverre dit al bekend is, kan daarbij ook de concrete duur van de verlenging worden vermeld.

Zoals onder punt 2.3 al werd aangegeven, zullen zowel de nieuwe of aangepaste prijzen alsook de eventuele termijnverlenging in onderling akkoord met de opdrachtnemer worden afgesproken. Indien geen akkoord kan worden bereikt, zal de aanbestedende overheid de prijzen en uitvoeringstermijnen eenzijdig vaststellen. Gegeven dat deze vaststelling gebeurt met behoud van alle rechten van de opdrachtnemer, kan de opdrachtnemer deze ambtshalve vaststelling niet aangrijpen om de verderzetting van de werken te weigeren.

4 Voorwaarden vervat in het arrest Pressetext

Bij wijzigingen aan de opdracht moet de aanbestedende overheid niet alleen rekening houden met de voorwaarden vervat in artikel 37 KB Uitvoering maar ook met de visie van het Europees Hof van Justitie. Hoewel deze rechtspraak betrekking heeft op opdrachten die aan Europese bekendmaking onderworpen zijn, verdient het aanbeveling de principes ook toe te passen voor opdrachten die louter Belgisch moeten worden bekendgemaakt.

De vraag of een wijziging al dan niet wezenlijk is in de zin van het Pressetext-arrest, hangt in belangrijke mate af van de concrete gegevens van de zaak en is daardoor zeer feitelijk van aard. Er is

met andere woorden geen duidelijke richtlijn die toelaat niet-wezenlijke wijzigingen van de wezenlijke wijzigingen te onderscheiden.

Als algemene regel kan worden gesteld dat een wijziging principieel toelaatbaar is als de voorgenomen wijziging niet van die aard is dat ze een verschil zou hebben gemaakt bij de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure of geen significant voordeel oplevert voor de gekozen inschrijver. In dergelijk geval zou het immers disproportioneel zijn om te verlangen dat hiervoor een nieuwe aanbestedingsprocedure zou worden opgestart.

In het Pressetext-arrest heeft het Hof van Justitie drie criteria (zie punten 4.1 tot 4.3 van dit werkdocument) aangereikt die de grens tussen wezenlijke en niet-wezenlijke wijzigingen nader concretiseren.

4.1 Toelating van andere inschrijvers of keuze voor een andere procedure

Er is sprake van een wezenlijke wijziging wanneer de voorgestelde wijziging van die aard is dat, indien de inhoud van de wijziging al van in het begin in het bestek aanwezig ware geweest, dit:

- zou hebben geleid tot de toelating van andere inschrijvers dan de inschrijvers die oorspronkelijk waren toegelaten;
- zou hebben geleid tot de keuze van een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen.

Het beoordelen van dit criterium wordt uiteraard bemoeilijkt door het hypothetisch karakter van de te beantwoorden vragen.

Eerste vraag is immers of de voorgenomen wijziging, indien ze reeds begrepen zou zijn geweest in het oorspronkelijke bestek, tot gevolg zou hebben gehad dat er andere geïnteresseerden waren geweest voor de beschouwde opdracht.

⇒ Bijvoorbeeld:

- Zo zal een wegenbouwer geen interesse vertonen in een opdracht voor de groenaanleg van een park, maar indien de opdracht nadien wordt gewijzigd in de groenaanleg van een park inclusief de aanleg van een nieuwe doorgangsweg, is het niet ondenkbaar dat hij voor de gewijzigde opdracht zou meedingen.

In dit geval wordt een essentieel element geschrapt en vervangen door een ander element⁹.

- Zo mag een bestekseis waarin een hoge mate van zuiverheid van het strooizout wordt opgelegd, waardoor slechts een beperkt aantal inschrijvers in aanmerking komen, tijdens de uitvoering niet zomaar worden afgezwakt. Had men initieel al een minder hoge

⁹ In dit voorbeeld lijkt ook het voorwerp van de opdracht (één van de voorwaarden uit art. 37 KB Uitvoering) te zijn veranderd.

zuiverheid geëist, is het immers niet ondenkbaar dat ook andere inschrijvers interesse hadden betoond.

In dit geval wordt een essentieel element niet geschrapt maar wel in belangrijke mate gewijzigd.

- Zo mag een communicatieopdracht die het uitwerken van een affichecampagne door een communicatiebureau als voorwerp heeft, niet worden gewijzigd in het uitwerken van radio- en TV-spots. Was het uitwerken van deze spots initieel in de opdracht begrepen, is het reëel dat andere inschrijvers hadden deelgenomen aan de opdracht.

In dit geval wordt een essentieel element geschrapt en vervangen door een ander element.

Tweede vraag is of de voorgenomen wijziging, indien ze reeds begrepen zou zijn geweest in het oorspronkelijke bestek, de initiële rangschikking al dan niet zou hebben gewijzigd. Met andere woorden, de vraag stelt zich of de winnende offerte nog steeds de goedkoopste of voordeligste zou blijven. Zo is het niet ondenkbaar dat, wanneer de posten uit de samenvattende opmeting aanzienlijk wijzigen, de totale prijs van de verschillende inschrijvers wijzigt en de initiële rangschikking van de offertes in het gedrang komt. De Europese Commissie beschouwt het feit dat met inachtneming van de wijzigingen de “winnende” offerte dezelfde blijft als een belangrijke aanwijzing dat er geen sprake is van een wezenlijke wijziging.

