



erap-gsob.brussels 

Public • Governance • Skills

STRIJD TEGEN SOCIALE DUMPING

VIA

OVERHEIDSOPDRACHTEN



INHOUD

1. INLEIDING	4	3. MIJLPALEN IN DE STRIJD TEGEN SOCIALE DUMPING	8
1.1. Het strategische gebruik van overheidsopdrachten en de voorbeeldfunctie van openbare aankopers	4	4. ONTWERP VAN DE OVERHEIDSOPDRACHT	9
1.2. Sociale dumping: waar gaat het over?	4	5. KWALITATIEVE SELECTIE	11
1.2.1. Sociale dumping in het kader van overheidsopdrachten	4	5.1. Uitsluitingsgronden	11
1.2.2. Vormen van sociale fraude	5	5.1.1. Inleiding	11
1.2.3. Fraudegevoelige sectoren	5	5.1.2. Fiscale en sociale schulden	11
2. WET- EN REGELGEVEND KADER	6	5.1.3. Kinderarbeid en andere vormen van mensenhandel	12
2.1. Wetgeving inzake overheidsopdrachten	6	5.1.4. Tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen	12
2.1.1. Algemene normen	6	5.1.5. Niet-naleving van het sociaal recht	12
2.1.2. Andere meer specifieke instrumenten	6	5.1.6. Gebrekkige uitvoering van een eerdere opdracht	12
2.2. Sociaal recht en arbeidsrecht	7	5.2. Bewijs van het bestaan van een uitsluitingsgrond	13
2.2.1. Het sociaal recht en het arbeidsrecht in de zin van artikel 7 van de wet van 17 juni 2016	7	5.2.1. Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) en impliciete verklaring op erewoord	13
2.2.2. Belangrijkste instrumenten van het sociaal en het arbeidsrecht die relevant zijn voor overheidsopdrachten	7	5.2.2. Corrigerende maatregelen	13
2.3. Waar zijn de wettelijke en reglementaire bronnen te vinden?	7	5.2.3. Bewijs 'met alle passende middelen'	14
		5.3. Uitsluitingsgronden die van toepassing zijn op bedrijfsleiders	14
		5.4. Casestudy's	15

6. REGELMATIGHEID VAN DE OFFERTES 16

6.1.	Onregelmatigheid als gevolg van een inbreuk op de sociale wetgeving	16
6.1.1.	Verplichte versus facultatieve uitsluiting	16
6.1.2.	Voorbeelden van inbreuken op het sociaal recht die in principe bij het lezen van de offerte kunnen worden opgespoord	16
6.2.	Prijscontrole	17
6.2.1.	Doelstellingen van de prijscontrole	17
6.2.2.	Het Observatorium van de referentieprijzen voor de overheidsopdrachten	17
6.2.3.	Vooraf: rectificatie van de offertes	17
6.2.4.	Analyse van de offerte en verificatie van de prijzen of kosten	18
6.2.5.	Verzoek om informatie die nodig is om de prijzen of kosten te verifiëren	18
6.2.6.	Vraag om verantwoording	18
6.2.7.	Analyse van het verzoek om verantwoording	19
6.2.8.	Informatie van de toezichhoudende instanties in het geval van abnormale prijzen	20
6.2.9.	Casestudy	20
6.2.10.	Samenvatting	20

7. GUNNINGSCRITERIA 21

8. UITVOERING VAN DE OPDRACHT 22

8.1.	Aangifte van de werken	22
8.2.	Identificatie van de werknemers en Checkin@work	22
8.3.	Controle op sociale en fiscale schulden, inhoudingsplicht en hoofdelijke aansprakelijkheid	23
8.4.	Hoofdelijke aansprakelijkheid voor het loon	23

8.5.	Onderaanneming	24
8.5.1.	Naleving van het sociaal recht door de onderaannemers	24
8.5.2.	Verificatie van de uitsluitingsgronden	24
8.5.3.	Beperking van onderaanneming	25
8.5.4.	Onderaanneming en technische capaciteit	25
8.5.5.	Casestudy	25
8.6.	Straffen die door de aanbesteder worden toegepast	26
8.6.1.	Algemeen stelsel van ambtshalve opgelegde maatregelen en boetes	26
8.6.2.	Voorbeelden van boetes	26
8.6.3.	Andere sancties	27
8.7.	Detachering	27
8.7.1.	Inleiding	27
8.7.2.	A1-formulier	28
8.7.3.	Limosa (L1-document)	29
8.8.	Uitzendkantoren	29
8.9.	Tewerkstelling van buitenlandse werknemers door een Belgische onderneming	30
8.10.	Arbeidsduur	30

9. CHECKLIST VAN DE BELANGRIJKSTE MIDDELEN TER BESTRIJDING VAN DE SOCIALE DUMPING 31

10. CASESTUDY'S: ANTWOORDEN 32

10.1.	Casestudy 1	32
10.2.	Casestudy 2	32
10.3.	Casestudy 3	32
10.4.	Casestudy 4	32

1. INLEIDING

1.1. HET STRATEGISCHE GEBRUIK VAN OVERHEIDS-OPDRACHTEN EN DE VOORBEELDFUNCTIE VAN OPENBARE AANKOPERS

De regelgeving inzake overheidsopdrachten is van oudsher gericht op het waarborgen van de gelijke toegang van ondernemingen tot openbare bestellingen en op het verzekeren van het correcte gebruik van overheidsmiddelen.

Naast deze basisdoelstellingen rijst de vraag naar het 'strategische' gebruik van overheidsopdrachten, dat erin bestaat de economisch meest voordelige offerte te identificeren in het licht van andere zogenaamde 'horizontale' of 'transversale' doelstellingen¹.

Deze horizontale doelstellingen kunnen economisch van aard zijn (bv. beleid om een industriële sector nieuw leven in te blazen) of niet-economisch (bv. sociale of milieuoverwegingen).

Deze aanwending van de overheidsopdrachten als instrument verwijst naar de voorbeeldfunctie die de openbare aankopers moeten vervullen. Ze past ook, meer in het algemeen, binnen de hedendaagse trend naar een grotere verantwoordingsplicht bij aankopen, of die nu openbaar of privaat zijn².

1.2. SOCIALE DUMPING: WAAR GAAT HET OVER?

1.2.1. Sociale dumping in het kader van overheidsopdrachten

De uitdrukking 'sociale dumping' is vaak het onderwerp van gesprek, en verwijst dan naar twee realiteiten³:

- enerzijds het creëren van mededinging tussen de werknemers en de socialebeschermingssystemen van de lidstaten van de Europese Unie op legale manieren;

¹ S. DE LA ROSA, *Droit européen de la commande publique*, Brussel, Bruylant, 2017, pp. 95 ev. Deze doelstellingen werden vroeger omschreven als 'secundair', wat leidde tot de onterechte overtuiging dat ze ondergeschikt waren aan de primaire doelstellingen, die immers belangrijker werden geacht.

² Zo is er sinds 2017 de ISO 20400-norm voor duurzame aankopen, die bedoeld is voor alle organisaties (openbare en private) en tot doel heeft de verschillende aspecten (economische, sociale, ecologische) van duurzame ontwikkeling in het aankoopproces te integreren.

³ E. SLAUTSKY, D. DUMONT en E. DERMINE, "Overheidsopdrachten en sociale dumping – Voorwoord", *Marchés et Contrats Publics / Overheidsopdrachten en -overeenkomsten*, 2018/1, p. 7.

Sociale dumping: hoe de Belgische politie- en legeruniformen in Roemenië worden gemaakt

Belgische politie- en legeruniformen worden gemaakt in Roemeense fabrieken met Belgische eigenaars, door naaisters die van hun loon amper kunnen rondkomen. Wat schort er aan onze openbare aanbestedingen? 'Zolang prijs het belangrijkste gunningscriterium blijft, betaalt altijd iemand het gelag.'

Knack, 7 juli 2020

Sector reageert op fiasco bij sociale woningbouw: "Sociale woningen bouwen aan dumpingprijzen moet stoppen"

Er moet iets grondig veranderen aan de manier waarop we aannemers selecteren voor grote bouwwerken in de sociale sector. Dat vindt zowel de koepel van de sociale huisvestingsmaatschappijen VVH als de Vlaamse Confederatie V-Bouw. "Dat aannemers enkel gekozen worden op basis van de laagste prijs moet stoppen", zeggen verschillende leden van VVH.

Het Laatste Nieuws, 24 februari 2018

Huiszoeken naar sociale dumping in transportsector

Het gerecht heeft elf huiszoeken uitgevoerd bij Belgische transporteurs die verdacht worden van sociale dumping. Onder hen een bestuurslid van de werkgeversorganisatie Febetra.

De Tijd, 17 oktober 2018

- anderzijds een brede waaier aan frauduleuze praktijken die, door het op illegale wijze minimaliseren van de loondruk en de werkingskosten van een onderneming, de ontwikkeling van oneerlijke concurrentie mogelijk maken en leiden tot schendingen van de rechten van werknemers.

Dit onderscheid maakt duidelijk dat niet elke praktijk van sociale dumping juridisch gezien noodzakelijkerwijs verboden is, ook al is ze ethisch gezien controversieel.

Deze brochure behandelt enkel de bestrijding van *illegale* praktijken van sociale dumping, zowel in de fase van het plaatsen van een overheidsopdracht als tijdens de uitvoering ervan.

1.2.2. Vormen van sociale fraude

Oneerlijke ondernemingen maken gebruik van alle vormen van sociale fraude om hun kosten te verlagen en een oneerlijk concurrentievoordeel te behalen⁴:

- misbruik bij de detachering van buitenlandse werknemers;
- gebruik van 'postbusbedrijven';
- niet-naleving van de loon- en arbeidsvoorwaarden die zijn vastgelegd in de Belgische regelgeving;
- steeds meer niveaus van onderaanneming, waardoor de controles worden bemoeilijkt;
- inzetten van schijnzelfstandigen;
- misbruik van gedeeltelijke of volledige werkloosheid;
- zwartwerk;
- tewerkstelling van werknemers zonder verblijfs- of werkvergunning;
- enz.

De hierboven genoemde dumpingpraktijken gaan vaak gepaard met het gebruik van valse documenten (bv. valse onderaannemingsovereenkomsten, valse facturen die bedoeld zijn om aannemelijk te maken dat er substantiële activiteiten plaatsvinden in het hoofdkantoor van een postbusbedrijf), of met het niet-opstellen van de wettelijk vereiste documenten (bv. het ontbreken van een voorafgaande aangifte voor gedetacheerde werknemers in loondienst).

4 J.-F. JAMINET, « Debout ! Les adjudicateurs ! Du dumping, faisons table rase », *Chronique des marchés publics/Jaarboek Overheidsopdrachten 2015-2016*, Brussel, EBP Consulting, 2016, p. 309.

1.2.3. Fraudegevoelige sectoren

Sommige bestrijdingsmaatregelen inzake sociale dumping zijn van toepassing op alle overheidsopdrachten, andere hebben alleen betrekking op de *fraudegevoelige sectoren*.

De fraudegevoelige sectoren zijn⁵:

- de opdrachten voor werken;
- de opdrachten voor diensten in het kader van de in artikel 35/1 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers bedoelde activiteiten die onder het toepassingsgebied vallen van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden. De betrokken opdrachten voor diensten betreffen met name⁶ de activiteiten inzake schoonmaak, bewaking, tuinonderhoud, bepaalde transportactiviteiten enz.

5 Art. 2, 13° van het koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren; art. 2, 25° van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten.

6 Zie de samenvattende tabel op <https://www.publicprocurement.be/nl/documenten/opdrachten-voor-werken-en-diensten-een-fraudegevoelige-sector>.

2. WET- EN REGELGEVEND KADER

2.1. WETGEVING INZAKE OVERHEIDSOPDRACHTEN

2.1.1. Algemene normen

De algemene normen van de wetgeving inzake overheidsopdrachten waarnaar in deze gids wordt verwezen, zijn de volgende:

Plaatsing	• Richtlijn 2014/24/EU (klassieke sectoren)⁷ • Richtlijn 2014/25/EU (speciale sectoren)⁸ • Richtlijn 2014/23/EU (concessies)⁹
	• Wet van 17 juni 2016 (overheidsopdrachten)¹⁰ • Wet van 17 juni 2016 (concessies)¹¹
	• Koninklijk besluit van 18 april 2017 (klassieke sectoren)¹² • Koninklijk besluit van 18 juni 2017 (speciale sectoren)¹³ • Koninklijk besluit van 25 juni 2017 (concessies)¹⁴
Beroep	• Wet van 17 juni 2013¹⁵
Uitvoering	• Koninklijk besluit van 14 januari 2013 (algemene uitvoeringsregels)¹⁶ • Koninklijk besluit van 25 juni 2017 (concessies)¹⁷

7 Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG.

8 Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG.

9 Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten.

10 Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten.

11 Wet van 17 juni 2016 betreffende de concessieovereenkomsten.

12 Koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren.

13 Koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren.

14 Koninklijk besluit van 25 juni 2017 betreffende de plaatsing en de algemene uitvoeringsregels van de concessieovereenkomsten.

15 Wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies.

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

17 Koninklijk besluit van 25 juni 2017 betreffende de plaatsing en de algemene uitvoeringsregels van de concessieovereenkomsten.

2.1.2. Andere meer specifieke instrumenten

Sommige instrumenten van het recht inzake overheidsopdrachten zijn meer specifiek gewijd aan de relaties tussen overheidsopdrachten en het sociaal recht.

In dit verband kunnen we de **federale omzendbrief van 10 juli 2017** met als titel 'Strijd tegen sociale dumping bij overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten' aanhalen¹⁸. Deze omzendbrief is formeel alleen gericht aan de federale aanbestedende overheden, maar de Gids in de bijlage¹⁹ is relevant voor alle aanbestedende overheden.

Bij de **Brusselse ordonnantie van 3 april 2014**²⁰ werd ook een Observatorium voor referentieprijzen bij overheidsopdrachten opgericht, dat zal worden besproken in het hoofdstuk over de controle op abnormale prijzen (6.2.2).

