

ALGEMENE DIRECTIE
SECRETARIATEN EN COÖRDINATIE
DIENST OVERHEIDSOPDRACHTEN**ADVIES VAN DE COMMISSIE VOOR DE OVERHEIDSOPDRACHTEN**

Betreft: Interpretatie van de Commissie voor de overheidsopdrachten aangaande de wet van 22 december 2023 tot wijziging van de regelgeving inzake overheidsopdrachten teneinde de toegang van KMO's tot die opdrachten te bevorderen (voorschotten)

Naar aanleiding van de vergaderingen van de Commissie voor de overheidsopdrachten van 22 april 2024 en 23 september 2024, hebben de leden van de Commissie onderstaand advies gegeven omtrent de interpretatie van een aantal elementen van de wet van 22 december 2023 tot wijziging van de regelgeving inzake overheidsopdrachten teneinde de toegang van KMO's tot die opdrachten te bevorderen, meer bepaald wat de voorschotregeling regeling betreft.

Interpretatie 1 : aanbesteders die onderworpen zijn aan de verplichting tot betaling van een voorschot.

Artikel 12/1, 3^e lid, van de wet inzake overheidsopdrachten, bepaalt het volgende aangaande de verplichting tot betaling van een voorschot :

'De in het tweede lid bedoelde verplichting is eveneens van toepassing op aanbesteders van wie de werkzaamheden hoofdzakelijk door de in het tweede lid bedoelde aanbesteders gefinancierd worden en van wie het beheer aan hun toezicht onderworpen is.'

Om onderworpen te zijn aan de verplichting tot betaling van een voorschot moet, voor de instellingen die afhangen van de staat, deelgebieden of lokale overheden, voldaan worden aan twee cumulatieve voorwaarden, namelijk én hoofdzakelijk gefinancierd worden én onder toezicht staan.

Het Hof van Justitie heeft reeds enkele arresten uitgesproken, waarin de termen 'hoofdzakelijk gefinancierd' en 'onder toezicht staan' nader werden uitgediept.

'Hoofdzakelijk gefinancierd' houdt het volgende in :

- 50% + 1 EUR gefinancierd door één of meerdere aanbestedende overheden
- Alle inkomsten moeten in rekening worden gebracht, zo ook inkomsten uit een commerciële activiteit
- De financiering moet bekeken worden op jaarbasis
- Het moet gaan over een overdracht van inkomsten zonder specifieke tegenprestatie met als doel de activiteiten van de betrokken entiteit te ondersteunen.

Zie, voor verdere informatie, de volgende arresten van het Hof van Justitie :

- Arrest van het Hof van Justitie dd. 3 oktober 2000 C-380/98
- Arrest van het Hof van Justitie dd. 3 februari 2021 C-155/19
- Arrest van het Hof van Justitie dd. 11 juni 2009 C-300/7

‘Onder toezicht’ staan houdt het volgende in:

- Men zich de vraag moet stellen of er een nauwe afhankelijkheid bestaat met de overheid. Kan de overheid een zodanige controle uitoefenen op de aanbesteder, waardoor deze laatste zijn beslissingen kunnen beïnvloed worden?
- Opportuniteitsonderzoek
Een louter a posteriori rechtmatigheidsonderzoek voldoet niet, omdat de overheid geen invloed kan uitoefenen aangaande de beslissing in de overheidsopdrachten

Zie, voor verdere informatie, de volgende arresten van het Hof van Justitie:

- Arrest van het Hof van Justitie dd. 12 september 2013 C-526/11
- Arrest van het Hof van Justitie dd. 1 februari 2001 C-237/99
- Arrest van het Hof van Justitie dd. 27 februari 2003 C-373/00

Interpretatie 2 : de raamovereenkomst en de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking

Artikel 12/6, 2° lid van de wet inzake overheidsopdrachten bepaalt het volgende :

‘Voor de toepassing van de artikelen 12/1 tot 12/5 wordt een raamovereenkomst niet als een overheidsopdracht beschouwd, maar wordt de opdracht gebaseerd op een raamovereenkomst wel als een overheidsopdracht beschouwd.’

In de eerste plaats betekent dit dat er voor de totaliteit van de raamovereenkomst geen voorschot moet betaald worden, maar wel per specifieke opdracht gebaseerd op de raamovereenkomst (hierna “specifieke opdracht” genoemd).

Indien de raamovereenkomst geplaatst werd door middel van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking of oproep tot mededinging stelt zich de vraag of voor een specifieke opdracht stelselmatig een voorschot moet toegekend worden (overeenkomstig artikel 12/1, tweede lid, 1°, van de wet), onafgezien van het feit of de opdrachtnemer een KMO is of niet (voor zover aan alle andere voorwaarden voor het verplicht toekennen van een voorschot voldaan is), dan wel alleen indien de opdrachtnemer een KMO is (overeenkomstig artikel 12/1, tweede lid, 2°, van de wet).