4.2 Een belangrijke uitbreiding van de opdracht

Het tweede beoordelingscriterium heeft betrekking op een wijziging van de opdracht in de vorm van een belangrijke uitbreiding van de opdracht met werken, leveringen of diensten die niet was opgenomen in de oorspronkelijke overeenkomst.

⇒ Bijvoorbeeld:

- Wanneer een concessie wordt gegund voor de aanleg, het onderhoud en de exploitatie van een aantal aansluitingen op een autosnelweg, ter waarde van ongeveer 151 miljoen euro, kan men deze concessie naderhand niet uitbreiden met bijkomende werken ter waarde van ongeveer 132 miljoen euro voor de aanleg van een derde en vierde rijstrook aan de bewuste autosnelweg.¹⁰
- Een opdracht voor openbaar ziekenvervoer ter waarde van 4,45 miljoen euro kan tijdens de uitvoering ervan niet worden uitgebreid met een bijkomende opdracht voor het uitbaten van een ambulancepost ter waarde van ongeveer 674.000 euro.¹¹

De bewoordingen van het Hof in het tweede criterium vertonen grote gelijkenissen met de bewoordingen van artikel 26 van de wet van 15 juni 2006 betreffende de mogelijkheid om van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking gebruik te maken om een aanvullende opdracht toe te vertrouwen aan de bestaande opdrachtnemer.

¹⁰ HvJ, zaak C-423/07, Commissie t/ Spanje.

¹¹ HvJ, zaak C-160/08, Commissie t/ Duitsland.

Een aanvullende opdracht moet echter betrekking hebben op prestaties die niet in de oorspronkelijke overeenkomst voorkwamen maar die ofwel noodzakelijk zijn voor de voltooiing van de hoofdopdracht dan wel niet zonder ernstig bezwaar scheidbaar zijn van de hoofdopdracht. Binnen deze voorwaarden kan een aanvullende opdracht worden gegund ten belope van een bedrag dat maximum vijftig percent van het bedrag van de hoofdopdracht bedraagt.

4.3 Wijziging van het economisch evenwicht

Ten derde is er volgens het Europees Hof sprake van een wezenlijke wijziging wanneer de wijziging het economisch evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer en dit op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld.

⇒ Bijvoorbeeld:

- Het toekennen van een prijssupplement tijdens de uitvoeringsfase, zonder dat daar (proportionele) tegenprestaties tegenover staan;
- Hetzelfde geldt voor een verlenging van de uitvoeringstermijn¹² of voor de verlenging van de duur van een contract zonder het voorwerp ervan te wijzigen (bijvoorbeeld verlengen van de duur van een onderhoudscontract);
- Het toestaan dat een opdrachtnemer twee rijstroken mag bezetten voor het uitvoeren van wegenwerken, terwijl in het bestek voorzien was dat het werfverkeer slechts over één rijstrook mocht verlopen, en zonder dat hierbij prijskortingen of andere compensaties worden geëist;
- Prijskortingen toegestaan door een opdrachtnemer leiden daarentegen in beginsel niet tot concurrentievervalsing en zijn dus niet te beschouwen als wezenlijke wijzigingen.

In dit verband moet worden gewezen op de mechanismen uit de actuele regelgeving die de aanbestedende overheid toelaten de verstoring van het contractuele evenwicht bij wijzigingen aan de opdracht te herstellen. Zo moet worden gewezen op artikel 60, eerste lid (tekortkomingen opdrachtnemer) en artikel 60, tweede lid (zeer belangrijk voordeel) KB Uitvoering. Het verdient aanbeveling dat de aanbestedende overheid consequent van deze mogelijkheden gebruik maakt.

⇒ Bijvoorbeeld:

Bij de bouw van een sluis blijkt de staalprijs, ten gevolge van een verslechterende conjunctuur, plots scherp te dalen. In dergelijk geval zal de daling van de staalprijs in eerste instantie worden opgevangen via de prijsherzieningsformule. Blijkt deze formule echter ontoereikend, dan kan de aanbestedende overheid op basis van artikel 60, tweede lid KB Uitvoering om een herziening van de opdracht vragen.

¹² De verlenging die hier wordt bedoeld, heeft geen betrekking op verlengingen die worden toegestaan in het kader van schorsingen (artikel 55 KB Uitvoering) of via de klachten en verzoeken (artikelen 54 en 56 KB Uitvoering).

5 Administratieve afhandeling van een voorgenomen wijziging¹³

De afhandeling van een voorgenomen wijziging zal verschillen al naargelang de wijziging rechtstreeks aan de bestaande opdrachtnemer kan worden toevertrouwd dan wel het voorwerp moet uitmaken van een nieuwe opdracht.

De administratieve afhandeling dient tevens te gebeuren met respect voor de aanverwante regelgeving. Deze aanverwante regelgeving slaat meestal op de delegatieregels welke voor de betrokken organisatie van toepassing zijn, maar ook op eventuele specifieke regels aangaande administratieve- en begrotingscontrole.