Tot slot moeten we voor de goede orde de **ordonnantie van 8 mei 2014**²¹ en de **omzendbrief van 19 juli 2018**²² vermelden, die tot doel hebben sociale clausules op te nemen in de gewestelijke overheidsopdrachten. Sociale clausules — net als voorbehouden opdrachten²³ — hebben echter geen betrekking op de strijd tegen sociale dumping in strikte zin. Het gaat er meer om dat mensen die ver van de arbeidsmarkt af staan, door middel van overheidsopdrachten een job of een opleiding kunnen vinden.

18 https://www.publicprocurement.be/sites/default/files/documents/2017_07_10_dumping_soc_0.pdf.

19 https://www.publicprocurement.be/sites/default/files/documents/social_dumping_speciale_sectoren_nl_def.pdf.

20 Ordonnantie van 3 april 2014 houdende oprichting van een Observatorium van de referentieprijzen voor de overheidsopdrachten binnen de Economische en Sociale Raad van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest. Deze ordonnantie zou binnenkort gewijzigd kunnen worden.

21 Ordonnantie van 8 mei 2014 betreffende de invoeging van sociale clausules in de overheidsopdrachten.

22 Omzendbrief van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 19 juli 2018 betreffende de verplichting om sociale clausules op te nemen in de gewestelijke overheidsopdrachten.

23 Het is mogelijk om het recht om deel te nemen aan een overheidsopdracht voor te behouden aan sociale werkplaatsen (bedrijven voor aangepast werk) en aan ondernemingen die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot doel hebben (ondernemingen voor socioprofessionele inschakeling), ook boven de Europese drempelwaarden. Minstens 30 % (voorheen de meerderheid) van het personeel van deze ondernemingen moet een gehandicapte of kansarme werknemer zijn (art. 15 van de wet van 17 juni 2016). Voorbehouden overheidsopdrachten zijn, net als de sociale clausules, maatregelen die afwijken van de logica van de laagste kostprijs en kunnen in die zin onrechtstreeks bijdragen aan de bestrijding van sociale dumping.

2.2. SOCIAAL RECHT EN ARBEIDSRECHT

2.2.1. Het sociaal recht en het arbeidsrecht in de zin van artikel 7 van de wet van 17 juni 2016

Artikel 7 van de wet van 17 juni 2016 legt het volgende fundamentele beginsel vast:

*“De ondernemers zijn ertoe gehouden **alle toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht uit hoofde van het Europees Unierecht, nationale recht [...] na te leven en te doen naleven door elke persoon die handelt als onderaannemer in welke fase ook, en door elke persoon die personeel tewerkstelt voor de uitvoering van de opdracht.**”*

De uitdrukking ‘sociaal recht en arbeidsrecht’ wordt niet gedefinieerd in de wet van 2016. Volgens de voorbereidende werkzaamheden²⁴ gaat het meer bepaald om wettelijke, reglementaire en conventionele bepalingen op het vlak van:

- de betaling van de vergoeding;
- het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk;
- de algemene werkomstandigheden;
- de tewerkstelling van buitenlandse werknemers;
- de verplichtingen op het gebied van de sociale zekerheid.

De uitdrukking ‘sociaal en arbeidsrecht’ is ontleend aan de richtlijn die de wet omzet. In het Belgische recht kan men echter gewoon verwijzen naar het ‘sociaal recht’, dat het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht omvat. In deze gids dekt de term ‘sociaal recht’ dus deze twee realiteiten.

In het licht van de ruime interpretatie van het concept van het sociaal recht in het Belgische recht, zullen we aan deze lijst met voorbeelden waarschijnlijk alle regels moeten toevoegen die niet alleen in het kader van de arbeidsverhoudingen zijn aangenomen, maar die in de praktijk een zeer belangrijke invloed hebben op de rechten van de partijen bij de arbeidsovereenkomst²⁵. Het gaat bijvoorbeeld om de regels voor de bestrijding van discriminatie.

De meeste normen op het vlak van het sociaal en het arbeidsrecht zijn afkomstig van de federale Staat. Toch zijn er bepaalde regels die door de gefedereerde entiteiten op basis van hun eigen bevoegdheid zijn uitgevaardigd en die tot doel hebben de werknemers te beschermen. Het gaat bijvoorbeeld om de – gewestelijke – regels voor de erkenning van uitzendbureaus (8.8).

²⁴ Wetsontwerp inzake overheidsopdrachten, *Parl.St. Kamer* 2015-16, nr. 54-1541/1, p. 26.

²⁵ A. MECHÉLYNCK en M. VANDERSTRAETEN, “La lutte contre le dumping social dans la passation des marchés publics”, *MCP-000*, 2018/1, p. 26.

2.2.2. Belangrijkste instrumenten van het sociaal en het arbeidsrecht die relevant zijn voor overheidsopdrachten

De belangrijkste normen van het sociaal en het arbeidsrecht waarnaar in deze brochure wordt verwezen, zijn:

- de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders (**‘RSZ-Wet’**);
- de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk en de **Codex over het welzijn op het werk**;
- de **Arbeidswet** van 16 maart 1971;
- het Sociaal Strafwetboek;
- de wet van 12 april 1965 betreffende de **bescherming van het loon** der werknemers;
- de wet van 5 maart 2002 betreffende de arbeids-, loon- en tewerkstellingsvoorwaarden in geval van **detachering** van werknemers in België en de naleving ervan (omzetting van de richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, gewijzigd door de richtlijn 2018/957 van 28 juni 2018).

2.3. WAAR ZIJN DE WETTELIJKE EN REGLEMENTAIRE BRONNEN TE VINDEN?

De normen van het recht inzake overheidsopdrachten, het sociaal recht en het arbeidsrecht ondergaan vaak wijzigingen.

Het is belangrijk om bijgewerkte bronnen rechtstreeks via officiële portalen te raadplegen. De ‘Reflex’-databank²⁶ biedt bijvoorbeeld toegang tot geconsolideerde en bijgewerkte wetgeving:

²⁶ <http://reflex.raadvst-consetat.be/reflex/?page=info&c=&d=intro&docid=&tab=&lang=nl>

3. MIJLPALEN IN DE STRIJD TEGEN SOCIALE DUMPING

De strijd tegen de sociale dumping vindt plaats in alle fasen van de plaatsing en uitvoering van een overheidsopdracht:

- bij het opstellen van het bestek **(4)** door het bepalen van een passende antidumpingstrategie en het opstellen van de overeenkomstige clausules;
- bij de kwalitatieve selectie **(5)**, die in het bijzonder de verificatie van sociale en fiscale schulden en andere uitsluitingsgronden omvat;
- bij de controle op de regelmatigheid van de offertes **(6)**, en met name op de regelmatigheid van de prijzen;
- bij de vergelijking van de offertes aan de hand van de gunningscriteria **(7)**;
- tijdens de uitvoering van het opdracht **(8)**, met name door toezicht te houden op de naleving van het arbeidsrecht door de onderaannemers.



4. ONTWERP VAN DE OVERHEIDSOPDRACHT

De meeste controles die de aanbestedende overheid in de strijd tegen sociale dumping moet uitvoeren, zijn verplicht; desalniettemin behoudt de aanbestedende overheid een manoeuvreerruimte die haar in staat stelt om meer of minder ambitieus te zijn in de frequentie of de intensiteit van de controles, afhankelijk van het soort opdracht in kwestie en de menselijke en materiële middelen van de aanbestedende overheid.

Dit nagestreefde niveau moet dus vóór de lancering van de overheidsopdracht worden bepaald, in overleg met de interne klanten en de controleurs van de werken en in overeenstemming met de algemene doelstellingen die op beleidsniveau zijn vastgesteld (bv. het gemeentelijk handvest ter bestrijding van sociale dumping).

Het doel moet zijn om zich de 'sociale dumping'-reflex eigen te maken, zonder daarbij blijf te geven van radicalisme:

- niet alle opdrachten lenen zich noodzakelijkerwijs voor de strengste controles: het nagestreefde niveau moet worden aangepast aan het doel en de waarde van de opdracht;
- het kan nuttig zijn de meest ambitieuze clausules voor te behouden voor 'vlaggenschipprojecten', die bijzonder symbolisch zijn voor de aanbestedende overheid. Voor deze strategische projecten kan een versterkte samenwerking met de arbeidsinspectie worden overwogen met het oog op regelmatigere controles.

Net zoals andere overheden heeft Beliris een samenwerkingsprotocol gesloten met de Sociale Inlichtingen- en Opsporingsdienst ('SIOD'), d.w.z. het coördinatieorgaan van bepaalde federale inspectiediensten (sociale inspectie, NEO, RSZ enz.), dat ook met de gewestelijke inspectiediensten samenwerkt. Het protocol voorziet in praktische samenwerkingsregelingen om gevallen van sociale dumping op de Beliris-bouwplaatsen te voorkomen. Beliris bezorgt de SIOD regelmatig een bijgewerkte lijst van zijn lopende bouwplaatsen. Als Beliris vermoedt dat een van zijn opdrachtnemers (of een van zijn onderaannemers) het sociaal recht ernstig schendt, informeert Beliris de SIOD. De inspectiediensten voeren al dan niet op verzoek van Beliris gerichte inspecties uit op de bouwplaatsen van die laatste. De SIOD geeft ook één keer per jaar een opleiding in sociaal recht aan het personeel van Beliris.

Met het oog op de bewustmaking mag de aanbestedende overheid in ieder geval niet aarzelen om het belang van de bestrijding van sociale dumping in het bestek zelf te benadrukken, onder verwijzing naar de algemene strategie van de aanbestedende overheid op dit gebied:

"De aanbestedende overheid hecht veel belang aan de bestrijding van sociale dumping. Deze bekommernis komt tot uiting in haar < strategisch beleid >, < handvest >, < aankoopbeleid >, ..."

Sommige aanbestedende overheden nodigen de inschrijvers uit om bij hun offerte een ondertekende verbintenis te voegen ter bevordering van eerlijke concurrentie en ter bestrijding van sociale dumping²⁷. Een dergelijk instrument kan nuttig zijn voor bepaalde bijzonder gevoelige opdrachten. Het zou in principe echter niet mogen worden veralgemeend, gezien de administratieve last die het met zich meebrengt en het symbolische karakter van de verbintenis die van de inschrijver wordt verlangd.

Bovendien moet bij het opstellen van het bestek worden overwogen om clausules op te nemen die eerlijke concurrentie bevorderen (bv. de keuze van kwaliteitscriteria die correct worden gewogen) en die de controle op en de bestraffing van mogelijke inbreuken op het sociaal recht vergemakkelijken (bv. bijzondere boete in geval van overtreding van de wettelijke arbeidsduur). We komen hierop terug in de overeenkomstige hoofdstukken.

²⁷ Zie bijvoorbeeld in Wallonië de 'Déclaration des entrepreneurs pour une concurrence loyale et contre le dumping social' ('Verklaring van de ondernemers voor eerlijke concurrentie en tegen sociale dumping'), waarnaar wordt verwezen in de omzendbrief van 30 maart 2017 (<http://marchespublics.wallonie.be>).

De opdrachtdocumenten kunnen een beheersing van de taal van de opdracht vereisen, wel met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel om te voorkomen dat deze eis discriminerende gevolgen heeft die in strijd zijn met het Europees recht. Het is in principe wettelijk toegestaan om een clause op te nemen over het gebruik van talen voor opdrachten voor werken of diensten die een risico voor de fysieke veiligheid van de werknemers inhouden.

“De opdrachtnemer en elke onderaannemer moet verplicht in het team van werknemers dat op de bouwplaats aanwezig is, werknemers tellen die een omkaderende functie uitoefenen (met inbegrip van de opzichter, de sociale begeleider, de coördinator veiligheid-gezondheid en elke werknemer die een veiligheidsfunctie en/of toezichtfunctie bekleedt in de zin van de Codex over het welzijn op het werk) die een toereikende kennis van de Franse of Nederlandse taal bezitten.

Dat betekent dat de opdrachtnemer het bewijs moet kunnen leveren van het feit dat de werknemers die voornoemde functies uitoefenen, minstens beschikken over een taalattest A2 van de Franse of Nederlandse taal van een erkende instelling of een gelijkvormig attest, of minstens beschikken over een diploma van het officieel lager onderwijs dat in de Franse of Nederlandse taal werd gevolgd, of over een equivalent diploma.

Deze verplichting geldt voor alle niveaus van de onderaanneming. De onderneming-opdrachtnemer moet bijgevolg de documenten betreffende de taal van de opdracht aan de aanbestedende overheid bezorgen, in de taal van de opdracht of door middel van een beëdigde vertaling, en dit ten laatste 5 dagen voor het begin van de werkzaamheden van de opdrachtnemer en van elke onderaannemer.

De naam van deze personen wordt de opdrachtgever bij het begin van de werkzaamheden bekendgemaakt, en bij elke wijziging in verband met de werknemers die een omkaderende functie vervullen.

De aanbestedende overheid zal door tussenkomst van haar bouwplaatsopzichter en vóór het begin van de bouwplaats nagaan dat de personen die een omkaderende functie vervullen, op haar eerste verzoek op geldige wijze met één van voornoemde middelen hun beheersing van de Franse of Nederlandse taal kunnen aantonen.

De aanbestedende overheid behoudt zich eveneens het recht voor om toevallige controles te verrichten waarmee ze zal nagaan of de personen die aanwezig zijn op de bouwplaats en op wie deze bepaling toepasselijk is, de nodige taalattesten hebben verstrekt.

Elke inbreuk op deze bepaling geeft de aanbestedende overheid het recht om de vervanging van de werknemer in kwestie te vragen. Bij ontstentenis brengt dit de toepassing mee van een bijzondere straf van € XX per in gebreke zijnde persoon en per dag.²⁸”

28 Clause geïnspireerd op de Gids voor goede praktijken in overheidsopdrachten, opgesteld op basis van het verslag van de gewestelijke werkgroep ‘Bestrijding van sociale dumping’ <https://www.brupartners.brussels/nl/observatory/nuttige-publicaties-en-documenten/gids-voor-goede-praktijken-in-overheidsopdrachten/gids-voor-goede-praktijken-in-overheidsopdrachten-1>, p. 53.

