

N Evaluatie charter overheidsopdrachten A2
MH/EDJ/AS
871-2022

Brussel, 17 mei 2022

ADVIES

over

**DE EVALUATIE VAN HET CHARTER
“TOEGANG VAN KMO’S TOT OVERHEIDSOPDRACHTEN”**

(goedgekeurd door het bureau op 19 januari 2022,
bekrachtigd door de algemene vergadering van de Hoge Raad op 17 mei 2022)

Op 18 november 2021 heeft de heer David Clarinval, Minister van Middenstand, Zelfstandigen, KMO's, Landbouw, Institutionele hervormingen en Democratische Vernieuwing, het advies van de Hoge Raad voor de Zelfstandigen en de KMO gevraagd over het charter "toegang van kmo's tot overheidsopdrachten".

Na raadpleging van de commissie Algemeen KMO-beleid en de betrokken leden van sectorcommissie nr. 4 - Bouw heeft het bureau van de Hoge Raad op 19 januari 2022 onderstaand advies uitgebracht, dat werd bekrachtigd door de algemene vergadering van de Hoge Raad op 17 mei 2022.

CONTEXT

De federale regering heeft op 19 november 2021 het gemeenschappelijk actieplan ter bevordering van de toegang van de kmo's tot overheidsopdrachten¹, goedgekeurd. De Hoge Raad had reeds in zijn advies over het gemeenschappelijk actieplan ter verbetering van de toegang van kmo's tot overheidsopdrachten zijn standpunten over het ontwerp van het actieplan meegedeeld². Het federale gemeenschappelijke actieplan is o.a. gericht op de bevordering van de toegang van kmo's tot overheidsopdrachten. In project 6 van as 2 van het actieplan wordt voorzien in een evaluatie van het Charter "Toegang van kmo's tot overheidsopdrachten"³ van 14 februari 2018 (hierna "kmo-charter").

Het charter bestaat uit 13 principes en focust op het gebruik van reeds bestaande instrumenten en mogelijkheden in de wetgeving overheidsopdrachten die, mits correct toegepast, de toegang van kmo's tot overheidsopdrachten kunnen stimuleren.

Met het oog op de evaluatie van het kmo-charter wenst de Minister van Middenstand van de Hoge Raad te vernemen of het charter "toegang van kmo's tot overheidsopdrachten" dat als doelstelling heeft om overheidsopdrachten even toegankelijk te maken voor alle ondernemingsgroottes nog steeds up-to-date is en of de toepassing en monitoring van het charter correct verloopt.

STANDPUNTEN

De Hoge Raad is van mening dat volgende aspecten in acht genomen moeten worden ter verbetering van het kmo-charter.

1. Drempels en opdeling in percelen

De Hoge Raad wijst vooreerst erop dat de Europese drempelbedragen in het kmo-charter niet langer actueel zijn.

Hij vraagt om daadkrachtigere regels omtrent het opsplitsen van overheidsopdrachten in percelen in te voeren. De overheidsopdrachtenwetgeving bepaalt op dit moment enkel dat de aanbesteder de verdeling in percelen van opdrachten die gelijk zijn aan de Europese bekendmakingsdrempel of die overschrijden "in overweging moet nemen" (principe 1). Indien wordt beslist om niet over te gaan tot een verdeling in percelen, dan moet de aanbesteder dit enkel maar motiveren. Voor opdrachten onder de Europese bekendmakingsdrempel bestaat die

¹ <https://economie.fgov.be/nl/themas/ondernemingen/een-onderneming-beheren-en/toegang-van-kmos-tot/het-gemeenschappelijke>

² Advies nr. 851-2021 over het gemeenschappelijk actieplan ter verbetering van de toegang van kmo's tot overheidsopdrachten

³ <https://economie.fgov.be/nl/themas/ondernemingen/een-onderneming-beheren-en/toegang-van-kmos-tot/charter-toegang-van-kmos-tot>

verplichting om het opdelen in percelen te overwegen niet eens. De Hoge Raad is van mening dat de verdeling in percelen een essentieel principe moet worden om overheidsopdrachten meer toegankelijk te maken voor kmo's.