- Zo zal voor het bepalen wie over de wijziging kan oordelen binnen een nv naar publiek recht of een vzw, dienen gekeken te worden naar de statuten van de organisatie. Voor publieke overheden in de klassieke zin van het woord zal gekeken worden naar interne delegatiebesluiten.
- Naar administratieve- en begrotingscontrole toe kan het zijn dat bepaalde wijzigingen dienen voorgelegd te worden aan een juridische dienst, een financieel beheerder, of, op Vlaams vlak aan de Minister van Begroting en de Inspectie van Financiën.
- De goedkeuring van de bevoegde ordonnateur, en dus ook de adviezen van de controleinstanties dienen voorafgaand aan het doorvoeren van de wijziging, of het opstarten van de nieuwe procedure te gebeuren.

5.1 Wijziging die geen nieuwe opdracht vereist

Het gaat hier om wijzigingen die binnen de contouren van het artikel 37 KB Uitvoering blijven en na toetsing aan de criteria uit het Pressetext arrest niet als een wezenlijke wijziging moeten worden aangemerkt.

Elke wijziging aan de opdracht dient te steunen op een schriftelijk wijzigingsbevel dat aan de opdrachtnemer wordt kenbaar gemaakt dan wel op een bijakte.

5.1.1 Schriftelijk bevel

Een mondeling bevel kan enkel tot een wijziging van de opdracht aanleiding geven, indien de opdrachtnemer hiervan binnen de 48 uur per aangetekende zending melding heeft gemaakt en dat door de aanbestedende overheid niet wordt weerlegd binnen de drie werkdagen vanaf de ontvangst

¹³ Inzake de administratieve controle en begrotingscontrole wordt voor entiteiten van de Vlaamse overheid de aandacht gevraagd voor het artikel 18, §5 van het BVR van 19 januari 2001. Op grond van deze bepaling dient binnen elke beleidsdomein, tussen de betrokken vakminister en de minister bevoegd voor begroting, een protocol te worden afgesloten waarin wordt bepaald in welke gevallen een wijziging aan de opdracht aan het advies van de Inspectie van Financiën moet worden voorgelegd. Gegeven dat zowel deze leidraad als het protocol handelen over wijzigingen in de uitvoeringsfase, dienen beide teksten dan ook samen te worden gelezen. Ook voor lokale besturen kunnen specifieke regels van toepassing zijn in het kader van de administratieve afhandeling van wijzigingen.

van de aangetekende zending. Voor minder belangrijke wijzigingen kan een vermelding in het dagboek der werken volstaan.¹⁴

Bij opdrachten voor leveringen en diensten¹⁵ geldt een gelijkaardige regeling. Ook bij dit soort opdrachten moeten de wijzigingsbevelen in principe schriftelijk worden gegeven.

In tegenstelling tot een wijziging steunt een aanvullende opdracht niet op een wijzigingsbevel maar vormt dit een opdracht die door middel van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking aan de bestaande opdrachtnemer wordt gegund. Bij een aanvullende opdracht kan de aanbestedende overheid dan ook niet ambtshalve de prijzen, hoeveelheden en termijnen vaststellen (zie punt 2.1 en 5.2)

5.1.2 Bijakte

Artikel 2, 20° van het KB Uitvoering definieert een bijakte als de overeenkomst tussen de door de opdracht gebonden partijen, waarin de op de opdracht toepasselijke documenten worden aangepast tijdens de uitvoering ervan.

Heeft de wijziging dus betrekking op de contractuele voorwaarden vervat in de offerte of het bestek, dan zal **een bijakte** moeten worden opgemaakt. Indien de wijziging betrekking heeft op de essentiële voorwaarden van de opdracht, dient de bijakte de motieven te bevatten waarop de wijziging berust¹⁶.

5.1.3 Verrekening

Artikel 2, 18° van het KB Uitvoering definieert een verrekening als een document opgesteld door de aanbestedende overheid tot aanpassing van de samenvattende opmeting of de inventaris met de becijferde vaststelling :

- van de werkelijke hoeveelheden in geval van een opdracht of een post tegen prijslijst
- van de nieuwe of gewijzigde hoeveelheden en de overeengekomen of herziene prijzen die voortvloeien uit eender welke toevoegingen, weglatingen of wijzigingen met betrekking tot de opdracht

De eerste situatie heeft betrekking op de speling van de vermoedelijke hoeveelheden. Dit maakt niet het voorwerp uit van voorliggende leidraad (zie supra, punt 2.2)

De tweede situatie betreft wijzigingen die leiden tot een wijzigingsbevel of een bijakte en die een aanpassing van de samenvattende opmeting of de inventaris tot gevolg hebben. In dit geval zal de becijferde vaststelling worden opgenomen in **een verrekening**. Deze verrekening bevat dan de nieuwe of gewijzigde hoeveelheden en de overeengekomen of herziene prijzen die voortvloeien uit de wijziging van de opdracht.

Bij een verrekening wordt in de eerste plaats gebruik gemaakt van de eenheidsprijzen uit de offerte. Bij ontstentenis hiervan worden tussen de aanbestedende overheid en de opdrachtnemer prijzen

¹⁴ Artikel 80, §1 KB Uitvoering.

¹⁵ Artikelen 121, §1 (leveringen) en 151, §1 (diensten) KB Uitvoering.