Volgens de Commissie voor de overheidsopdrachten verdient het aanbeveling de laatste interpretatie te volgen. De voormelde bepaling moet wellicht aldus worden geïnterpreteerd dat moet worden gekeken aan wie de raamovereenkomst werd gegund. De toekenning van de specifieke opdracht gebeurt immers volgens een “andere procedure dan de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking of de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande oproep tot mededinging”. Indien de inschrijver een KMO is, dan hangt de grootte van het voorschot af overeenkomstig de bepalingen van artikel 12/3 van de wet inzake overheidsopdrachten.

Er hoeft bijgevolg niet gekeken te worden naar welke procedure er werd gebruikt om de raamovereenkomst te plaatsen om te weten of een voorschot verschuldigd is en de hoegrootheid van het voorschot te achterhalen.

Er wordt daarenboven aan herinnerd dat, indien de uitvoeringstermijn van de opdracht op basis van een raamovereenkomst korter is dan twee maanden, er geen voorschot moet worden betaald. Indien de opdracht op basis van een raamovereenkomst voor een bedrag lager dan 30.000 EUR is, dan hoeft er ook geen voorschot te worden betaald.

Interpretatie 3 : staat een factuur gelijk met een schriftelijke aanvraag tot uitbetaling van het voorschot en indien ja, moet er dan btw betaald worden?

Artikel 67, §2, 1^e lid van het KB Uitvoering houdt het volgende in : *'De betaling van het voorschot is onderworpen aan het indienen door de opdrachtnemer van een schriftelijke gedateerde aanvraag.'*

Een factuur kan gezien worden als een schriftelijke aanvraag tot uitbetaling.

Voor wat betreft of er dan al dan niet btw verschuldigd is, wordt verwezen naar artikel 53, § 2, 4^o, van het Btw-Wetboek dat stelt dat *"de factuur verplicht is, zelfs wanneer u nog geen goederen heeft geleverd of diensten heeft verricht, als u een voorschot heeft ontvangen"*. De theorieën over de opeisbaarheid van de btw verschillen naargelang er goederen worden geleverd of diensten worden verricht (artikel 17, 3de lid, en artikel 22bis van het Btw-Wetboek). Wanneer de prijs geheel of gedeeltelijk wordt geïnd, voordat de goederen zijn geleverd of de dienst is verricht, wordt de belasting toch opeisbaar ten belope van het verschuldigde bedrag. De ratio legis van deze bepaling vloeit voort uit het feit dat ze werd ingevoerd door het KB dat tot doel heeft de betaling van de btw te verzekeren, wat dus een antifraudemaatregel is.

Interpretatie 4 : wat is de termijn voor de behandeling van het voorschot?

Het KB AUR bepaalt geen termijn binnen dewelke de schriftelijke en gedateerde aanvraag tot betaling van een voorschot moet worden ingediend.

Er wordt op gewezen dat de betalingsregels vervat in de artikelen 95, 127 en 160 van het KB AUR niet gelden in het kader van de betaling van een voorschot krachtens de artikelen 12/1 tot 12/8 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten.

Voor de betalingen van voorschotten is enerzijds artikel 67 van het KB AUR van toepassing, zoals gewijzigd door artikel 10 van de wet van 22 december 2023. Anderzijds is artikel 4, § 2, van de wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties van toepassing, wanneer de overheidsopdracht geplaatst wordt door een aanbestedende overheid. In dat laatste geval dient het voorschot bijgevolg betaald te worden binnen een termijn van dertig kalenderdagen te rekenen vanaf de dag volgend op die van het in artikel 67, § 2, van het KB AUR bedoelde schriftelijk en gedateerd verzoek tot betaling, tenzij er een langere betalingstermijn zou zijn overeengekomen overeenkomstig artikel 4, § 2, tweede lid, van de voormelde wet van 2 augustus 2002 (voor zover dit objectief gerechtvaardigd zou zijn door de bijzondere aard of door bepaalde elementen van de overeenkomst). Overeenkomstig artikel 3, tweede lid, van de wet van 2 augustus 2002, is deze laatste wet immers ook van toepassing op handelstransacties tussen ondernemingen en aanbestedende overheden, waarbij de schuldenaar een aanbestedende overheid is, in gevallen waarin er geen bijzondere betalingsregels zijn

voorzien op het vlak van de verificatie- en betalingsregels zoals vervat in de algemene uitvoeringsregels (artikel 67 van het KB AUR bevat inderdaad geen bijzondere verificatie- en betalingsregels en deze aspecten worden evenmin elders geregeld in het KB AUR, althans wat het voorschot betreft).

Interpretatie 5 : betaling van voorschotten aan een combinatie van ondernemers die uit KMO's bestaat

Indien de inschrijver een combinatie van ondernemers is die uitsluitend uit KMO's bestaan, dan wordt aanbevolen het aantal werknemers per KMO samen te tellen én de omzet per KMO. Aan de hand van dit totaal aantal werknemers en de totale omzet, dient het voorschotpercentage te worden vastgesteld in de betreffende hypothesen, overeenkomstig de bepalingen van artikel 12/3 van de wet inzake overheidsopdrachten.