5. KWALITATIEVE SELECTIE

5.1. UITSLUITINGSGRONDEN

5.1.1. Inleiding

Het doel van de uitsluitingsgronden is ondernemingen die zich in een van de in de wet genoemde situaties bevinden²⁹, van deelneming aan een overheidsopdracht uit te sluiten. De wet maakt een onderscheid tussen verplichte uitsluitingsgronden — die in principe altijd moeten leiden tot de uitsluiting van de betrokken ondernemer — en facultatieve uitsluitingsgronden — die tot een dergelijke uitsluiting kunnen leiden.

Deze uitsluitingsgronden zijn gebaseerd op het gedrag van de betrokken kandidaat of inschrijver in het verleden. Zij mogen daarom niet worden verward met de redenen voor de onregelmatigheid van een *offerte* die in strijd is met het sociale recht (6.1).

Indien een beroep wordt gedaan op de draagkracht van derden, moet ook ten aanzien van deze derden worden nagegaan of er gronden voor uitsluiting bestaan³⁰. De bedoelde derden zijn (i) degenen die tot dezelfde groep van ondernemers behoren (tijdelijke vereniging), (ii) degenen op wie de ondernemer een beroep doet om aan de kwalitatieve selectiecriteria te voldoen. Het gaat dus niet om *alle* onderaannemers.

De meest relevante oorzaken van uitsluiting in verband met sociale dumping zijn de volgende:

- verplichte uitsluiting met betrekking tot niet-betaling van fiscale en sociale schulden (5.1.2);
- verplichte uitsluiting wegens kinderarbeid en andere vormen van mensenhandel (5.1.3);
- verplichte uitsluiting in verband met het tewerkstellen van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen (5.1.4);
- facultatieve uitsluiting in geval van niet-naleving van het milieu-, sociaal of arbeidsrecht (5.1.5);
- facultatieve uitsluiting in geval van aanzienlijke of aanhoudende tekortkomingen bij de uitvoering van een essentiële verplichting uit een eerdere opdracht (5.1.6).

²⁹ Art. 67 tot 69 van de wet van 17 juni 2016; art. 61 tot 64 van het koninklijk besluit van 18 april 2017.

³⁰ Art. 73, § 1, tweede lid van het koninklijk besluit van 18 april 2017.

5.1.2. Fiscale en sociale schulden

De aanbestedende overheid sluit in elk stadium van de aanbestedingsprocedure iedere kandidaat of inschrijver uit die niet aan zijn verplichtingen inzake de betaling van belastingen of socialezekerheidsbijdragen voldoet.

De aanbestedende overheid controleert via Telemarc de situatie met betrekking tot de fiscale en sociale schulden na de uiterste datum voor de indiening van de deelnemingsaanvragen of de offertes. Deze controle mag niet worden verward met de controle die plaatsvindt tijdens de uitvoering van het contract via de website <https://www.checkinhoudingsplicht.be> (8.3).

In het geval van schulden aan een andere lidstaat en bij gebrek aan een portaal dat vergelijkbaar is met dat van Telemarc, verstrekt de onderneming een door de buitenlandse bevoegde autoriteit afgegeven attest.

Federale Overheidsdienst FINANCIËN
INNING EN INVORDERING
FISCAAL ATTEST

Ondernemingsnummer: [REDACTED]
Benaming: [REDACTED]
Datum van het attest: 22-10-2019

Er is geen schuld.

De kandidaat of inschrijver is de FOD Financiën geen enkele opeisbare belasting, administratieve boete, nalatigheidsinterest, noch vervolgingskosten inzake directe belastingen en geen enkele belasting, interest, administratieve geldboete of toeberekeningen inzake BTW verschuldigd waarvan de totale som meer dan 3.000 € bedraagt.

Ook al is het stelsel van corrigerende maatregelen (5.2.2) niet van toepassing op fiscale en sociale schulden, toch is er voorzien in een regularisatieregeling ad hoc voor het geval de ondernemer fiscale of sociale schulden zou hebben:

- de aanbestedende overheid biedt de onderneming de kans haar fiscale en sociale verplichtingen tijdens de plaatsingsprocedure te regulariseren;
- de onderneming heeft 5 werkdagen de tijd om het bewijs van haar regularisatie te leveren;
- de onderneming heeft slechts recht op één mogelijkheid tot regularisatie.

Een ondernemer die fiscale of sociale schulden heeft, wordt niet uitgesloten als aan een van de volgende voorwaarden is voldaan:

- een dwingende reden van algemeen belang verplicht de aanbestedende overheid ertoe te handelen met deze ondernemer; of
- het bedrag van de onbetaalde schulden is niet hoger dan 3.000 euro; of
- de onderneming heeft ten aanzien van een aanbestedende overheid een of meer schuldvorderingen die zeker, opeisbaar en vrij van verbintenissen zijn, voor een bedrag dat ten minste gelijk is aan het bedrag van zijn fiscale en sociale schulden (verminderd met 3.000 euro);
- de onderneming heeft aan haar verplichtingen voldaan door te betalen of door een bindende overeenkomst te sluiten tot betaling van de verschuldigde belastingen of bijdragen, met inbegrip van eventuele interesten en boetes, op voorwaarde dat deze betaling of de sluiting van een dergelijke overeenkomst heeft plaatsgevonden vóór de indiening van de aanvraag tot deelneming of (in het kader van een openbare procedure) vóór de uiterste datum voor de indiening van de offertes.

Betreft: ATTEST OVERHEIDSOPDRACHTEN, uitgereikt ter uitvoering van artikel 62 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 (BS van 9 mei 2017) plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren, zoals gewijzigd door het koninklijk besluit van 15 april 2018 (BS van 18 april 2018), en artikel 68 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 (BS van 18 april 2017) plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren, dat op 30 juni 2017 in werking is getreden, en ter uitvoering van artikel 33, § 4, van de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen, zoals vervangen door artikel 18 van de wet van 27 mei 2013 (BS van 22 juli 2013).

Geachte mevrouw, Geachte heer,

De Rijksdienst voor Sociale Zekerheid verklaart dat de werkgever volgens de boekingen op 07.08.2019 en op basis van de bijdragen die tot en met het eerste kwartaal van 2019 moeten worden aangegeven, een bijdrageschuld heeft van 501.095,02 euro.

Voor de bovenvermelde schuld is een betalingsregeling getroffen. De betalingsvoorwaarden met betrekking tot de vereffening van deze schuld worden strikt nageleefd.

Hoogachtend,

De algemeen bestuurder,
In opdracht,
Digitaal ondertekend door

5.1.3. Kinderarbeid en andere vormen van mensenhandel

De uitsluiting om reden van kinderarbeid of andere vormen van mensenhandel is verplicht.

Ze moet gebaseerd zijn op een veroordeling door een rechterlijke beslissing die in kracht van gewijsde is gegaan. De uitsluiting is geldig voor een periode van vijf jaar vanaf de datum van het vonnis.

5.1.4. Tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen

Deze verplichte uitsluitingsgrond betreft het tewerkstellen van illegaal verblijvende onderdanen in de zin van artikel 35/6 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers.

De uitsluiting geldt voor een periode van vijf jaar vanaf het einde van de inbreuk.

Om de uitsluiting vast te stellen is een rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde niet nodig: een administratieve (bv. een boete) of gerechtelijke beslissing volstaat, met inbegrip van een schriftelijke kennisgeving in overeenstemming met artikel 49/2 van het Sociaal Strafwetboek. Dit betreft de kennisgeving waarmee de sociaal inspecteurs de ondernemers en de bouwheren ervan op de hoogte brengen dat hun aannemer een of meer illegaal verblijvende onderdanen van derde landen tewerkstelt.

5.1.5. Niet-naleving van het sociaal recht

Dit betreft een facultatieve uitsluitingsgrond.

De uitsluiting geldt voor een periode van drie jaar vanaf de datum van de betrokken gebeurtenis of, in geval van een voortgezette inbreuk, vanaf het einde van de inbreuk.

Gezien de ruime definitie van het sociaal recht in het Belgische recht is deze uitsluitingsgrond even ruim en rijst de vraag naar het bewijs van mogelijke inbreuken door de aanbestedende overheid. Dit wordt hieronder nader besproken (5.2.3).

5.1.6. Gebrekkige uitvoering van een eerdere overheidsopdracht

Een inschrijver kan ook worden uitgesloten wanneer aanzienlijke of aanhoudende tekortkomingen van de kandidaat of inschrijver zijn vastgesteld bij de uitvoering van een essentiële verplichting die op hem rustte uit hoofde van een eerdere overheidsopdracht (met inbegrip van een opdracht van een andere aanbestedende overheid).

Deze facultatieve uitsluitingsgrond kan relevant zijn in het kader van de bestrijding van sociale dumping, bijvoorbeeld wanneer de bij de uitvoering van een eerdere opdracht geconstateerde tekortkoming betrekking heeft op het sociaal recht.

Er zijn echter drie voorwaarden vereist:

- er zijn **ernstige** of **aanhoudende** tekortkomingen vastgesteld;
- bij de uitvoering van een **essentiële verplichting** uit hoofde van een eerdere overheidsopdracht;
- deze tekortkomingen hebben aanleiding gegeven tot ambtshalve maatregelen, schadevergoeding of een andere vergelijkbare sanctie. Met andere woorden, een eenvoudig pv van ingebrekestelling is niet voldoende.

De uitsluiting geldt voor een periode van drie jaar vanaf de datum van de betrokken gebeurtenis of, in geval van een voortgezette inbreuk, vanaf het einde van de inbreuk.

5.2. BEWIJS VAN HET BESTAAN VAN EEN UITSLUITINGSGROND

5.2.1. Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) en impliciete verklaring op erewoord

Boven de Europese drempelwaarden moet de aanbestedende overheid van de kandidaten of inschrijvers eisen dat zij het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) gebruiken.

Het betreft een verklaring op erewoord van de kandidaat of inschrijver dat hij niet in een situatie van uitsluiting verkeert en dat hij aan de kwalitatieve selectiecriteria voldoet³¹. De aanbestedende overheid controleert in principe alleen het bestaan van uitsluitingsgronden van degene aan wie ze van plan is de opdracht te gunnen. De controle kan echter eerder plaatsvinden als dit nodig is om het goede verloop van de procedure te waarborgen.

Artikel 57, lid 2, van Richtlijn 2014/24/EU vermeldt de volgende uitsluitingsgronden:

Betaling van belastingen

Heeft de ondernemer zijn verplichtingen geschonden met betrekking tot de betaling van belastingen, zowel in het land waar hij is gevestigd als in de lidstaat van de aanbestedende overheid of aanbestedende entiteit indien dit een ander land is dan het land van vestiging?

Uw antwoord?

- ☐ Ja
☒ Nee

Zijn deze gegevens voor de aanbesteder kosteloos beschikbaar uit een databank van een EU-lidstaat?

- ☐ Ja
☒ Nee

³¹ Art. 73 van de wet van 17 juni 2016.

Betaling van sociale premies

Heeft de ondernemer zijn verplichtingen geschonden met betrekking tot de betaling van sociale premies, zowel in het land waar hij is gevestigd als in de lidstaat van de aanbestedende overheid of aanbestedende entiteit indien dit een ander land is dan het land van vestiging?

Uw antwoord?

- ☐ Ja
☒ Nee

Zijn deze gegevens voor de aanbesteder kosteloos beschikbaar uit een databank van een EU-lidstaat?

- ☐ Ja
☒ Nee

Onder de Europese drempelwaarden wordt een systeem van impliciete verklaring op erewoord toegepast: louter het feit dat een aanvraag tot deelneming of een offerte wordt ingediend, vormt een verklaring op erewoord dat de kandidaat of inschrijver niet in een situatie van uitsluiting verkeert³².

Zowel boven als onder de drempelwaarden moeten de kandidaten en de inschrijvers het bestaan van een mogelijke uitsluitingsgrond aangeven, in welk geval zij corrigerende maatregelen moeten nemen.

5.2.2. Corrigerende maatregelen

De wet biedt de mogelijkheid aan de inschrijver die in een situatie van uitsluiting verkeert (zelfs van verplichte uitsluiting) om te bewijzen dat hij corrigerende maatregelen heeft genomen ('self cleaning')³³.

Hiertoe bewijst de ondernemer, op eigen initiatief, dat hij eventuele schade als gevolg van strafrechtelijke inbreuken of fouten heeft betaald of heeft toegezegd te zullen vergoeden, dat hij de feiten en omstandigheden heeft opgehelderd door actief mee te werken met de onderzoekende autoriteiten en dat hij concrete technische, organisatorische en personeelsmaatregelen heeft genomen die geschikt zijn om verdere strafrechtelijke inbreuken of fouten te voorkomen³⁴.

In het kader van het sociaal recht zou men kunnen denken aan de volgende maatregelen:

- verandering van sociaal secretariaat (indien dit laatste verantwoordelijk was voor de inbreuk);
- beëindiging van alle relaties met bepaalde personeelsleden;
- aankoop van computerprogramma's voor het beheer van de bezoldigingen;
- oprichting van een interne auditinstantie.

³² Art. 74 van de wet van 17 juni 2016 en art. 39 van het koninklijk besluit van 18 april 2017.

³³ Art. 70, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016.

³⁴ Art. 70, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016.

Artikel 57, lid 2, van Richtlijn 2014/24/EU vermeldt de volgende uitsluitingsgronden:

Niet-nakoming van verplichtingen op het gebied van sociaal recht

Heeft de ondernemer, voor zover hij weet, zijn verplichtingen op het gebied van sociaal recht geschonden? Als vermeld, voor zover het om deze aanbestedingsprocedure gaat, in de nationale wetgeving, in de betreffende aankondiging of de aanbestedingsstukken of in artikel 18, lid 2, van Richtlijn 2014/24/EU.

Uw antwoord?

☐ Ja

☒ Nee

De beschreven maatregelen worden door de aanbestedende overheid beoordeeld in het licht van de ernst en de bijzondere omstandigheden van de strafrechtelijke inbreuken of de fout. Er moet een gemotiveerde beslissing worden genomen. De wet bepaalt dat wanneer de maatregelen onvoldoende worden geacht, de redenen voor de beslissing in kwestie aan de betrokken ondernemer moeten worden meegedeeld³⁵.

5.2.3. Bewijs 'met alle passende middelen'

De uitsluiting met betrekking tot een schending van het sociaal recht (5.1.5) is van toepassing zodra de aanbestedende overheid '**met alle passende middelen**' een tekortkoming van de kandidaat of inschrijver op dat vlak kan aantonen.