¹⁶ Deze motieven hoeven uiteraard geen tweemaal te worden vermeld. Indien de motieven voor de wijziging al in het wijzigingsbevel werden opgenomen, moeten deze niet meer in de bijakte worden hernomen (cfr. art. 37, tweede lid KB Uitvoering).

overeengekomen (de zogenaamde OP-posten). Een verrekening berust dan ook doorgaans op een schriftelijk akkoord tussen beide partijen. Niettemin kan de aanbestedende overheid, bij gebrek aan overeenstemming, ook besluiten tot een ambtshalve vaststelling van de prijzen en dit met behoud van alle rechten van de opdrachtnemer.¹⁷

5.2 Wijziging die een nieuwe opdracht vereist

Het gaat hier om wijzigingen die een wezenlijk karakter hebben en/of niet voldoen aan de voorwaarden uit artikel 37 KB Uitvoering.

Dergelijke wijzigingen zullen de organisatie van een nieuwe gunningsprocedure met zich meebrengen. Dit impliceert aldus de opmaak van een nieuw bestek, een bekendmaking van de opdracht, een gunningsonderzoek, de redactie van een gunningsbeslissing en het opnieuw voorleggen, via administratieve en begrotingscontrole, aan de bevoegde ordonnateur.

Ook de aanvullende opdracht binnen de voorwaarden van artikel 26 van de Wet van 15 juni 2006 betreft in principe een nieuwe gunningsprocedure (zie punt 2.2). Hierbij wordt de opdracht echter aan de bestaande opdrachtnemer gegund door middel van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. De opdrachtnemer wordt in principe¹⁸ uitgenodigd om op basis van een bestek een offerte in te dienen. Gegeven dat een aanvullende opdracht een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking uitmaakt, kan er vervolgens over de inhoud van de offerte worden onderhandeld. Bij een aanvullende opdracht moet er ook gewaakt worden over een correcte afhandeling van het administratieve proces en de begrotingsaspecten (o.m. advies IF).

In dit onderdeel gaat het evenwel om een nieuwe opdracht waarvan de gunning in principe moet gebeuren via een aanbesteding of een offerteaanvraag tenzij er op basis van artikel 26 van de wet van 15 juni 2006 gebruik kan worden gemaakt van een onderhandelingsprocedure (bijvoorbeeld op grond van dringendheid).

Voor de afhandeling van de oorspronkelijke opdracht staan meerdere hypothesen open:

- Wanneer de wezenlijke wijziging op een redelijke wijze kan worden afgescheiden van de verdere uitvoering van de opdracht, wordt aangeraden om het betrokken gedeelte uit de opdracht te lichten. Het resterende gedeelte van de bestaande opdracht kan, desnoods na een periode van schorsing, door de zittende opdrachtnemer worden verdergezet.
- Wanneer de wezenlijke wijziging niet op een redelijke wijze kan gescheiden worden van de verdere uitvoering van de opdracht, wordt aangeraden een staat van de uitgevoerde prestaties op te maken, alle uitgevoerde prestaties te vereffenen en vervolgens het resterende gedeelte via een nieuwe overheidsopdracht aan te besteden.

Hoewel de aanbestedende overheid zich, via de organisatie van een nieuwe opdracht bij een wezenlijke wijziging, schikt naar de rechtspraak van het Hof van Justitie, is het niet uitgesloten dat de

¹⁷ Artikel 80, §3 (werken), 121, §3 (leveringen) en 151, §3 (diensten) KB Uitvoering.

¹⁸ Bij de opmaak van het bestek en de offerte dient niet vanaf nul te worden gestart. Zo kunnen zowel de opdrachtdocumenten als de gekozen offerte, die in het kader van de hoofdupdracht werden opgemaakt, meestal in belangrijke mate worden "gerecupereerd" en kan het volstaan een overeenkomst op te maken waarin enkel de wijzigingen in beide documenten (de opdrachtdocumenten en de offerte) worden vermeld.

aanbestedende overheid wordt geconfronteerd met een vordering van de oorspronkelijke opdrachtnemer.

Zo zijn onder meer vorderingen mogelijk op grond van:

- Artikel 54 KB Uitvoering wanneer de wijziging bijvoorbeeld te wijten is aan een onzorgvuldige voorbereiding door de aanbestedende overheid;
- Artikel 55 KB Uitvoering wanneer de opdracht ten gevolge van de wijziging moet worden geschorst;
- Artikel 56 KB Uitvoering wanneer de opdrachtnemer ten gevolge van de wijziging een zeer belangrijk nadeel heeft geleden;
- Artikel 80, §5 KB wanneer de wijziging heeft geleid tot een vermindering van de oorspronkelijke aannemingsom;
- Artikel 1794 BW aangezien de opdracht in bepaalde gevallen door de aanbestedende overheid zal worden verbroken zonder dat er sprake is van enige contractuele wanprestatie in hoofde van de opdrachtnemer.