2. Grotere bekendmaking van overheidsopdrachten

Principe 2 van het kmo-charter focust op de bekendmaking van overheidsopdrachten. De Hoge Raad wijst erop dat ondernemers het vaak moeilijk hebben om overheidsopdrachten terug te vinden. De aanbevelingen onder principe 2 zouden volgens de Hoge Raad nog aangevuld moeten worden met een bekendmaking van de sites waar overheidsopdrachten die niet verplicht gepubliceerd moeten worden teruggevonden kunnen worden bv. op de website van de overheid zelf, in nieuwsbrieven, op het platform van NIDO, het innovatielab van de federale overheid, dat verbonden is aan de FOD Beleid en Ondersteuning⁴, of andere bestaande platformen.

3. Gunning op basis van de economisch meest voordelige offerte

De Hoge Raad merkt bij principe 4 als aandachtspunt op dat de (laagste) prijs nog te veel doorweegt bij gunning van een overheidsopdracht. De procedures voor een kmo om in te spelen op een markt op basis van de laagste prijs blijken voor kmo's vaak een belemmering te zijn. Dit des te meer indien dit uiteindelijk resulteert in een uurtarief waarbij iedereen een zeer laag tarief kan instellen, waarbij het laag tarief uiteindelijk gecompenseerd wordt door een groter aantal gefactureerde uren. Bovendien stellen we vast dat offertes zelden worden geweerd omwille van een abnormaal lage prijs, aangezien deze prijs niet is gedefinieerd en het bovendien aan de aanbestedende overheid toekomt om een offerte na een prijsonderzoek om die reden te weren.

De Hoge Raad meent dat de keuze voor de meest voordelige offerte (beste prijs-kwaliteitverhouding) of de laagste prijs weloverwogen moet gebeuren en een meerwaarde moet bieden voor de opdracht. Het moet ook rekening houden met de specificiteit van de sector. Zo kan het in de bouwsector bijvoorbeeld wel verkieselijk zijn om "off-the-shelf" producten (zgn. gestandaardiseerde oplossingen) te gunnen op basis van de laagste prijs, om bijkomende administratieve lasten te vermijden.

4. Gunningscriteria - ethische, sociale en milieuclausules

Het federale regeerakkoord van 30 september 2020 stelt dat de regering de toegang van kmo's tot overheidsopdrachten wil vergroten door de opname van ethische, sociale en milieuclausules. De Hoge Raad is echter bezorgd dat dergelijke clausules als effect hebben dat het net moeilijker wordt om als kmo deel te nemen aan overheidsopdrachten of die in de wacht te slepen. Er moet namelijk ervoor gewaakt worden dat die clausules niet in die zin worden opgesteld dat de toegang van kmo's aan overheidsopdrachten bemoeilijkt wordt. Dat is bijvoorbeeld het geval indien die clausules ondernemingen gaan verplichten om hun milieuvriendelijkheid te bewijzen aan de hand van dure ISO-certificaten. De Hoge Raad meent dat er minstens moet nagegaan worden of de manier waarop deelnemers kunnen bewijzen dat zij voldoen aan die clausules niet onevenredig zwaar is en dat zij de kans moeten krijgen om dat ook op andere manieren aan te tonen. Bij het opnemen/opstellen van die clausules moet dus telkens de impact op de belangen van kmo's nagegaan worden. De Hoge Raad raadt aan om dit als bijkomend aandachtspunt te vermelden in het kmo-charter.⁵

⁴ <https://govbuysinnovation.belgium.be/>

⁵ Onder principe 10, maar dan een toevoeging rond "proportionaliteit van gunningscriteria".

5. Monitoring toepassing charter en betere bekendmaking

Het kmo-charter lijkt niet goed bekend te zijn bij de aanbesteders. Er moet dan ook volgens de Hoge Raad de nodige bekendmaking hierover te worden voorzien.

De Hoge Raad dringt aan op de monitoring van de toepassing van het charter (principe 13). Er bestaat reeds een wettelijke verplichting voor het Strategisch Federaal Aankoopoverleg (SFA) om indicatoren en streefcijfers te bepalen die toelaten de participatiegraad van kmo's bij overheidsopdrachten op te volgen en te stimuleren.⁶ Bij het bepalen van deze streefcijfers en indicatoren moet het SFA zich baseren op de principes in het kmo-charter. Het dienstencentrum Procurement van de FOD BOSA moet die indicatoren vervolgens opvolgen én hierover rapporteren.⁷ De Hoge Raad heeft er geen kennis van dat de toepassing van het kmo-charter wordt gemonitord en moedigt de plannen van de federale regering om hiervan werk te maken aan.