In principe is dit bewijs afkomstig van de kandidaat of inschrijver zelf, want hij moet spontaan melding maken van een uitsluitingssituatie en van corrigerende maatregelen (5.2.1 en 5.2.2).

Indien de ondernemer, al dan niet bewust, geen melding maakt van een schending van het sociaal recht waaraan hij zich desondanks schuldig maakt, brengt dit de volgende gevolgen met zich mee³⁶:

- het feit dat de ondernemer een valse verklaring heeft afgelegd of informatie heeft achtergehouden, is op zich een motief voor facultatieve uitsluiting³⁷;
- de aanbestedende overheid kan met elk passend middel het bewijs van een inbreuk leveren. In dit verband kan zij contact opnemen met de bevoegde Belgische of buitenlandse autoriteiten om de informatie te verkrijgen die zij nodig acht³⁸. Het kan bijvoorbeeld gaan om een uittreksel uit het strafregister, een verklaring van de Directie van de Administratieve Geldboetes van de FOD Werkgelegenheid (DIRAME) of zelfs een verklaring van de sociale inspectie.

³⁵ Art. 70, lid 3, van de wet van 17 juni 2016.

³⁶ A. MECHÉLYNCK en M. VANDERSTRAETEN, « La lutte contre le dumping social dans la passation des marchés publics », MCP-000, 2018/1, pp. 32-34.

³⁷ Art. 69, 8°, van de wet van 17 juni 2016.

³⁸ Art. 59 van het koninklijk besluit van 18 april 2017.

5.3. UITSLUITINGSGRONDEN DIE VAN TOEPASSING ZIJN OP BEDRIJFSLEIDERS

De verplichting om een onderneming uit te sluiten geldt ook wanneer de persoon die bij definitief vonnis is veroordeeld³⁹:

- lid is van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van de onderneming; of
- vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid van de onderneming heeft; of
- daarin vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid heeft.

Vanuit het oogpunt van het sociaal strafrecht is deze uitbreiding van de uitsluitingsgronden relevant, aangezien het niet altijd de rechtspersoon is die wordt voorgesteld als de werkgever die zich in een situatie van uitsluiting zal bevinden.

Deze aanvullende controle heeft alleen betrekking op de gronden voor verplichte uitsluiting (de aanbestedende overheid **mag** de controle met betrekking tot de gronden voor facultatieve uitsluiting uitvoeren).

Deze aanvullende controle heeft alleen betrekking op Europese opdrachten (de aanbestedende overheid **mag** deze controle echter ook onder de Europese drempelwaarden uitvoeren).

³⁹ Art. 67, § 1, laatste lid, en art. 69, laatste lid, van de wet van 17 juni 2016.

5.4. CASESTUDY'S

In het kader van een overheidsopdracht voor diensten (projectontwerp) die geplaatst wordt in de vorm van een mededingingsprocedure met onderhandeling, dient de bv Architect, naar Belgisch recht, een aanvraag tot deelname in, en dit in tijdelijke vereniging met de sarl Teknik, een Frans bureau van stabiliteitsingenieurs. Mary Bonneville, EPB-expert, is vermeld als onderaannemer. De opdracht heeft een waarde van € 310.000 excl. btw. De selectiecriteria vereisen het voorleggen van lijsten met referenties op het vlak van architectuur en stabiliteit.

Vragen:

- Moet er een UEA worden opgesteld, en zo ja, door wie?
- Wat het Franse bureau betreft, kan het bestaan van fiscale of sociale schulden niet worden gecontroleerd met Telemarc. Wat moet u doen?
- Moet het bestaan van een eventuele inbreuk op de sociale wetgeving door mevrouw Bonneville worden geverifieerd?

Het antwoord vindt u op pagina 32.

De aannemer van werken Goodfellas dient een offerte in voor een overheidsopdracht voor werken onder de Europese drempelwaarden, die wordt geplaatst via een rechtstreekse onderhandelingsprocedure met bekendmaking. Wat de uitsluitingsgronden betreft, wordt toepassing gemaakt van de impliciete verklaring op erewoord. Het criterium 'prijs' krijgt een weging van 70 %, het criterium 'methodologie voor de werken' een weging van 15% en het criterium 'uitvoeringstermijn' een weging van 15%.

U verneemt toevallig, via een vriend die voor een andere aanbestedende overheid werkt, dat deze laatste onlangs dertien pv's van ingebrekestelling heeft opgesteld tegen Goodfellas in verband met de lopende uitvoering van werken.

Zes ervan hebben betrekking op sociale inbreuken, met name de niet-naleving van de maximale arbeidstijd en het verbod op nachtarbeid (Arbeidswet van 16 maart 1971). Goodfellas begaat deze inbreuken blijkbaar om een vertraging in de uitvoering van de werken en de bijbehorende boetes te voorkomen. De SIOD werd gewaarschuwd. Hoe reageert u in het kader van het onderzoek van de offerte van Goodfellas voor uw opdracht?

Het antwoord vindt u op pagina 32.

6. REGELMATIGHEID VAN DE OFFERTES

6.1. ONREGELMATIGHEID ALS GEVOLG VAN EEN INBREUK OP DE SOCIALE WETGEVING

6.1.1. Verplichte versus facultatieve uitsluiting

De aanbestedende overheid moet de regelmatigheid van de offertes controleren en daarbij een onderscheid maken tussen substantiële en niet-substantiële onregelmatigheden.

Niet-naleving van het sociale of arbeidsrecht die strafrechtelijk wordt bestraft, wordt verondersteld een substantiële onregelmatigheid te zijn⁴⁰. De offerte die is behept met een dergelijke onregelmatigheid, moet worden uitgesloten.

Het gaat om de 'harde kern' van het arbeidsrecht, die met name van toepassing is op werknemers die zijn gedetacheerd op grond van artikel 5 van de wet van 5 maart 2002 (8.7).

Wanneer de schending van de norm van het sociaal recht of van het arbeidsrecht niet strafrechtelijk wordt bestraft – wat minder vaak voorkomt –, **kan** de aanbestedende overheid de betrokken offerte afwijzen, met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel en met opgave van de redenen voor de substantiële aard van de onregelmatigheid (bv.: de onregelmatigheid levert een discriminerend voordeel op voor de betrokken inschrijver).

Dit kunnen bijvoorbeeld overtredingen van niveau 1 van het Sociaal Strafwetboek zijn, die alleen met administratieve boetes worden bestraft (bv.: geen registratie op de bouwplaats).

Verwar deze oorzaken van de onregelmatigheid **van de offertes** niet met de reden voor de (facultatieve) uitsluiting in het kader van de kwalitatieve selectie (bij niet-naleving van het sociaal of arbeidsrecht, ongeacht de inhoud van de offerte – 5.1.5).

6.1.2. Voorbeelden van inbreuken op het sociaal recht die in principe bij het lezen van de offerte kunnen worden opgespoord

Bepaalde inbreuken op het arbeidsrecht kunnen niet worden opgespoord in de offertefase, omdat ze zich pas tijdens de uitvoering van de overeenkomst voordoen (zo veronderstelt de vaststelling van schijnzelfstandigheid dat wordt onderzocht hoe de overeenkomst wordt uitgevoerd, om het bestaan van een ondergeschiktheidsrelatie vast te stellen).

Andere inbreuken kunnen wel worden vastgesteld in de offerte zelf, bijvoorbeeld:

Niet-naleving van het geldende minimumloon

Het minimumloon is afhankelijk van de sector (paritair comité), de functie van de werknemer, zijn anciënniteit of zijn kwalificaties.

Toch is het mogelijk om een vaststelling te doen van een uurloon dat lager is dan het absolute minimumloon dat in een sector van toepassing is. De website van de FOD Werkgelegenheid bevat een databank met minimumlonen per paritair comité, alsook bijkomende loonverplichtingen (bonussen, vergoedingen ...): <https://www.minimumlonen.be>.

De informatie kan met name aan de inschrijver worden gevraagd in het kader van een controle van abnormaal lage prijzen (6.2).

Laten we het voorbeeld nemen van een aanbestedende overheid die een overheidsopdracht uitschrijft voor desinfectie van schoollokalen in het kader van COVID-19. De totale prijs van een van de inschrijvers is blijkbaar abnormaal laag en de aanbestedende overheid stuurt hem een verzoek om verantwoording. In verband met deze verantwoording verklaart de onderneming dat zij zich houdt aan het uurtarief van '€ 13,4260' dat van toepassing is in het kader van het paritair comité 121 (schoonmaak). Een raadpleging van de website 'www.minimumlonen.be' leert ons echter dat het uurloon van € 13,4260 overeenkomt met dat van de 'gebruikelijke schoonmaak', en niet met dat van desinfectie (€ 14,8520). De offerte houdt zich niet aan het geldende minimumloon en is daarom onregelmatig.

⁴⁰ Art. 66, § 1, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016; art. 76, § 1, vierde lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017.

Erkenning van uitzendbureaus

Uitzendbureaus die in België actief zijn – ook buitenlandse – moeten over een regionale erkenning beschikken (8.8).

Dit kan online worden gecontroleerd (economie-emploi.brussels, emploi.wallonie.be, www.vlaanderen.be).

Regelgeving op het vlak van welzijn op het werk

De aanbestedende overheid is in principe in staat om te bepalen of de door de inschrijver beschreven maatregelen voldoen aan de vereisten van de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers en de Codex over het welzijn op het werk (bv. afwezigheid van de verplichte persoonlijke beschermingsmiddelen, onjuiste opslag van explosieven/brandbare stoffen enz.).

6.2. PRIJSCONTROLE⁴¹

6.2.1. Doelstellingen van de prijscontrole

Het doel van de regelgeving inzake de prijscontrole is tweeledig. Het gaat over het bieden van bescherming aan:

- de aanbestedende overheid door haar de mogelijkheid te bieden zich ervan te vergewissen dat de door de inschrijvers aangeboden prijs het daadwerkelijk mogelijk maakt de uit het bestek voortvloeiende verplichtingen na te komen en elke speculatie ten nadele van de fundamentele belangen van de aanbestedende overheid en van de overheidsmiddelen uit te sluiten;
- de eisen van gezonde mededinging door te voorkomen dat de aanbestedende overheid gedragingen bekrachtigt die strijdig zijn met een gezonde mededinging en dat overheidsopdrachten uiteindelijk worden gegund aan inschrijvers die onconventionele prijzen hebben ingediend, waardoor de normale mededinging wordt verstoord.

6.2.2. Het Observatorium van de referentieprijzen voor de overheidsopdrachten

Binnen de Economische en Sociale Raad van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest werd door de ordonnantie van 3 april 2014 een Observatorium van de referentieprijzen voor

⁴¹ Dit deel is gebaseerd op een interne nota van het Observatorium van de referentieprijzen voor de overheidsopdrachten.

de overheidsopdrachten opgericht⁴². Het staat in voor het verlenen van bijstand aan gewestelijke en lokale aanbestedende overheden bij de administratieve besluitvorming over overheidsopdrachten (observatoire@ces.brussels, observatorium@esr.brussels). Het kan met name een analyse van de aangeboden prijzen verstrekken wanneer de aanbestedende overheid redenen heeft om vraagtekens te plaatsen bij het abnormaal lage karakter van de ingediende prijzen.

De **gewestelijke** (en niet de lokale) aanbestedende overheden moeten in bepaalde gevallen het advies van het Observatorium inwinnen⁴³.

De pagina's van de website van het Observatorium bevatten ook een Gids voor goede praktijken⁴⁴ en geannoteerde standaardbestekken en sectorale technische nota's (schoonmaak, bewaking, catering enz.)⁴⁵.

6.2.3. Vooraf: rectificatie van de offertes

Voorafgaand aan de verificatie van de prijzen moet de aanbestedende overheid de haar voorgelegde offertes rectificeren door te controleren op rekenkundige fouten of zuiver materiële fouten⁴⁶ die door haar of door de inschrijver in de opdrachtdocumenten zijn ontdekt⁴⁷. In deze context moet de openbare aankoper de werkelijke intentie van de inschrijver nagaan en proberen te begrijpen wat die laatste in zijn offerte wilde uitdrukken⁴⁸. Daartoe kan de aanbestedende overheid de offerte analyseren door deze te vergelijken met de andere offertes of door deze te vergelijken met de gangbare prijzen. In de regelgeving wordt gespecificeerd dat *“indien na deze analyse van de offerte deze intentie niet voldoende duidelijk is, de aanbestedende overheid de inschrijver binnen een door haar te bepalen termijn kan verzoeken de exacte inhoud van zijn offerte te specificeren en aan te vullen zonder deze te wijzigen, onverminderd de mogelijkheid om te onderhandelen wanneer de procedure dit toelaat”*⁴⁹. Ten slotte, indien *“geen verduidelijking wordt gegeven of indien de aanbestedende overheid van*

⁴² Ordonnantie van 3 april 2014 houdende oprichting van een Observatorium van de referentieprijzen voor de overheidsopdrachten binnen de Economische en Sociale Raad van het BHG. Deze ordonnantie zou binnenkort gewijzigd kunnen worden.

⁴³ Zie de internetpagina's van het Observatorium op de website van de Economische en Sociale Raad van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest: <https://www.brupartners.brussels/nl/observatory/presentation#Voorstelling>.

⁴⁴ <https://www.brupartners.brussels/nl/observatory/nuttige-publicaties-en-documenten/gids-voor-goede-praktijken-in-overheidsopdrachten>

⁴⁵ <https://www.brupartners.brussels/nl/observatory/nuttige-publicaties-en-documenten>.

⁴⁶ Het gaat om de vergissing «die duidelijk leidt tot een resultaat dat niet overeenstemt met wat de inschrijver wilde nastreven. Om tot deze conclusie te komen moet de vergissing van dien aard zijn dat de realiteit ervan niet ter discussie staat.» (RvS, arrest nr. 232.738, 28 oktober 2015). De correctie van eenheidsprijzen waarbij niet uit de rest van de offerte blijkt dat de prijzen foutief zijn of niet overeenstemmen met de wens van de inschrijver, vormt daarentegen geen correctie van een materiële fout (RvS, arrest nr. 234.045, 7 maart 2016). Een zuiver materiële fout is een fout die door de inschrijver zelf wordt aangegeven op de dag na de indiening van de offerte en die op basis van de analyse van de prijzen van de aanbestedende overheid en de prijzen van de andere inschrijvers daadwerkelijk een aberratie lijkt te zijn (EG, arrest nr. 232.738 van 28 oktober 2015).