De oorspronkelijke opdrachtnemer kan in principe deelnemen aan de nieuwe opdracht. In dergelijke gevallen mag, zeker bij opdrachten voor diensten, artikel 64 KB Plaatsing niet uit het oog worden verloren. Op grond van dit artikel moet elke inschrijver worden uitgesloten die ten opzichte van de andere inschrijvers over een voorkennis beschikt die de eerlijke mededinging kan verstoren. De draagwijdte van bovenvermeld artikel mag evenwel niet worden overschat:

- Ten eerste is artikel 64 KB Plaatsing niet van toepassing op opdrachten die via een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking worden gesloten. Het probleem van de voorkennis zal zich dan ook niet stellen wanneer voor de nieuwe opdracht op basis van dringendheid kan worden gegund via artikel 26, §1, 1°, c van de wet van 15 juni 2006.
- Verder viseert artikel 64 KB Plaatsing enkel de voorkennis die op grond van onderzoek, ontwikkeling, studies en proeven werd verkregen. Loutere ervaring die de opdrachtnemer heeft verkregen via de uitvoering van de hoofdopdracht wordt aldus niet geïsoleerd.
- Ten derde houdt artikel 64 KB Plaatsing enkel een vermoeden van voorkennis in. Dit vermoeden kan door de betrokken opdrachtnemer worden weerlegd. Meer zelfs, de aanbestedende overheid is verplicht de betrokken opdrachtnemer te ondervragen vooraleer tot uitsluiting kan worden besloten.

De aanbestedende overheden wordt aangeraden in de (standaard)bestekken een bepaling op te nemen waarbij de oorspronkelijke opdrachtnemer, in de gevallen waar de opdracht ten gevolge van een voorgenomen wijziging moet opnieuw worden aanbesteed, wordt verplicht om, mits een passende vergoeding, de verdere bewaking van de werf op zich te nemen in de periode tussen de verbreking van de opdracht en de aanvang van de nieuwe opdracht.

6 Praktische aanbevelingen

6.1 Algemeen

- Probeer zoveel mogelijk discussies te voorkomen door een zo goed mogelijk bestek op te maken. Maak een zorgvuldige raming van de omvang van de opdracht, en zorg voor de betrokkenheid van alle belanghebbende aanbestedende overheden.
- Voorafgaand aan het (schriftelijk) bevel of de opmaak van de bijakte houdende een wijziging van de opdracht, dient te worden nagegaan in hoeverre de wijziging een wezenlijk karakter heeft. De voorafgaande inschatting van het al dan niet wezenlijk karakter van een wijziging zal in eerste instantie financieel van aard zijn. Bij de inschatting van de financiële impact van de wijziging moet zorgvuldig te werk worden gegaan. Zelfs al is er op een gegeven moment nog geen sprake van een wezenlijke wijziging, mag de voorgenomen wijziging niet zomaar worden bevolen indien het vermoeden bestaat dat er zich naderhand nog wijzigingen zullen opdringen en die tot gevolg zouden hebben dat de gecumuleerde wijzigingen wel als wezenlijk moeten worden aangemerkt.
- Win, bij twijfel over het al dan niet wezenlijk karakter van een wijziging, voorafgaand aan het wijzigingsbevel steeds het juridische advies van een specialist overheidsopdrachten in. De aanbestedende overheden worden erop gewezen dat indien de oorzaak van de wijzigingen gelegen is in de opdracht voor diensten die de opdracht voor werken voorafgaat (de voorafgaande studies), zij beschikken over de artikelen 46, 60, 150 en 151 KB Uitvoering als verweermiddelen om hun schade te verhalen op diegene aan wie het behoort, in voorkomend geval het studie bureau of de architect.
- Probeer wezenlijke wijzigingen te voorkomen door de nodige flexibiliteit in te bouwen in uw bestek.
 - ⇒ Bijvoorbeeld:
 - Wijzigingsmogelijkheden expliciet voorzien in het bestek:

Indien de aanpassingsmogelijkheid, evenals de wijze van toepassing ervan, uitdrukkelijk voorzien was in het bestek, konden alle ondernemingen die aan de opdracht hebben deelgenomen, er immers van meet af aan kennis van hebben genomen en bevonden ze zich dus op voet van gelijkheid bij het opstellen van hun offerte en is de wijziging in principe niet als wezenlijk te beschouwen. Het voorzien van wijzigingsmogelijkheden is dan ook geen vrijbrief, maar de wijziging dient voldoende precies in het bestek van de oorspronkelijke opdracht te worden opgenomen zodat een inbreuk op de effectieve mededinging en de gelijkheid der inschrijvers kan worden vermeden.
 - In de samenvattende opmeting een post “voorbehouden som” (VS-post) opnemen:

Voor kleine onvoorziene prestaties, die niet in de meetstaat zijn opgenomen, kunnen in de samenvattende opmeting één of meerdere VS-post(en) worden opgenomen. Van een VS-post kan enkel onder bepaalde, strikt te interpreteren voorwaarden gebruik worden gemaakt. Zo dient het totaalbedrag van de posten met voorbehouden som beperkt te blijven in verhouding tot het ramingsbedrag¹⁹. Een voorbehouden som kan dan ook enkel worden gebruikt voor niet-wezenlijke wijzigingen.

- Mogelijkheden om de opdracht te herhalen of te verlengen in het bestek opnemen:

Een soortgelijke opdracht die aan de opdrachtnemer van de eerste opdracht wordt toevertrouwd binnen de drie jaar na de sluiting van de oorspronkelijke opdracht, wanneer deze mogelijkheid in het oorspronkelijke bestek voorzien was²⁰, zal in de regel niet beschouwd worden als een wezenlijke wijziging van de opdracht. Het gaat hier immers om een nieuwe opdracht die door middel van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking aan de bestaande opdrachtnemer wordt gegund.

Hetzelfde geldt voor verlengingen die als 'optie' reeds voorzien waren in het initieel bestek en waarvoor geen inhoudelijke onderhandelingen met de opdrachtnemer over voorwerp en prijs meer vereist zijn.