6. Tweestapsprocedure met eerlijke kostenvergoeding voor niet weerhouden aannemers

De Hoge Raad is voorstander om de onderhandelingen in een tweestapsprocedure te stimuleren (een eerste fase met het indienen van de kandidaturen en een tweede fase met de overhandiging van de offertes door de geselecteerde kandidaten). Er moet volgens de Hoge Raad voorzien worden in een eerlijke kostenvergoeding voor niet weerhouden ondernemers aan wie bij de inschrijving werd gevraagd om kosten te maken.

7. Prijsherzieningsclausules

De huidige wetgeving voorziet dat enkel m.b.t. overheidsopdrachten voor werken en diensten die gekenmerkt worden door manuele prestaties en om die reden gelijkgesteld kunnen worden met opdrachten voor werken (zoals opgelijst in bijlage 1 van het KB⁸), er een verplichting geldt om prijsherzieningsclausules op te nemen in de opdracht.

Voor opdrachten voor leveringen en diensten (niet opgenomen in bijlage I), is er geen verplichte prijsherziening. De aanbesteder kan er wel voor kiezen om ook voor deze opdrachten een prijsherzieningsclausule te voorzien in de opdrachtdocumenten.

De Hoge Raad wenst op te merken dat de huidige stijging van de grondstofprijzen veel ondernemers in de problemen kunnen brengen, vermits opdrachten destijds zijn gegund aan een bepaalde prijs die op dit moment door veel ondernemers niet meer gehandhaafd kan worden.

Als “best practice” zou daarom volgens de Hoge Raad in het kmo-charter de aanbeveling kunnen worden opgenomen om ook voor opdrachten voor leveringen en diensten prijsherzieningsclausules op te nemen.

⁶ Art. 19 van het KB van 22 december 2017 inzake de federaal gecentraliseerde overheidsopdrachten in het kader van het federaal aankoopbeleid.

⁷ Kmo-charter, blz. 42.

⁸ Koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten

8. Administratieve lasten en het only-once-principe

De Hoge Raad merkt op dat er in het kmo-charter te weinig aandacht wordt besteed aan de vermindering van administratieve lasten, terwijl administratieve lasten één van de grootste struikelblokken is voor kmo's om deel te nemen aan overheidsopdrachten. Er wordt wel al in het kmo-charter aangeraden om gebruik te maken van de procedure van de aanvaarde factuur (principe 12). Een ander belangrijk principe bij het verminderen van administratieve lasten is het only-once-principe. De Hoge Raad vraagt dat het only-once-principe ook als aanbeveling in het kmo-charter opgenomen wordt net als het gebruik van e-invoicing⁹.

9. Duidelijkere omschrijving van gunningscriteria

De Hoge Raad wijst erop dat in het kmo-charter onvoldoende aandacht besteed wordt aan de nood aan een duidelijkere omschrijving van gunningscriteria. Een voorbeeld hiervan betreft het gebruik van het begrip “duurzaamheid”.¹⁰ Een andere bezorgdheid is dat het bestek niet steeds afgestemd is op wat bestaat in de markt. Het houden van marktconsultaties kan daarvoor volgens de Hoge Raad mede als oplossing dienen.