⁴⁷ Art. 34, § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017.

⁴⁸ Art. 34, § 2, lid 2, van het koninklijk besluit van 18 april 2017.

⁴⁹ Art. 34, § 2, lid 2, van het koninklijk besluit van 18 april 2017.

mening is dat de verduidelijking onaanvaardbaar is, corrigeert zij de fouten op basis van haar eigen bevindingen. Indien dit niet mogelijk blijkt, kan de aanbestedende overheid beslissen dat de eenheidsprijzen van toepassing zijn of kan zij besluiten de offerte als onregelmatig af te wijzen.”⁵⁰

De aanbestedende overheid kan de inschrijver dus vragen zijn offerte te rectificeren. Indien het antwoord van deze laatste echter niet overtuigend is, kan de aanbestedende overheid:

- de offerte rectificeren op basis van haar bevindingen;
- de eenheidsprijzen toepassen;
- de offerte afwijzen op grond van een substantiële onregelmatigheid.

6.2.4. Analyse van de offerte en verificatie van de prijzen of kosten

De aanbestedende overheid is verplicht om, na eventuele correcties van de offertes, de prijzen van de ingediende offertes te controleren, ongeacht het voorwerp van de opdracht en de gebruikte plaatsingsprocedure⁵¹.

De aanbestedende overheid is dus verplicht ambtshalve over te gaan tot een controle van de prijzen en moet redelijkerwijs kunnen aantonen dat zij deze controle heeft uitgevoerd, ongeacht de procedure⁵². Een eenvoudige tabel met alle prijzen van de offertes is niet voldoende om aan te tonen dat de aanbestedende overheid deze prijzen daadwerkelijk heeft gecontroleerd⁵³.

Bij gebrek aan het begrip ‘abnormale prijs’ of regels die de identificatie van een dergelijke prijs mogelijk maken, is het aan de aanbestedende overheid om te bepalen welke methode moet worden gebruikt om offertes met een abnormaal lage of hoge prijs te identificeren.

In dit verband kan de aanbestedende overheid:

- de offertes vergelijken met de voorafgaande raming van het bedrag van de overheidsopdracht en een van de offertes als op het eerste gezicht abnormaal aanmerken zodra de waarde van die offerte aanzienlijk lager is dan die raming;
- zich baseren op de andere prijzen die in het kader van deze opdracht zijn ingediend;
- zich baseren op de prijzen van eerdere overheidsopdrachten.

De aanbestedende overheid kan zich ook beroepen op het advies van andere bevoegde diensten.

⁵⁰ Art. 34, § 2, lid 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017.

⁵¹ Art. 84 van de wet van 17 juni 2016; art. 33 en 35 van het koninklijk besluit van 18 april 2017.

⁵² RvS, arrest nr. 245.328 van 28 augustus 2019.

⁵³ RvS, arrest nr. 241.714 van 5 juni 2018.

6.2.5. Verzoek om informatie die nodig is om de prijzen of kosten te verifiëren

Bij de verificatie van de prijzen en kosten kan de aanbestedende overheid de inschrijver verzoeken ‘**alle noodzakelijke informatie**’⁵⁴ voor deze analyse te verstrekken. De aanbestedende overheid heeft dus de mogelijkheid om de inschrijver om aanvullende informatie over zijn prijs te vragen wanneer blijkt dat de openbare aankoper de normaliteit van de prijs in kwestie in vraag moet stellen. Deze informatie kan bijvoorbeeld bestaan uit verduidelijkingen over wat er onder de ingediende prijs valt, de bevestiging dat die prijs rekening houdt met alle technische specificaties in het bestek enz. Deze door de aanbestedende overheid verzamelde informatie mag in dit stadium niet worden beschouwd als een verantwoording van de prijzen of kosten in de zin van artikel 36 van het koninklijk besluit. Deze stap doet dus geen afbreuk aan de mogelijkheid voor de openbare aankoper om later, bij het prijs- en kostenonderzoek, zijn inschrijver om een verantwoording van die prijzen te vragen.

6.2.6. Vraag om verantwoording

Voorwerp van de vraag om verantwoording

Indien de ontvangen informatie de aanbestedende overheid niet kan overtuigen van de normaliteit van de betrokken prijs of prijzen, moet de aanbestedende overheid, alvorens de betrokken offerte om die reden af te wijzen, van de inschrijver eisen dat hij verantwoording verstrekt over de samenstelling van de betrokken prijzen⁵⁵. Zij nodigt de inschrijver per aangetekende brief uit om de nodige schriftelijke verantwoording over de samenstelling van de abnormaal geachte prijs of kosten te verstrekken binnen een termijn van twaalf dagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt⁵⁶.

De aanbestedende overheid moet in haar verzoek tot verantwoording van de prijs de exacte en precieze samenstelling van de betrokken prijs of prijzen vereisen. Daartoe is het van belang dat de aanbestedende overheid de inschrijver uitnodigt om de gedetailleerde prijs van elk van de posten en met name de ‘loonkosten’ mee te delen als de opdracht in kwestie een arbeidsintensieve opdracht blijkt.

⁵⁴ Art. 35 van het koninklijk besluit van 18 april 2017.

⁵⁵ Art. 36 van het koninklijk besluit van 18 april 2017. Behoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten is het onderhavige artikel niet toepasselijk op de mededingingsprocedure met onderhandeling, noch op de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, noch op de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, voor zover het een opdracht voor leveringen of diensten betreft waarvan de geraamde waarde lager is dan de drempels voor de Europese bekendmaking dan wel een opdracht voor werken waarvan de geraamde waarde lager is dan 500.000 euro.

⁵⁶ Wanneer gebruik wordt gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, kan de aanbestedende overheid, mits een uitdrukkelijk gemotiveerde bepaling in de opdrachtdocumenten, in een kortere termijn voorzien.

Het koninklijk besluit van 18 april 2017 specificeert het volgende: “De verantwoording houdt met name verband met:

- 1° de doelmatigheid van het bouwproces, van het productieproces van de producten of van de dienstverlening;
- 2° de gekozen technische oplossingen of de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren bij de uitvoering van de werken, de levering van de producten of het verlenen van de diensten;
- 3° de originaliteit van de door de inschrijver aangeboden werken, producten of diensten;
- 4° de eventuele ontvangst van rechtmatig toegekende overheidssteun door de inschrijver.”

Bovendien moet in het geval van ogenschijnlijk abnormale prijzen de verantwoording verplicht op zijn minst gaan over de naleving van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht, met inbegrip van de toepasselijke welzijns-, loon- en socialezekerheidsverplichtingen.

Beoordelingsmarge van de aanbestedende overheid

Een aanbestedende overheid mag een inschrijver niet ondervragen als zij niet van mening is dat zij de offerte van die laatste moet afwijzen op grond van abnormale prijzen. Ze beschikt dus over een zekere beoordelingsmarge.

Hoewel een aanbestedende overheid haar beslissing niet specifiek hoeft te motiveren als zij van mening is dat een voorgestelde prijs niet abnormaal is, moet uit het administratieve dossier toch duidelijk blijken dat zij een prijscontrole heeft uitgevoerd⁵⁷.

We willen er ook op wijzen dat een prijs van ‘nul euro’ door de aanbestedende overheid moet worden beschouwd als een ogenschijnlijk abnormale prijs die het voorwerp moet uitmaken van een verzoek om verantwoording aan de betrokken inschrijver⁵⁸.

Het geval van de verwaarloosbare posten

In de reglementering wordt een uitzondering gemaakt voor het grondige onderzoek van de prijzen en het verzoek om prijsverantwoording. Zo wordt het volgende bepaald: “De aanbestedende overheid is er echter niet toe gehouden om verantwoordingen te vragen voor prijzen voor verwaarloosbare posten.”⁵⁹

Het verwaarloosbare karakter van een post moet worden bepaald aan de hand van de betrokken overheidsopdracht. Dit verwaarloosbare karakter kan worden bepaald op basis van het percentage van de prijs van de post ten opzichte van het totale bedrag van de offerte of ten opzichte van het voorwerp van de post en het belang ervan in verhouding tot het totale voorwerp van de opdracht⁶⁰.

57 RvS, arrest nr. 235.416 van 12 juli 2016.

58 RvS, arrest nr. 235.580 van 3 augustus 2016; RvS, arrest nr. 230.499 van 12 maart 2015.

59 Art. 36, § 2, lid 5, van het koninklijk besluit van 18 april 2017.

60 In het verslag aan de Koning van het koninklijk besluit van 18 april 2017, art. 36 wordt het volgende gespecificeerd: “In het geval dat de aanbestedende overheid toch zou overgaan tot een prijsonderzoek van de verwaarloosbare posten in het kader van opdrachten die bijvoorbeeld meerdere als abnormaal beschouwde prijzen bevatten en als zou blijken dat de vastgestelde prijzen abnormaal zijn voor een zeer beperkt aantal verwaarloosbare posten, kan de offerte nog steeds als regelmatig worden beschouwd.”

Het vermoeden van abnormaliteit van artikel 36, § 4, van het koninklijk besluit

In het geval van een opdracht voor werken of diensten in een fraudegevoelige sector (met betrekking tot deze sectoren: **1.2.3**) geplaatst via een openbare of niet-openbare procedure, waarbij de economisch voordeligste offerte alleen op basis van de prijs wordt beoordeeld of waarbij het prijscriterium een weging van minstens 50 % krijgt, en mits ten minste vier offertes in aanmerking zijn genomen, verricht de aanbestedende overheid een prijs- of kostenonderzoek voor elke offerte waarvan de totale waarde ten minste 15 %⁶¹ lager is dan het gemiddelde van de bedragen van de door de inschrijvers ingediende offertes⁶².

6.2.7. Analyse van het verzoek om verantwoording

Zodra de aanbestedende overheid de verantwoording van de prijs en de kosten heeft ontvangen, analyseert zij deze om vast te stellen of de verantwoording van dien aard is dat het vermoeden van abnormaliteit van de betrokken prijs of prijzen kan worden weggenomen en of zij de inschrijver zo nodig opnieuw zal ondervragen⁶³.

Wanneer de aanbestedende overheid het nodig acht een inschrijver uit te nodigen om zijn prijs of prijzen te verantwoorden, is het aan de inschrijver om als antwoord op die uitnodiging de verantwoording te verstrekken die de autoriteit nuttig in staat stelt om te oordelen dat de voorgestelde prijzen, ondanks de schijn, normaal zijn. De inschrijver draagt de bewijslast van de normaliteit van de prijs.

Bij gebrek aan verantwoording bij het verstrijken van de gestelde termijn moet de aanbestedende overheid de prijs als abnormaal beschouwen, tenzij zij over elders verkregen informatie beschikt op grond waarvan zij kan oordelen dat de betrokken prijs normaal is.

Om door de aanbestedende overheid ontvankelijk te worden verklaard, moeten de door de betrokken inschrijver aangevoerde prijsverantwoordingen ook aanvaardbaar, nauwkeurig en concreet zijn, en moeten ze met feiten worden onderbouwd⁶⁴. Holle frasen en algemeenheden zijn ontoelaatbaar⁶⁵.

De verantwoording mag niet leiden tot een wijziging van de offertes⁶⁶, behalve in het kader van de onderhandelingsprocedure voor andere dan finale offertes.

61 Indien de offerte wordt beoordeeld op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding en de weging van het prijscriterium ten minste 50 % van de totale weging van de gunningscriteria bedraagt, kan dit percentage worden verhoogd.

62 Art. 36, § 4, van het koninklijk besluit van 18 april 2017.

63 Art. 36, § 2, zesde lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017. In dat geval kan de initiële termijn van 12 dagen worden ingekort.

64 RvS, arrest nr. 238.183 van 12 mei 2017.

65 RvS, arrest nr. 240.574 van 25 januari 2018.

66 RvS, arrest nr. 234.045 van 7 maart 2016 (De verantwoording van een schijnbaar abnormale prijs kan geen voorwendsel zijn om een (vermeende) zuiver materiële fout te corrigeren).

De aanbestedende overheid beoordeelt de ontvangen verantwoordingen en:

- 1° ofwel stelt ze vast dat het bedrag van een of meer niet-verwaarloosbare posten een abnormaal karakter vertoont en weert ze de offerte omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze behept is;
- 2° ofwel stelt ze vast dat het totale offertebedrag een abnormaal karakter vertoont en weert ze de offerte omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze behept is;
- 3° ofwel motiveert ze in de gunningsbeslissing dat het totale offertebedrag geen abnormaal karakter vertoont.

De aanbestedende overheid wijst de offerte eveneens af wanneer zij heeft vastgesteld dat het totale offertebedrag abnormaal laag is omdat de offerte niet voldoet aan de verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal- of arbeidsrecht (of de offerte nu al dan niet strafrechtelijk bestraft wordt).

Een aanbestedende overheid kan om vereisten van vertrouwelijkheid de redenen die haar ertoe hebben gebracht de relevantie van de prijsverantwoording te erkennen, beknopter uiteenzetten. Een dergelijke verantwoording mag echter niet te beknopt zijn en moet het mogelijk maken om enerzijds na te gaan of de aanbestedende overheid de aangevoerde verantwoording zorgvuldig heeft geanalyseerd en anderzijds te begrijpen waarom ze deze verantwoording heeft aanvaard⁶⁷.

6.2.8. Informatie van de toezichthoudende instanties in het geval van abnormale prijzen

Wanneer de offerte wordt geweerd om reden van abnormale prijzen, deelt de aanbestedende overheid dit onmiddellijk mee aan⁶⁸:

- de Auditeur-generaal van de Belgische Mededingingsautoriteit;
- de Commissie voor de erkenning van aannemers, wanneer het werken betreft;
- de Sociale inlichtingen- en opsporingsdienst (SIOD), als de offerte abnormaal laag is omdat ze niet voldoet aan de wettelijke verplichtingen op het gebied van het federale sociaal of het arbeidsrecht⁶⁹;
- de Europese Commissie en het federale contactpunt, als de offerte abnormaal laag is ingevolge een niet met de interne markt verenigbare overheidssteun.

⁶⁷ RvS, arrest nr. 243.447 van 22 januari 2019.