Voor het verschil tussen een verlenging en een herhaling wordt verwezen naar de tweede bijlage van deze leidraad.

- Gebruik maken van de raamovereenkomsten:

Een raamovereenkomst wordt in artikel 3, 15° van de wet van 15 juni 2006 omschreven als een overeenkomst gesloten tussen één of meer aanbestedende overheden of overheidsbedrijven en één of meer opdrachtnemers met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te gunnen opdrachten vast te leggen, met name wat betreft de prijzen en eventueel de beoogde hoeveelheden.

Vooraf een raamovereenkomst waarbij verschillende opdrachtnemers worden weerhouden, biedt interessante mogelijkheden. Zo zou de aanbestedende overheid kunnen bepalen dat de inschrijvers die op basis van de raamovereenkomst werden weerhouden, hun initieel ingediende offertes op het moment van de concrete bestelling mogen aanpassen aan de technologische evoluties die sinds de sluiting van de raamovereenkomst hebben plaatsgevonden.

¹⁹ Binnen het beleidsdomein Mobiliteit en Openbare Werken wordt in dienstorders bepaald dat het totaalbedrag van de VS-posten beperkt moet blijven tot maximaal 5% (ministerie MOW) of 7,5% (W&Z) van het ramingsbedrag.

²⁰ Overeenkomstig artikel 26, § 1, 2°, b (klassieke sector) en artikelen 53, §2, 3° (werken), 53, §2, 6°, b (diensten) (nutssector) van de wet van 15 juni 2006.

Verder moet de aandacht worden gevestigd op artikel 7 van het KB Uitvoering. Overeenkomstig deze bepaling is artikel 37 van het KB Uitvoering niet van toepassing is op de bovenliggende raamovereenkomst, maar wel op de concrete opdrachten (bestellingen). De aanbestedende overheid kan hieromtrent een andersluidende bepaling opnemen in het bestek. Dit neemt echter niet weg dat ook voor wijzigingen aan de raamovereenkomst rekening moet worden gehouden met de voorwaarden die zijn vastgelegd in de Preetext rechtspraak.

- Het voorzien van eventuele opties:

Een optie kan, cfr. artikel 2, §1, 11° KB Plaatsing, worden omschreven als een bijkomend element dat niet noodzakelijk is voor de uitvoering van de opdracht, dat hetzij op vraag van de aanbestedende overheid (verplichte opties), hetzij op initiatief van de inschrijver (vrije opties) wordt ingediend²¹.

⇒ Bijvoorbeeld:

- Het aanleggen van een bijkomende kelder onder een gebouw;
- Bij de bouw van een nieuwe verkeerscomputer, die in hoofdzaak gericht is op het aansturen van de verkeerslichten, worden verplichte opties gevraagd voor de integratie van camerabeelden, de aansturing van variabele borden en parkeergeleiding.

Het grote voordeel van een optie is dat de aanbestedende overheid niet verplicht is om bij de sluiting of tijdens de uitvoering de in de offerte vermelde opties te bestellen²².

6.2 Bijzonderheden voor opdrachten voor diensten

Bovenstaande aanbevelingen zijn voornamelijk gericht op de overheidsopdrachten voor werken. Bij overheidsopdrachten voor diensten in het algemeen, en studieopdrachten in het bijzonder, doen zich een aantal specifieke problemen voor. Er wordt dan ook aangeraden om:

- In de mate van het mogelijke gebruik te maken van een onderhandelingsprocedure met of zonder bekendmaking.

Voor opdrachten voor diensten uit bijlage II, A, van de wet kan dit enkel in de specifieke gevallen opgesomd in artikel 26 van de wet. Voor zeer complexe diensten bijvoorbeeld, waarvan de specificaties niet met voldoende nauwkeurigheid kunnen worden bepaald om via een aanbesteding of offerteaanvraag te gunnen, kan in de klassieke sector²³ op grond van artikel 26, §2, 4° van de wet van 15 juni 2006 een onderhandelingsprocedure met bekendmaking worden toegepast.

²¹ De aangeboden opties moeten wel in bepaalde mate worden meegenomen bij de vergelijking van de offertes, cfr. de artikelen 100 en 101 KB van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren.

²² Artikel 10 van het KB van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren.

²³ In de nutssector is een OPMB een standaardprocedure. Bijgevolg kan deze procedure, zonder bijkomende motivering of formaliteiten, voor een complexe dienst worden gebruikt.

Voor opdrachten voor diensten, zoals bedoeld in bijlage II, B, van de wet, kan er tot de Europese drempel steeds gebruik worden gemaakt van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking en van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking ongeacht de geraamde waarde van de opdracht.

- Wanneer een wijziging een wezenlijk karakter vertoont, en er moet tot de plaatsing van een nieuwe opdracht worden besloten, kunnen er zich problemen voordoen met de zogenaamde voorkennis.²⁴ De inschrijver die de initiële opdracht heeft uitgevoerd, zal in heel wat gevallen immers over mededingingsversturende voorkennis beschikken ten opzichte van andere potentiële dienstverleners.