Interpretatie 6 : het bewijs van het KMO-statuut van de onderneming

Opdat de aanbesteder kan weten wat het kmo-statuut is van de onderneming, kan hij de inschrijvers vragen om de omvang van hun onderneming aan te geven (micro, klein, middelgroot, groot).

De aanbesteder kan het kmo-statuut controleren nadat de opdracht is gesloten en ten laatste wanneer het verzoek om een voorschot wordt ingediend. De aanbesteders kunnen informatie over het aantal werknemers van de onderneming vinden op de volgende websites:

- De website van de Kruispuntbank der ondernemingen (public search) : <https://kbopub.economie.fgov.be/kbopub/zoeknummerform.html?lang=nl>
Eenmaal op de pagina van de betreffende onderneming, kan de aanbesteder het 'werkgeversrepertorium' consulteren (indien dit repertorium er is). Dit staat onder aan de pagina bij externe links. Of men kan rechtstreeks gaan via deze website : <https://employer-identification-consult.socialsecurity.be/>
Dan moet men kijken bij statistische codes, de belangrijkheidscode. Het vermelde cijfer geeft weer hoeveel werknemers er zijn binnen de onderneming.
- De laatste jaarbalans van de onderneming kan geconsulteerd worden via de volgende link : <https://consult.cbso.nbb.be/>

Aangaande de plaatsing, bepaalt artikel 73, § 4, eerste lid van de wet inzake overheidsopdrachten bovendien het volgende: "*De ondernemers zijn niet verplicht ondersteunende documenten of andere bewijsstukken over te leggen indien en voor zover de aanbestedende overheid de certificaten of de relevante informatie rechtstreeks kan verkrijgen door raadpleging van een gratis toegankelijke nationale databank in elke lidstaat, zoals een nationaal aanbestedingsregister, een digitaal bedrijfsdossier, een systeem voor digitale documentopslag of een voorselectiesysteem.*"

Volgens dit artikel hoeft van de opdrachtnemer geen bewijs te worden gevraagd. Dit zou alleen het geval zijn als het aantal werknemers niet kan worden vastgesteld aan de hand van de bovenvermelde websites. Er moet worden opgemerkt dat het aantal personen in dienst wel kan variëren, maar dit komt eerder zelden voor in het bestaan van een onderneming (massaontslagen etc.). Meestal blijft het aantal werknemers vrij stabiel.

De voorwaarden, waaronder een onderneming als KMO kan worden beschouwd, dienen te worden gecontroleerd nadat de opdracht is gesloten en ten laatste wanneer het verzoek om het voorschot te betalen wordt ingediend.

Interpretatie 7 : wat indien er bij een overheidsopdracht met een uitvoeringstermijn van minder dan 2 maanden, deze termijn verlengd wordt zodat de uitvoeringstermijn langer dan twee maanden wordt?

Wat betreft de uitzondering met betrekking tot de "overheidsopdrachten met een uitvoeringstermijn die korter is dan twee maanden", moet de oorspronkelijke looptijd van de opdracht in aanmerking worden genomen en niet de verlengingen. Het lijkt logisch om te verwijzen naar het moment waarop de opdracht wordt gesloten om na te gaan of de termijn al dan niet is overschreden.

Interpretatie 8 : wat bij overheidsopdrachten waarbij wordt betaald op basis van een periodiek verbruik?

Opdrachten waarbij er wordt betaald op basis van een periodiek verbruik, kunnen worden omschreven als overheidsopdrachten waarbij op regelmatige en terugkerende basis prestaties worden verricht volgens een vooraf vastgesteld schema en waarbij de betaling gebaseerd is op het effectieve verbruik of de effectief uitgevoerde prestaties gedurende een bepaalde referentieperiode.

De ratio legis van deze bepaling is dat "het voorschot niet nodig is bij opdrachten waarbij de opdrachtgever het moment van financiering soms juist wil uitstellen over een met de opdrachtnemer overeengekomen relatief korte periode".

Indien het om een raamovereenkomst zou gaan is artikel 12/6, tweede lid, van de wet, van toepassing. Het strekt tot aanbeveling dat de aanbesteder duidelijk in de opdrachtdocumenten weergeeft of de opdracht resulteert in een raamovereenkomst of een opdracht met betaling op basis van periodiek verbruik. Dit onderscheid wordt hieronder nader toegelicht in een voorbeeld.

Voorbeeld : het schoonmaken van ramen : indien de frequentie van de prestaties van de dienstverlener en de overeenkomstige betalingen, vanaf het begin vastgelegd zijn in de opdrachtdocumenten, gaat het om een opdracht met een 'periodiek verbruik' en niet om een raamovereenkomst. Indien daarentegen deze frequentie niet vanaf het begin in de opdrachtdocumenten werd vastgelegd, behoudt de aanbesteder zich het recht voor om van tijd tot tijd beroep te doen op de dienstverlener in functie van zijn behoeften. In dit laatste geval is er sprake van een raamovereenkomst die op zich nooit een opdracht met een periodiek verbruik is.

Er moet echter worden opgemerkt dat de op de raamovereenkomsten gebaseerde opdrachten op hun beurt ook periodieke verbruiksoopdrachten kunnen zijn.