⁶⁸ Art. 36, § 5, van het koninklijk besluit van 18 april 2017.

⁶⁹ Art. 36, § 3, lid 2, van het koninklijk besluit van 18 april 2017.

6.2.9. Casestudy

Bij het openen van de offertes voor een overheidsopdracht voor schoonmaakdiensten waarbij het prijscriterium een weging van 70 % krijgt, zijn dit de totale prijzen:

- Offerte 1: 528.900 euro
- Offerte 2: 550.120 euro
- Offerte 3: 604.000 euro
- Offerte 4: 470.350 euro

Vindt u één of meer van de bovenstaande prijzen abnormaal?

Zo ja, kunt u of moet u de betrokken inschrijver(s) om een of meerdere verantwoordingen van de prijs vragen?

Het antwoord vindt u op pagina 32.

6.2.10. Samenvatting

Na eventuele correcties van de offertes moet de aanbestedende overheid de prijzen van de ingediende offertes controleren, ongeacht het voorwerp van de opdracht en de gekozen plaatsingsprocedure. De aanbestedende overheid houdt in haar dossier het bewijs bij dat ze is overgegaan tot een dergelijke controle.

De aanbestedende overheid kan in het algemeen de inschrijvers om alle informatie vragen die nodig is voor de verificatie van de prijzen of de kosten.

Indien zij een ogenschijnlijk abnormale prijs vaststelt, moet de aanbestedende overheid de betrokken inschrijver uitnodigen om een verantwoording te geven. In sommige gevallen wordt deze schijn van abnormaliteit door de wet vermoed. De aanbestedende overheid is er daarentegen niet toe gehouden om verantwoordingen te vragen voor prijzen voor verwaarloosbare posten.

Als de verantwoording die wordt verstrekt als antwoord op een verzoek om verantwoording bevredigend is, wordt de prijs als normaal beschouwd en is de offerte regelmatig. Bij gebrek aan verantwoording of indien de verantwoording onbevredigend is, wordt de prijs als abnormaal beschouwd en moet de offerte worden afgewezen. In alle gevallen moet de aanbestedende overheid haar besluit met redenen omkleden.

In geval van abnormale prijzen moet de aanbestedende overheid bepaalde toezichthoudende instanties op de hoogte brengen.

7. GUNNINGSCRITERIA

De opdracht moet worden gegund aan de economisch voordeligste inschrijving, bepaald op basis van de beste prijs, de beste kosten of de beste prijs-kwaliteitsverhouding.

In het algemeen wordt vanuit het oogpunt van de bestrijding van sociale dumping niet aanbevolen om een opdracht te gunnen op basis van louter een prijscriterium.

In bepaalde gevallen kan het daarentegen passend zijn om een vaste prijs vast te leggen, die door de aanbestedende overheid wordt bepaald, zodat de inschrijvers alleen op basis van de kwaliteit concurreren (bv. een opdracht voor architectuur waarvoor het percentage van de honoraria *a priori* door de aanbestedende overheid wordt bepaald).

Zelfs vanuit het oogpunt van de bestrijding van sociale dumping is het niet toegestaan een gunningscriterium te hanteren dat gekoppeld is aan de gemiddelde prijs van de offertes. Een recente uitspraak van de Raad van State (nr. 245.310 van 19 augustus 2019) illustreert dit: in het kader van een opdracht voor werken had de aanbestedende overheid een gunningscriterium vastgesteld dat werd beoordeeld op basis van de gemiddelde prijs van alle offertes. Daarmee wilde de aanbestedende overheid zich wapenen tegen speculatie of te lage prijzen die de uitvoering van de opdracht nadien zouden kunnen beïnvloeden. De Raad van State is van mening dat deze doelstelling wordt bereikt in de reglementering inzake overheidsopdrachten door middel van de controle op het normale karakter van de prijzen. Een gunningscriterium op basis van de gemiddelde prijs lijkt niet ideaal om de economisch voordeligste inschrijving vast te stellen, maar leidt integendeel tot een betere beoordeling van een economisch minder voordelige offerte. Een dergelijk criterium is discriminerend.



8. UITVOERING VAN DE OPDRACHT

8.1. AANGIFTE VAN DE WERKEN

Er zijn verschillende controlemechanismen ingevoerd om sociale fraude te bestrijden.

Een daarvan is de aangifte van de werken⁷⁰, waarvan de regeling als volgt kan worden samengevat:

Wat?	Aangifte van alle werkzaamheden van onroerende aard (inclusief bewaking en schoonmaak).
Welke bouwplaatsen?	Elke opdracht vanaf € 5.000 excl. btw met <u>minstens 1</u> onderaannemer en/of elke opdracht vanaf € 30.000 excl. btw met of zonder onderaannemer.
Wie moet de aangifte doen en wanneer?	De hoofdaannemer, voor de aanvang van de werkzaamheden (in het geval van asbest, 14 dagen voor de aanvang).
Welke informatie?	Aard van het werk, evenals de situatie en de begin- en einddatum van het werk.

⁷⁰ Art. 30ter, § 7, van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders.

8.2. IDENTIFICATIE VAN DE WERKNEMERS EN CHECKIN@WORK

Algemene regeling die voortvloeit uit de algemene uitvoeringsregels

De identificatie van de werknemers is essentieel voor het toezicht op de naleving van de sociale verplichtingen van de ondernemingen.

Bij opdrachten voor werken moet de aannemer op een welbepaalde plek op de bouwplaats de dagelijks bijgewerkte lijst van al zijn op de bouwplaats tewerkgestelde personeel ter beschikking houden⁷¹. Dezelfde verplichting geldt voor de onderaannemers⁷².

Bovendien moeten de aannemer en zijn onderaannemers een in België gevestigde vertegenwoordiger aanwijzen, bij wie de aanbestedende overheid op eenvoudig verzoek informatie kan krijgen over de sociale verplichtingen van de werknemers⁷³.

Het dagboek van de werken, dat wordt bijgehouden door de aanbestedende overheid, moet bovendien dagelijks onder meer de volgende inlichtingen bevatten: de uren, het aantal en de hoedanigheid van de werknemers die op de bouwplaats zijn tewerkgesteld⁷⁴.

Deze verplichtingen gelden niet voor dienstencontracten, terwijl sommige ervan fraudegevoelig zijn. In dat geval kan het passend zijn om sommige of al deze formaliteiten contractueel vast te leggen in de opdrachtdocumenten⁷⁵.

Checkin@Work

Er is ook een specifiek aanwezigheidsregistratiesysteem opgezet, dat wordt beheerd door de dienst **Checkin@Work**⁷⁶.

⁷¹ Art. 78, § 3, van de algemene uitvoeringsregels.

⁷² Art. 78, § 4, van de algemene uitvoeringsregels.

⁷³ Art. 78, § 5, van de algemene uitvoeringsregels.

⁷⁴ Art. 78, § 1, van de algemene uitvoeringsregels.

⁷⁵ J.-F. JAMINET, "Debout ! Les adjudicateurs ! Du dumping, faisons table rase", *Chronique des marchés publics / Jaarboek Overheidsopdrachten 2015-2016*, Brussel, EBP Consulting, 2016, p. 344.

⁷⁶ Art. 31bis e.v. van de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk.

Dit systeem kan als volgt worden samengevat:

Wat?	Dagelijkse melding van de aanwezige personen op de bouwplaats.	
Welke bouwplaatsen?	Elke tijdelijke of mobiele bouwplaats waar werkzaamheden worden uitgevoerd voor een totaal bedrag exclusief btw van 500.000 euro of meer.	
Wie moet de aangifte doen, en wanneer?	De hoofdaannemer zorgt ervoor dat zijn werknemers, onderaannemers en werknemers van onderaannemers worden geregistreerd. Dit kan gebeuren door zelf de registratie te doen of door met de werknemer of onderaannemer duidelijk af te spreken dat hij zichzelf moet registreren.	
Welke informatie?	<u>Wie moet vermeld worden op de lijst (niet exhaustief)</u> • alle werknemers op de bouwplaats (zowel de hoofdaannemer als de onderaannemer) • de zelfstandigen die WERKEN uitvoeren voor de hoofdaannemer of de onderaannemers • de veiligheidscoördinator • de architect	<u>Wie hoeft niet op de lijst te staan (niet exhaustief)</u> • de vertegenwoordigers van de opdrachtgever (bv. de leidend ambtenaar of de bouwplaatscontroleur) • vertegenwoordigers van studiebureaus voor stabiliteit of speciale technieken • de leveranciers • de toevallige bezoekers

8.3. CONTROLE OP SOCIALE EN FISCALE SCHULDEN, INHOUDINGSPLICHT EN HOOFDELIJKE AANSPRAKELIJKHEID

Oprachtgevers (en dus met name de aanbestedende overheden), aannemers en onderaannemers die bepaalde werken (voornamelijk bouwwerken en werken die onder het paritair comité voor beveiligings- en/of bewakingsdiensten vallen) uitvoeren of hebben uitgevoerd, moeten nagaan of hun aannemers of onderaannemers fiscale of sociale schulden hebben⁷⁷.

Deze verificatie vindt online plaats, via de dienst www.checkinhoudingsplicht.be.

Indien de aannemer sociale schulden heeft, moet de aanbestedende overheid **35 %** van het aan de aannemer verschuldigde bedrag inhouden en voorbehouden voor de RSZ (volgens de nadere regels die uitgebreid worden beschreven door de online dienst)⁷⁸.

Indien de aannemer fiscale schulden heeft, moet de aanbestedende overheid **15 %** van het aan de aannemer verschuldigde bedrag inhouden en voorbehouden voor de FOD Financiën.

Er wordt een systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid van de opdrachtgever georganiseerd als de inhoudingen niet volgens de regels zijn uitgevoerd⁷⁹.

8.4. HOOFDELIJKE AANSPRAKELIJKHEID VOOR HET LOON

De wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers voorziet in regelingen van hoofdelijke aansprakelijkheid voor het loon, waardoor de werknemers onder bepaalde voorwaarden subsidiair een betaling kunnen verkrijgen van dit verschuldigde loon bij bepaalde derden, die hoofdelijk aansprakelijken worden genoemd.

De **algemene regeling** (art. 35/1 e.v. van de wet) bepaalt dat opdrachtgevers (onder wie de aanbestedende overheden), aannemers en onderaannemers die er door de arbeidsinspectie schriftelijk in kennis van worden gesteld dat een aannemer of een na de aannemer komende onderaannemer tekortschiet in zijn verplichting om het loon te betalen, onder bepaalde voorwaarden hoofdelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de betaling van bepaalde loonschulden. De algemene regeling is hoofdzakelijk van toepassing op bouwwerkzaamheden en bewakingsdiensten.

⁷⁷ Art. 30bis en 30ter van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders; art. 403 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen.

⁷⁸ Art. 30bis, § 4, van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders; art. 403 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen.

⁷⁹ Art. 30bis, §§ 3 en 4, van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders; art. 402 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen.

Er is daarnaast een **bijzondere regeling** van hoofdelijke aansprakelijkheid ingesteld ten aanzien van de **rechtstreekse contractant** in de **bouwsector**, die ook de **schoonmaak** omvat (art. 35/6/1 e.v. van de wet). Hier gaat het niet om een keten van aansprakelijkheden: de opdrachtgever is hoofdelijk aansprakelijk voor de loonschulden van de aannemer, maar niet voor die van zijn onderaannemer (ten opzichte van indirecte medecontractanten verderop in de keten geldt de algemene regeling). Het bijzondere aan de regeling van hoofdelijke aansprakelijkheid is dat die van toepassing is op alle werknemers die in België worden tewerkgesteld, met inbegrip van gedetacheerde werknemers. Bovendien is de hoofdelijke aansprakelijkheid niet onderworpen aan een voorafgaande schriftelijke kennisgeving van de arbeidsinspectie.

Ten slotte geldt een **bijzondere regeling** in het geval van **tewerkstelling van een illegaal verblijvende onderdaan van een derde land** (art. 35/7 e.v. van de wet). Het gaat om een ketenaansprakelijkheid, die niet onderworpen is aan een voorafgaande schriftelijke kennisgeving van de inspectie.

Het Sociaal Strafwetboek voorziet in strafrechtelijke sancties tegen de hoofdelijk aansprakelijke die bijvoorbeeld de verschuldigde bezoldiging niet betaalt⁸⁰.

8.5. ONDERAANNEMING

8.5.1. Naleving van het sociaal recht door de onderaannemers

Onderaanneming is een nuttig en legitiem instrument wanneer ze bedoeld is om te beschikken over een bepaalde competentie of extra middelen. Onderaanneming wordt echter soms opportunistisch gebruikt om de personeelskosten zoveel mogelijk te beperken of om kosten en risico's over te hevelen naar andere ondernemers⁸¹. De onderaannemingsketen kan ook worden gebruikt om sociale fraude te pogen te verdoezelen.

Daarom moet worden gecontroleerd of de onderaanneming in overeenstemming met het sociale en arbeidsrecht wordt toegepast.

Een Belgische onderneming kan een beroep doen op onderaannemers die gevestigd zijn in een andere EU-lidstaat waar de lonen en sociale bescherming lager zijn. Deze onderaannemers detacheren vervolgens werknemers naar België. In dit geval moet er dus voor worden gezorgd dat de voorwaarden voor detachering en de verplichtingen op het gebied van de sociale zekerheid worden nageleefd.

Artikel 7 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten herinnert aan het volgende: ***“De ondernemers zijn ertoe gehouden alle toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht uit hoofde van het Europees Unierecht, nationale recht [...] na te leven en te doen naleven door elke persoon die handelt als onderaannemer in welke fase ook, en door elke persoon die personeel tewerkstelt voor de uitvoering van de opdracht.”***

Niet-nakoming van deze verplichting vormt een schending van de voorwaarden van de opdracht, die kan worden bestraft met boetes, ambtshalve opgelegde maatregelen, enz. (8.6).

Bij fraudegevoelige opdrachten moet de opdrachtnemer aan het begin van de opdracht verschillende inlichtingen over zijn onderaannemers doorgeven. Vervolgens moet hij eventuele wijzigingen in deze inlichtingen melden⁸².