Om dergelijke problemen te voorkomen wordt aangeraden dat de aanbestedende overheid in het bestek van de initiële opdracht een eigendomsoverdracht of de toekenning van een al dan niet exclusieve licentie met betrekking tot zowel het voorbereidend materiaal als de resultaten van die opdracht bedingt (cfr. de mogelijkheid die wordt geboden door art. 19 KB Uitvoering). Op die manier kan zij de in het kader van de initiële opdracht geproduceerde gegevens of informatie als open data ter beschikking stellen aan derden. Indien er tijdens de uitvoering van de initiële opdracht een wezenlijke wijziging plaatsvindt, kan de aanbestedende overheid, op basis van de bedongen eigendomsoverdracht of gebruikerslicentie, aan alle potentiële gegadigden voor de plaatsing van een nieuwe opdracht de informatie voortkomend uit de initiële opdracht meedelen. Niets belet dan dat ook de oorspronkelijke dienstverlener voor de nieuwe opdracht meedingt.

Deze werkwijze zorgt ervoor dat de verschillende dienstverleners terug op voet van gelijkheid worden geplaatst en dat er geen voorkennis aanwezig is bij de oorspronkelijke dienstverlener.

Belangrijk is dat in dit geval een zo ruim mogelijke eigendomsoverdracht / gebruikerslicentie wordt bedongen. Indien gekozen wordt voor een gebruikerslicentie, wordt aanbevolen alle mogelijke exploitatiewijzen op te nemen in de opdrachtdocumenten.

Op de website Overheidsopdrachten staan [modelbepalingen](#) die in het bestek kunnen worden opgenomen. Deze modelbepalingen voorzien dat aan de aanbestedende overheid ofwel de eigendomsoverdracht of een al dan niet exclusieve gebruikerslicentie wordt toegekend.

²⁴ Artikel 64 KB Plaatsing.

7 Bijlage 1 – toepassingsvoorwaarden voor een aanvullende opdracht

Voor aanvullende opdrachten van werken of diensten in de klassieke sector, voorzien in artikel 26, §1, 2°, a van de wet van 15 juni 2006, moeten volgende voorwaarden cumulatief vervuld zijn:

- De aanvullende diensten of werken mogen niet in het geplande ontwerp noch in de oorspronkelijke opdracht voorkomen;
- De aanvullende diensten of werken moeten ten gevolge van onvoorziene omstandigheden noodzakelijk zijn geworden. Het spreekt voor zich dat de noodzaak voor de aanvullende opdracht niet aan de aanbestedende overheid toe te schrijven mag zijn, bijvoorbeeld ten gevolge van een onzorgvuldige voorbereiding van de initiële opdracht;
- Het bedrag van de aanvullende werken of diensten mag niet hoger liggen dan 50% van het bedrag de oorspronkelijke opdracht;
- De aanvullende werken of diensten mogen:
 - Ofwel niet kunnen worden gescheiden van de hoofdopdracht zonder een ernstig economisch of technisch bezwaar op te leveren;
 - Ofwel scheidbaar zijn van de hoofdopdracht maar strikt noodzakelijk zijn voor de vervolmaking van de hoofdopdracht.

Uit deze laatste voorwaarde valt ook af te leiden dat de oorspronkelijke opdracht nog in uitvoering moet zijn op het moment dat de noodzaak ontstaat voor de aanvullende opdracht.

Voor aanvullende opdrachten van werken of diensten in de nutssector, voorzien in artikel 53, §2, 2° van de wet van 15 juni 2006, gelden dezelfde voorwaarden met uitzondering van de beperking van het bedrag van de aanvullende werken of diensten tot 50% van de waarde van de initiële opdracht.

Voor aanvullende opdrachten van leveringen in de klassieke sector, voorzien in artikel 26, §1, 3° van de wet van 15 juni 2006, moeten volgende voorwaarden cumulatief vervuld zijn:

- Het moet gaan om de gedeeltelijke vernieuwing van veelvuldig gebruikte leveringen of installaties hetzij om uitbreiding van bestaande leveringen of installaties;
- De verandering van leverancier zou leiden tot de aanschaf van apparatuur met andere technische eigenschappen zodat er een onverenigbaarheid ontstaat of dat zich bij het gebruik en onderhoud van de nieuwe apparatuur buitenmaatse moeilijkheden zouden voordoen;
- De looptijd van deze aanvullende opdrachten en nabestellingen mag in principe de drie jaar niet overschrijden.

Voor aanvullende opdrachten van leveringen in de nutssector, voorzien in artikel 53, §2, 4°, a van de wet van 15 juni 2006, gelden dezelfde voorwaarden met uitzondering van de principiële beperking

van de looptijd tot drie jaar. Daarenboven werd in artikel 53, §2, 4°, b van de wet van 15 juni 2006 een bijkomende mogelijkheid gecreëerd voor aanvullende leveringen waarvoor volgende voorwaarden cumulatief moeten vervuld zijn:

- Het moet gaan om leveringen van dezelfde aard en met dezelfde kenmerken als de hoofdopdracht;
- De aanvullende leveringen moeten ten gevolge van onvoorziene omstandigheden noodzakelijk zijn geworden. Ook hier kan de bemerking worden geformuleerd dat de noodzaak niet ten wijten mag zijn aan een gebrek aan vooruitziendheid van de aanbestedende overheid;
- De waarde van de aanvullende leveringen mag:
 - Niet hoger liggen dan 50% van het bedrag van de oorspronkelijke opdracht;
 - Niet hoger liggen dan het Europese drempelbedrag.