10. Raamovereenkomsten

Volgens de Hoge Raad moet de techniek om te werken via raamovereenkomsten dringend tegen het licht gehouden worden. Afhankelijk van de overeenkomst, kunnen een (zeer) groot aantal aanbestedende diensten zich hierbij aansluiten zonder dat zij nog apart opdrachten moeten uitschrijven. De Hoge Raad stelt vast dat zo'n grote overeenkomst wordt afgesloten met één ondernemer en dat KMO-vriendelijke technieken (bv. opdelen in percelen) hier niet steeds in toegepast worden. De Hoge Raad is van mening dat dit het risico inhoudt van monopolievorming (een zeer groot aantal aanbestedende diensten kunnen zich potentieel aansluiten waarbij de overeenkomst doorgaans over een periode van 4 jaar duurt). Kmo's kunnen daarnaast bovendien vaak zelfs niet deelnemen aan de gunningsprocedure (wegens omvang van de opdracht, te zware selectiecriteria inzake financiële draagkracht en technische bekwaamheid,...). De Hoge Raad raadt daarom aan om bovenstaande aandachtspunten m.b.t. de techniek van de raamovereenkomsten op te nemen in het charter en om aan te bevelen om hier zeer omzichtig mee om te springen. Daarnaast vraagt hij om het belang van de toepassing van KMO-vriendelijke technieken te benadrukken.

11. Sectoraal Charter architecten

De bij de Hoge Raad aangesloten beroepsfederatie Netwerk Architecten Vlaanderen (NAV) is voorstander van een sectoraal charter met principes die volgens hen zouden moeten toegepast worden in aanbestedingen met architecten. Het sectoraal charter kan daardoor rekening houden met de specifieke problematieken van overheidsopdrachten gericht op architecten.

⁹ Advies nr. [854-2021](#) over een ontwerp van koninklijk besluit inzake elektronische facturatie - overheidsopdrachten

¹⁰ Zo wordt “bio” vaak gelijkgesteld met duurzaamheid, maar sommige bio-producten worden bv. geproduceerd in Zuid-Amerika. “Bio” is dus niet noodzakelijk duurzaam.

Het NAV wenst het charter op korte termijn uit te werken en wijst alvast op volgende punten die in het sectoraal charter opgenomen kunnen worden:

- Er wordt in eerste instantie gepleit voor een begrenzing van de gevraagde output o.a. door te voorzien in uniforme definities (bijvoorbeeld van de begrippen “visievorming” en “schetsontwerp”).
- Het aantal deelnemers aan de procedure dient beperkt te worden door te werken met meerstapsprocedures.
- Eveneens moeten de vereisten inzake selectiecriteria proportioneel en minder strikt zijn zodanig dat lokale architecten niet al op voorhand uit de boot vallen en dat organische groei van een kantoor mogelijk wordt.
- Er moet een gepaste biedvergoeding voorzien worden voor niet-weerhouden architecten, van wie bij de deelname gevraagd werd om reeds (ontwerp)prestaties te leveren.
- Ook de rol van het ereloon in de gunningscriteria moet herbekeken worden. Een te grote nadruk op de prijs heeft een negatieve impact op de kwaliteit en vormt een drempel voor KMO's om deel te nemen aan overheidsopdrachten.
- Er moet verder ingezet worden op het opleiden en sensibilisering van de aanbestedende overheid.

BESLUIT

De Hoge Raad is alvast tevreden met de verschillende acties zoals opgenomen in het kmo-actieplan en is van mening dat deze acties waaronder specifiek ook de evaluatie van het kmo-charter zullen bijdragen tot een grotere participatie van kmo's aan overheidsopdrachten en toekenning eraan.

Voor de Hoge Raad moeten volgende elementen m.b.t. het kmo-charter aan bod komen:

- daadkrachtiger beleid omtrent het opsplitsen van overheidsopdrachten in percelen
 - een grotere bekendmaking van overheidsopdrachten
 - de (laagste) prijs moet minder doorwegen en meer overwogen gebeuren bij gunning van een overheidsopdracht
 - de bewijzen dat er voldaan wordt aan ethische, sociale en milieu clausules niet onevenredig zwaar maken voor kmo's
 - de effectieve monitoring van de toepassing van het kmo-charter en een betere bekendmaking van het kmo-charter
 - meer gebruik van tweestapsprocedures met eerlijke kostenvergoeding voor niet weerhouden aannemers
 - voor opdrachten voor leveringen en diensten prijsherzieningsclausules opnemen
 - vermindering van administratieve lasten en het only-once-principe toepassen
 - duidelijkere omschrijving van gunningscriteria
 - aanbevelen om met raamovereenkomsten zeer omzichtig om te springen
 - een sectoraal charter met principes die volgens hen zouden moeten toegepast worden in aanbestedingen met architecten.
-