8.5.2. Verificatie van de uitsluitingsgronden

De aanbestedende overheid kan van de inschrijver verlangen dat hij in zijn offerte aangeeft welk deel aan onderaannemers zal worden uitbesteed en wie die onderaannemers zijn⁸³. Er is echter geen verplichting — en het is ook niet nuttig — om in deze fase na te gaan of er eventueel uitsluitingsgronden bestaan uit hoofde van deze onderaannemers, met uitzondering van de onderaannemers die worden ingeschakeld om aan de kwalitatieve selectiecriteria te voldoen (5.1.1).

De aanbestedende overheid⁸⁴:

- **kan** controleren of er in hoofde van de rechtstreekse onderaannemers van de opdrachtnemer gronden tot uitsluiting voorhanden zijn;
- wanneer het een opdracht in een fraudegevoelige sector betreft, boven de Europese drempelwaarden, **moet** zij overgaan tot deze controle.
- **kan** de uitsluitingsgronden nagaan verderop in de onderaannemingsketen.

⁸⁰ Art. 171/1, 171/2/1 en 171/3 van het Sociaal Strafwetboek.

⁸¹ K. Wauters en Y. Marique, “La lutte contre le dumping social dans la sous-traitance de marchés publics”, MCP-000, 2018/1, p. 59.

⁸² Art. 12/1 van de algemene uitvoeringsregels.

⁸³ Art. 74 van het koninklijk besluit van 18 april 2017.

⁸⁴ Art. 12/2 van de algemene uitvoeringsregels.

De aanbestedende overheid vraagt om de vervanging van een uitgesloten onderaannemer, onverminderd de mogelijkheden tot **self-cleaning** van de betrokken onderaannemer.

8.5.3. Beperking van onderaanneming

In principe mag de opdrachtnemer een beroep doen op onderaanneming.

Deze toelating wordt als volgt beperkt⁸⁵ :

- een onderaannemer (niet de opdrachtnemer) mag niet de volledige opdracht uitbesteden;
- een onderaannemer mag niet louter de coördinatie van de opdracht behouden;
- bij fraudegevoelige opdrachten is de onderaannemingsketen beperkt, op straffe van een boete:
 - voor opdrachten voor werken: maximaal 2 of 3 niveaus van onderaanneming, afhankelijk van het feit of de opdracht is ondergebracht in een **ondercategorie** (bv. schilderwerken) of een **categorie** van werken (bv. algemene aanneming);
 - voor fraudegevoelige dienstenopdrachten: maximaal 2 niveaus;
 - een extra niveau van onderaanneming is mogelijk in geval van onvoorziene omstandigheden of met de voorafgaande schriftelijke toestemming van de aanbestedende overheid.

Bepaalde aanbestedende overheden beperken soms contractueel de mogelijkheden tot onderaanneming. De wettigheid van dergelijke beperkingen, die restrictiever zijn dan de beperkingen die voortvloeien uit de algemene uitvoeringsregels, is niettemin omstreden⁸⁶. Elke beperking moet in elk geval noodzakelijk zijn door de aard van de opdracht en evenredig zijn⁸⁷.

⁸⁵ Art. 12/3 van de algemene uitvoeringsregels.

⁸⁶ De Europese rechtspraak verbiedt met name dat de aanbestedende overheid door middel van een clause in het bestek eist dat de toekomstige opdrachtnemer met eigen middelen een bepaald percentage van de werken waarop de opdracht betrekking heeft, uitvoert (HJEU, C-406/14 van 14 juli 2016; C-63/18 van 26 september 2019; C-402/18 van 27 november 2019). Zie ook J.-F. JAMINET, "Debout ! Les adjudicateurs ! Du dumping, faisons table rase", *Chronique des marchés publics / Jaarboek Overheidsopdrachten 2015-2016*, Brussel, EBP Consulting, 2016, pp. 351-352.

⁸⁷ HJEU, C-292/15 van 27 oktober 2016; C-298/15 van 5 april 2017.

"In deze opdracht staat de aanbestedende overheid de opdrachtnemer enkel onder de volgende voorwaarden toe om een beroep te doen op onderaanneming. De opdrachtnemer mag maximaal X rechtstreekse onderaannemers (zogenoemde onderaannemers van de eerste graad) inzetten. Elk van deze rechtstreekse onderaannemers (zogenoemde onderaannemers van de eerste graad) mag slechts een beroep doen op maximaal één onderaannemer (zogenoemde onderaannemers van de tweede graad). Onderaannemers van de derde graad zijn verboden."

8.5.4. Onderaanneming en technische capaciteit

De aanbesteder kan eisen dat de onderaannemers, op welke plaats in de onderaannemingsketen zij ook optreden en in verhouding tot het deel van de opdracht dat zij uitvoeren, voldoen aan de minimeisen inzake technische en beroepsbekwaamheid die door de opdrachtdocumenten zijn opgelegd⁸⁸. Voor opdrachten voor werken moeten de onderaannemers, op welke plaats in de onderaannemingsketen ze ook optreden en in verhouding tot het deel van de opdracht dat zij uitvoeren, beschikken over een erkenning⁸⁹.

8.5.5. Casestudy

Tijdens een bouwplaatsinspectie merkt u dat een arbeider geen veiligheidsschoenen draagt. U meldt dit aan de vertegenwoordiger van de hoofdaannemer, die u belooft het door te geven aan de onderaannemer die de betrokken arbeider in dienst heeft. De naam van deze onderaannemer is u onbekend en is nooit aan u meegedeeld.

U keert de volgende dag terug naar de bouwplaats en ziet dat dezelfde arbeider nog steeds geen veiligheidsschoenen draagt.

Hoe reageert u, wetende dat het bestek niet voorziet in speciale boetes (8.6.2)?

Op welke bepalingen van de algemene uitvoeringsregels en de Codex over het welzijn op het werk zult u zich baseren?

Het antwoord vindt u op pagina 32.

⁸⁸ Art. 12/4 van de algemene uitvoeringsregels.

⁸⁹ Art. 78/1 van de algemene uitvoeringsregels.

8.6. STRAFFEN DIE DOOR DE AANBESTEDER WORDEN TOEGEPAST

8.6.1. Algemeen stelsel van ambtshalve opgelegde maatregelen en boetes

Een van de meest doeltreffende middelen om sociale dumping te bestrijden is een daadwerkelijke controle op de naleving door de opdrachtnemer van zijn verplichtingen, met name op het gebied van het sociaal recht. Idealiter wordt deze controle niet alleen uitgevoerd op basis van de documenten die door de opdrachtnemer worden voorgelegd, maar ook *de visu* op de plaats van uitvoering van de opdracht.

De niet-naleving van het sociaal en arbeidsrecht door de opdrachtnemer of door zijn onderaannemers geeft aanleiding tot de toepassing van de maatregelen waarin normaal gesproken is voorzien in geval van niet-naleving van de clausules van de opdracht⁹⁰.

In dit verband is het niet voldoende om louter een pv van ingebrekestelling op te stellen: de beschikbare sancties moeten **daadwerkelijk** worden opgelegd, zodat ze een ontradend effect kunnen hebben.

Naast ambtshalve maatregelen (met name opzegging) en sancties heeft de aanbestedende overheid de mogelijkheid om de in gebreke gebleven opdrachtnemer voor een periode van drie jaar uit te sluiten van deelname aan haar opdrachten, meer bepaald wanneer hij blijkt heeft gegeven van een aanzienlijke of voortdurende tekortkoming bij de toepassing van een wezenlijk voorschrift in de loop van de uitvoering van de opdracht⁹¹. Deze sanctie kan worden overwogen in geval van ernstige of herhaalde overtredingen van het sociaal recht.

De daadwerkelijke toepassing van ambtshalve maatregelen of van de sanctie van uitsluiting, wanneer dergelijke sancties gerechtvaardigd zijn, is des te belangrijker omdat ze andere aanbestedende overheden in staat stelt gebruik te maken van de uitsluitingsgrond in verband met aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een essentiële verplichting in het kader van een eerdere opdracht (5.1.6).

8.6.2. Voorbeelden van boetes

Bijzondere boetes zijn nuttig om bepaalde inbreuken op het sociaal recht op specifieke wijze te bestraffen.

Hieronder geven we enkele voorbeelden die geïnspireerd zijn op het modelbestek voor gebouwen 2022⁹² :

Niet-naleving van de artikelen 7 van de wet en 78, § 2, van de AUR (minimumlonen)	Bijzondere boete <u>per dag</u> van 400 euro	Per <u>type</u> vastgestelde inbreuk en per betrokken werknemer	Tot de tekortkoming in de uitvoering is verdwenen
Niet-naleving van het verbod om werknemers op de bouwplaats te huisvesten	Bijzondere boete <u>per dag</u> van 400 euro	Per betrokken werknemer	Tot de tekortkoming in de uitvoering is verdwenen
Niet-nakoming van de verplichtingen uit hoofde van de Codex over het welzijn op het werk	Bijzondere boete <u>per dag</u> van 400 euro	Per betrokken werknemer	Tot de tekortkoming in de uitvoering is verdwenen
Niet-naleving van de taalvereisten die worden opgelegd om de veiligheid op de bouwplaats en de goede uitvoering van de werkzaamheden te waarborgen	Bijzondere boete <u>per dag</u> van 400 euro	Per betrokken werknemer	Tot de tekortkoming in de uitvoering is verdwenen
Niet-indiening van LIMOSA (L1) en A1-documenten	Bijzondere boete <u>per dag</u> van 400 euro	Per vastgestelde inbreuk	
Niet-naleving van de beperking van de onderaannemingsketen	Boete per dag berekend in overeenstemming met artikel 12/3, § 3, van de AUR		

⁹⁰ Art. 7, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016.

⁹¹ Art. 48 van de algemene uitvoeringsregels.

⁹² <http://batiments.wallonie.be/home.html>.

8.6.3. Andere sancties

Het is van essentieel belang dat elke ernstige inbreuk op de sociale wetgeving die tijdens de uitvoering van een opdracht wordt vastgesteld, wordt gemeld aan de bevoegde autoriteiten en met name aan de Sociale Inlichtingen- en Opsporingsdienst (SIOD). Er kan met name gebruik worden gemaakt van het ‘meldpunt voor een eerlijke concurrentie’⁹³.

In het geval van werken is het ook nuttig om aangifte te doen bij de Commissie voor de erkenning van aannemers, zodat deze de erkenning van de betrokken aannemer zo nodig kan herzien wegens de schending van de sociale wetgeving⁹⁴.

8.7. DETACHERING

8.7.1. Inleiding

Er is sprake van detachering wanneer werknemers tijdelijk arbeidsprestaties verrichten in België en **hetzij** gewoonlijk werken op het grondgebied van één of meer andere landen dan België, **hetzij** zijn aangeworven in een ander land dan België⁹⁵.

De praktijken met betrekking tot grensoverschrijdende detacheringen van werknemers en zelfstandigen in het kader van het vrij verrichten van diensten worden vaak aangehaald in de actuele berichtgeving over sociale dumping.

Juridisch gezien is er sprake van fraude op dit gebied wanneer een in de Europese Unie gevestigde onderneming haar werknemers in een ander land van de Unie tewerkstelt, waarbij de bepalingen van richtlijn 96/71/EG⁹⁶ – gewijzigd in 2018⁹⁷ – en de nationale wetten tot omzetting van deze richtlijn⁹⁸, met name de wet van 5 maart 2002⁹⁹, worden veronachtzaamd.

⁹³ <https://www.meldpuntsocialefraude.belgie.be>.

⁹⁴ Art. 19 van de wet van 20 maart 1991 tot organisatie van de erkenning van de aannemers van werken, dat verwijst naar art. 7 van de wet van 17 juni 2016.

⁹⁵ Art. 2, 2°, van de wet van 5 maart 2002 betreffende de arbeids-, loon- en tewerkstellingsvoorwaarden in geval van detachering van werknemers in België en de naleving ervan.

⁹⁶ Richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten.

⁹⁷ Richtlijn 2018/957 van het Parlement en de Raad van 28 juni 2018 tot wijziging van richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten. Deze richtlijn werd nog niet omgezet in de Belgische wetgeving.

⁹⁸ K. NEVENS, *Droit pénal social*, Brussel, Larcier, 2018, pp. 492 e.v.

⁹⁹ Belgische wet van 5 maart 2002 betreffende de arbeids-, loon- en tewerkstellingsvoorwaarden in geval van detachering van werknemers in België en de naleving ervan.

De richtlijn probeert een evenwicht te vinden tussen het vrij verrichten van diensten en de sociale bescherming van werknemers via het nationale arbeidsrecht. Daartoe bepaalt ze dat de buitenlandse dienstverleners de ‘harde kern’ van het arbeidsrecht van het ontvangstland toepassen.

In België gaat het om de arbeids-, loon- en tewerkstellingsvoorwaarden die zijn vastgelegd in wettelijke, reglementaire of contractuele bepalingen die onderworpen zijn aan strafrechtelijke sancties¹⁰⁰ :

- maximale werktijden en minimale rusttijden (in principe 38 uur per week, 8 uur per dag en geen zaterdag- of zondagwerk);
- minimaal aantal dagen betaald verlof;
- minimumlonen, overwerkvergoeding;
- voorwaarden voor de terbeschikkingstelling van werknemers, met name door uitzendbureaus;
- beschermende maatregelen met betrekking tot de arbeidsomstandigheden van zwangere vrouwen, vrouwen die pas zijn bevallen, kinderen en jongeren;
- gelijke behandeling van mannen en vrouwen, alsmede andere bepalingen inzake niet-discriminatie.

In de praktijk omvat dit bijna het volledige arbeidsrecht.

Naast de niet-naleving van deze harde kern is er een duidelijk geval van fraude wanneer een onderneming zich beroept op de regels voor detachering, terwijl er eigenlijk geen sprake is van **echte** intracommunautaire dienstverlening. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de betrokken onderneming geen substantiële activiteiten in haar eigen land heeft, afgezien van zuiver interne administratieve activiteiten. Wanneer de onderneming **geen enkele** activiteit heeft in het land waar ze nochtans gevestigd is, is er sprake van een fictieve vestiging door middel van een postbusbedrijf.

¹⁰⁰ Art. 5 van de wet van 5 maart 2002.