Bij deze controle van de bovenvermelde drempels moet steeds het samengevoegde bedrag van alle aanvullende leveringen in aanmerking worden genomen.

8 Bijlage 2 – een herhalingsopdracht vs. een verlenging van de opdracht

8.1 Herhaling

De herhalingsopdracht is een vorm van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking waarbij de uitvoering van nieuwe werken of diensten, die een herhaling zijn van soortgelijke werken of diensten, rechtstreeks worden toevertrouwd aan de opdrachtnemer die de oorspronkelijke opdracht heeft uitgevoerd.

Bij deze herhaling dienen volgende regels te worden gerespecteerd:

- De waarde van de eventuele herhalingen dient te worden meegenomen bij de raming met oog op de bekendmaking. De offerte dient te worden ondertekend door iemand die de firma kan verbinden voor een bedrag dat minstens gelijk is aan het bedrag voor de initiële duur van de opdracht, en dus abstractie makend van de eventuele herhalingen.
- Een herhalingsopdracht is, binnen de klassieke sector (cfr. art. 26, §1, 2°, b van de wet van 15 juni 2006) slechts mogelijk binnen de drie jaar na de sluiting van de initiële opdracht. Voor de nutssector geldt deze beperking in de tijd niet (cfr. art. 53, §2, 3° en 6°, b van wet van 15 juni 2006).
- Een herhaling is enkel mogelijk bij opdrachten voor werken en diensten en impliceert dat de initiële opdracht in de klassieke sector via een aanbesteding of offerteaanvraag werd gegund. In de nutssector is de onderhandelingsprocedure met bekendmaking (OPMB) een algemene procedure en kan een herhalingsopdracht ook volgen op een opdracht die via een OPMB werd aanbesteed. Verder moet de mogelijkheid tot herhaling in het bestek van de initiële opdracht te zijn vermeld.
- Een herhaling is geen eenzijdige beslissing van de aanbestedende overheid, maar komt tot stand na onderhandelingen met de opdrachtnemer. De opdrachtnemer is dan ook gerechtigd de uitvoering van de nieuwe gelijkaardige werken of diensten te weigeren.
- Een herhaling is een afzonderlijke opdracht en geen verderzetting van een bestaande opdracht. Aldus is er bijvoorbeeld een aparte borgtocht en een aparte oplevering vereist.

8.2 Verlenging

De aanbestedende overheid heeft, cfr. artikel 37 van de wet van 15 juni 2006, de mogelijkheid om in de opdrachtdocumenten een clause op te nemen op grond waarvan de opdracht voor een bepaalde periode kan worden verdergezet.

De stilzwijgende verlenging dient te worden onderscheiden van de uitdrukkelijke verlenging. Bij een stilzwijgende verlenging wordt de opdracht na de initiële periode gewoon verder gezet tenzij de aanbestedende overheid beslist de opdracht alsnog stop te zetten. Bij een uitdrukkelijke verlenging wordt de opdracht slechts verder gezet na de initiële periode indien de aanbestedende overheid daartoe een uitdrukkelijke beslissing neemt.

Bij een verlenging dienen volgende regels te worden gerespecteerd:

- De waarde van de eventuele verlengingen dient te worden meegenomen bij de raming, en dit zowel om de scope van de bekendmaking te bepalen als voor de toepassing van de delegatieregels en de voorlegging aan de IF. De offerte dient te worden ondertekend door iemand die de firma kan verbinden voor een bedrag dat minstens gelijk is aan het bedrag voor de maximale duur van de opdracht.
- In principe mag de globale duur (initiële periode + verlengingen) niet langer zijn dan vier jaar.
- De initiële opdracht wordt in principe ongewijzigd verdergezet.
- De inschrijver wordt geacht door de indiening van zijn offerte akkoord te gaan met de eventuele verlenging van de opdracht. Aldus is de beslissing om al dan niet tot verlenging over te gaan een eenzijdige beslissing van de aanbestedende overheid.
- Een verlenging is geen afzonderlijke opdracht, maar een verderzetting van een bestaande opdracht. Aldus is er bijvoorbeeld geen aparte borgtocht noch een aparte oplevering, behoudens anders bepaald in de opdrachtdocumenten.

8.3 Voorbeelden

Er wordt een opdracht aanbesteed voor de schoonmaak van een gebouw van 4.000 m² en dit voor een periode van 1 jaar. Het bestek zou aldus volgende clausules kunnen voorzien:

- De mogelijkheid om de schoonmaakopdracht in hetzelfde gebouw nog voor twee jaar verder te zetten. Hiertoe kan een mogelijkheid tot een stilzwijgende of een uitdrukkelijke verlenging in het bestek worden voorzien.
- De mogelijkheid om de schoonmaakopdracht in een ander gelijkaardig gebouw (met een oppervlakte van bijvoorbeeld 3.700 m²) te herhalen en dit binnen een periode van 3 jaar na de sluiting van de oorspronkelijke opdracht.

Op basis van bovenstaand voorbeeld blijkt dat een herhaling en een verlenging een andere finaliteit hebben. De mogelijkheid om de opdracht te herhalen kan dan ook niet worden gebruikt om een opdracht te verlengen. Het bovenstaand voorbeeld toont eveneens aan dat een combinatie van beide mechanismen in bepaalde gevallen mogelijk is.