8.7.2. A1-formulier

Elke werknemer of zelfstandige die in meer dan één land van de Europese Unie een activiteit uitoefent, moet een A1-formulier hebben waaruit blijkt dat hij onderworpen is aan de sociale zekerheid in het land dat detacheert¹⁰¹.

Meer in het bijzonder moet een loontrekkende werknemer die tijdelijk in een ander EU-land werkt, zich ervan vergewissen dat zijn werkgever hem het A1-formulier heeft gegeven. Dit formulier wordt verkregen bij de bevoegde instantie van het uitzendende land en bevestigt dat de werknemer in zijn land van herkomst socialezekerheidsbijdragen verschuldigd is en dat hij gedurende een periode van maximaal 24 maanden is vrijgesteld van de betaling ervan in België¹⁰². De werknemer kan niet worden uitgestuurd ter vervanging van een andere persoon.

De loontrekkende werknemer of zelfstandige moet te allen tijde tijdens zijn verblijf in België het A1-formulier kunnen voorleggen. Als hij dat niet kan, en voor alle bouwwerkzaamheden, moet de aanbestedende overheid op het moment van betaling van de facturen een inhouding van 35 % toepassen.

Indien deze inhouding niet wordt toegepast, kan de aanbestedende overheid hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor de betaling van de sociale zekerheidsbijdragen die verschuldigd zijn aan het Belgische socialezekerheidsbijdragen (8.4).

¹⁰¹ Zie de toolbox van de Confederatie Bouw hierover: <http://www.confederationconstruction.be/Portals/28/Dumping%20Social/boite%20C3%A0%20utils%203.pdf>.

¹⁰² Art. 12 van verordening (EG) nr. 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels.

A1  **Coordination of Social Security Systems**

Certificate concerning the Social Security legislation which applies to the holder
EU Regulations 883/04 and 987/09 (*)

INFORMATION FOR THE HOLDER

This certificate concerns the social security legislation which applies to you and confirms that you have no obligations to pay contributions in another State.

Before you leave the State where you are insured to go to another State to work, make sure you have the documents which entitle you to receive the necessary benefits in kind (e.g. medical care, treatment in hospital, and other) in the State where you are working.

- If you are staying temporarily in the State where you are working, ask your health care institution for the European Health Insurance Card (EHIC). You must show this card to your health care provider if you need benefits in kind during your stay.
- If you are going to be living in the State where you are working, ask your health care institution for the S1 document and submit it as soon as possible to the competent health care institution of the place you are going to work (**).

Provisionally the insurance institution in the State of stay will also provide special benefits in the event of an accident at work or an occupational disease.

1. PERSONAL DETAILS OF THE HOLDER

1.1 Personal Identification Number ☐ Female ☐ Male

1.2 Surname

1.3 Forenames

1.4 Surname at birth (***)

1.5 Date of birth 1.6 Place of birth 1.7 Nationality

1.8 Address in the State of residence

1.8.1 Street, N° 1.8.3 Post code

1.8.2 Town 1.8.4 Country code

1.9 Address in the State of stay

1.9.1 Street, N° 1.9.3 Post code

1.9.2 Town 1.9.4 Country code

2. MEMBER STATE LEGISLATION WHICH APPLIES

2.1 Member State

2.2 Starting date 2.3 Ending date

☐ 2.4 The certificate applies for the duration of the activity

☐ 2.5 The determination is provisional

☐ 2.6 Regulation 1408/71 remains applicable on the basis of Article 17 (b) of Regulation 883/2004

Limosa declaration certificate (Document L1)

Preceding declaration employee

Declaration submitted on 19/03/2020 10:53
 Declaration number 123456789 0123 1234
 Period of employment 19/03/2020 - 19/03/2020
 Sector Construction



Employee

Name ***** First name MARIE
 Belgian identification nr. 9*.**.*-***.02

Company

VAT number FR20 **** * 3
 Name ***** - SOCIETE NOVATRICE D'ETUDES

Street rue test, Number 11, Box A
 Postal code 12345 Municipality GAILLON (PARIS)
 Country France

Temporary work Yes
 Authorisation N° BRU 11111111111
 Authorisation N° FL 22222222222
 Authorisation N° WL 33333333333

Belgian client

CBE number 4**.*-***6
 Name *****

Street Avenue *****, Number 20
 Postal code - Municipality 1060 - Saint-Gilles

Place of employment

Name company *****
 Street Avenue *****, Number 20
 Postal code - Municipality 1060 - Saint-Gilles

1 / 1

Limosa Contact Center: tel: +32 2 788 51 57 (Monday to Friday, 7 AM - 8 PM, GMT+1) | e-mail: limosa@eranova.fgov.be

This form merely provides proof that a Limosa declaration has been made; it does not satisfy other obligations in respect to the provision of services and/or employment in Belgium. See www.limosa.be

8.7.3. Limosa (L1-document)

Alle werknemers (werknemers en zelfstandigen) die naar België komen om tijdelijke of gedeeltelijke opdrachten uit te voeren en die dus niet onderworpen zijn aan de Belgische sociale zekerheid, moeten de aard van hun activiteiten op de Limosa-website aangeven alvorens hun activiteiten zelfs maar te starten.

Elke gedetacheerde werknemer of zelfstandige moet dit bewijs van de Limosa-verklaring (L1-document) voorleggen aan zijn Belgische klant alvorens zijn activiteiten te starten. Het bewijs van de Limosa-aangifte moet altijd worden voorgelegd bij een eventuele controle door een dienst van de sociale inspectie. Indien het bewijs van de aangifte niet kan worden voorgelegd, is de aanbestedende overheid verplicht het ontbreken van het bewijs aan te geven via het portaal van de sociale zekerheid¹⁰³.

8.8. UITZENDKANTOREN

Uitzendbureaus moeten verplicht vooraf worden erkend. De regels met betrekking tot de voorwaarden voor erkenning en de procedure vallen onder de bevoegdheid van de betrokken gewesten¹⁰⁴. Deze regels gelden ook voor uitzendbureaus die in andere EU-lidstaten zijn gevestigd¹⁰⁵. Deze regels hebben met name tot doel de uitzendkrachten tijdens de uitoefening van hun werk te beschermen, door van de werkgever te eisen dat hij voldoende garanties biedt op het gebied van financiële stabiliteit, kennis van en respect voor het arbeidsrecht enz.

Het gebruik van uitzendbureaus die niet erkend zijn en dus niet voldoen aan de strenge voorwaarden van de regionale regelgeving op dit gebied, kan de betrokken onderneming een onrechtmatig concurrentievoordeel opleveren.

De aanbestedende overheid moet nagaan of het uitzendbureau is erkend of vrijgesteld van het verkrijgen van een dergelijke erkenning. In de meeste gevallen kan deze controle online worden uitgevoerd, op de website van de betrokken overheden, die een lijst van erkende uitzendbureaus publiceren¹⁰⁶. De Belgische sociale wetgeving is volledig van toepassing op uitzendkrachten.

¹⁰³ https://www.socialsecurity.be/site_nl/employer/applics/meldingsplicht/index.htm.

¹⁰⁴ Vlaams Gewest: decreet van 10 december 2010 betreffende de private arbeidsbemiddeling, art. 9 tot 13. Waals Gewest: decreet van 3 april 2009 betreffende de registratie en de erkenning van de arbeidsbemiddelingsbureaus, art. 4 tot 9; Brussels Hoofdstedelijk Gewest: ordonnantie van 14 juli 2011 betreffende het gemengd beheer van de arbeidsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, art. 8 tot 11; Duitstalige Gemeenschap: decreet van 11 mei 2009 betreffende de toelating van uitzendbureaus en de controle op de private arbeidsbemiddelaars, art. 4 tot 10.

¹⁰⁵ De meeste van de bovengenoemde teksten voorzien wel in een versoepeling van de erkenningsvoorwaarden voor ondernemingen die op het grondgebied van de Unie zijn gevestigd, door ze in staat te stellen aan te tonen dat zij voldoen aan gelijkwaardige erkenningsvoorwaarden in hun land van vestiging.

¹⁰⁶ In het Waalse Gewest: http://emploi.wallonie.be/files/PublicationsDEI/AGR_PUBL_EMPLOI_PLAC.XML, in het Vlaamse Gewest: <https://www.werk.be/online-diensten/bureaus-private-arbeidsbemiddeling/erkenningvan-uitzendbureaus/lijsten-erkende-bureaus> en in het Brusselse Gewest: <http://werk-economie-emploi.brussels/nl/particuliere-bureaus-voor-arbeidsbemiddeling>.

8.9. TEWERKSTELLING VAN BUITENLANDSE WERKNEMERS DOOR EEN BELGISCHE ONDERNEMING

De kwestie van de tewerkstelling van buitenlandse werknemers door Belgische ondernemingen is bijzonder complex, met name door de regionalisering¹⁰⁷ ervan met gedeeltelijke handhaving van een federale bevoegdheid¹⁰⁸.

In grote lijnen is het zo dat een onderdaan van een derde land die in België verblijft, om in België te kunnen werken in het bezit moet zijn van een document dat verschilt naargelang van zijn nationaliteit en de duur van zijn verblijf.

De Belgische sociale wetgeving is volledig van toepassing op buitenlandse werknemers die op die manier in België zijn tewerkgesteld.

Een vorm van sociale dumping bestaat uit het tewerkstellen van werknemers zonder verblijfs- of werkvergunning.

8.10. ARBEIDSDUUR

De arbeidsduur is de tijd waarin het personeel ter beschikking van de werkgever staat.

De arbeidsduur wordt onder meer geregeld door de Arbeidswet van 16 maart 1971, die bepaalt dat in principe:

- de arbeidsduur niet meer mag bedragen dan 8 uur per dag of 40 uur per week.
- Nachtwerk is verboden: een werkgever mag zijn werknemers niet aan het werk zetten tussen 20.00 uur 's avonds en 6.00 uur 's morgens.
- Het is verboden om werknemers op zondag aan het werk te zetten.

In de bouwsector¹⁰⁹ kunnen de werkzaamheden in principe niet worden uitgevoerd:

- voor 7.00 uur en na 18.00 uur;
- op zaterdag;
- op zondag;
- op een feestdag of een vervangingsfeestdag.

Er is wel voorzien in uitzonderingen op de arbeidsduur:

- zo is het bijvoorbeeld toegestaan om op zondag werkzaamheden uit te voeren om het hoofd te bieden aan een voorgekomen of dreigend ongeval, of werkzaamheden die door onvoorziene omstandigheden noodzakelijk zijn geworden¹¹⁰ ;
- nachtwerk is onder bepaalde voorwaarden toegestaan voor werken van aanleg, onderhoud en herstelling van wegen, spoorlijnen, tunnels, bruggen, havens en luchthavens evenals het aanbrengen van signalisatie en leggen van kabels¹¹¹ ;
- in de bouwsector is zaterdagwerk toegestaan wanneer dat niet op een ander ogenblik kan worden uitgevoerd, of wanneer de gelijktijdige uitvoering van bouwactiviteiten en andere activiteiten op dezelfde plaats risico's inhoudt voor de veiligheid en/of gezondheid van de werknemers of derden, of wanneer deze werkzaamheden om technische redenen niet combineerbaar zijn met andere werkzaamheden¹¹².

107 Wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers (gewijzigd door de gefedereerde entiteiten).

108 Wet van 9 mei 2018 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse onderdanen die zich in een specifieke verblijfssituatie bevinden.

109 Wet van 6 april 1960 betreffende de uitvoering van bouwwerken.

110 Art. 12 van de Arbeidswet van 16 maart 1971.

111 Koninklijk besluit van 20 mei 1998 waarbij nachtarbeid wordt toegestaan voor het uitvoeren van bepaalde werken in de ondernemingen die onder het Paritair Comité voor het bouwbedrijf ressorteren.

112 Koninklijk besluit nr. 213 van 26 september 1983 betreffende de arbeidsduur in de ondernemingen die onder het paritair comité voor het bouwbedrijf ressorteren.

9. CHECKLIST VAN DE BELANGRIJKSTE MIDDELEN TER BESTRIJDING VAN DE SOCIALE DUMPING

- ① De inschrijvers bewustmaken van de strijd tegen sociale dumping door in het bestek duidelijk te wijzen op deze problematiek.
- ② Het bestaan van eventuele fiscale of sociale schulden controleren.
- ③ Het bestaan van eventuele andere uitsluitingsgronden controleren, met inbegrip van schendingen van het sociaal recht, en dit 'met alle passende middelen'.
- ④ De regelmatigheid van de offertes controleren door het opsporen van mogelijke schendingen van het sociaal recht.
- ⑤ De normaliteit van de prijzen controleren en de betrokken toezichthoudende instanties op de hoogte brengen in geval van afwijzing van een offerte op grond van abnormale prijzen.
- ⑥ Bij voorkeur voldoende gewogen kwaliteitscriteria hanteren naast het criterium van de 'prijs/kosten'.
- ⑦ Tijdens de uitvoering nagaan of er eventuele sociale en fiscale schulden zijn en de opgelegde inhoudingen toepassen.
- ⑧ Nagaan of er mogelijke uitsluitingsgronden zijn in hoofde van de rechtstreekse onderaannemers, minstens voor fraudegevoelige opdrachten boven de Europese drempelwaarden.
- ⑨ De naleving van de beperkingen in de onderaannemingsketen controleren.
- ⑩ Daadwerkelijk toezicht houden op de naleving van de verplichtingen door de opdrachtnemer, met name op het gebied van het sociaal recht, de nodige pv's van ingebrekestelling opstellen en daadwerkelijke en ontradende sancties opleggen.
- ⑪ Elke ernstige inbreuk op het sociaal recht aangeven bij de bevoegde autoriteiten, en met name aan de SIOD.



10. CASESTUDY'S: ANTWOORDEN

10.1. CASESTUDY 1

- Het UEA is alleen van toepassing op opdrachten waarvan de geschatte waarde gelijk is aan of hoger is dan de drempel die is vastgesteld voor Europese bekendmaking, wat hier het geval is. Het UEA moet worden opgesteld door de kandidaat, in dit geval door de twee partners van de tijdelijke vereniging (bv Architect en SARL Teknik). Het UEA moet ook worden ingevuld door elke derde op wiens capaciteiten een beroep wordt gedaan om aan een selectiecriterium te voldoen. Hier is mevrouw Bonneville een onderaannemer, maar de tijdelijke vereniging heeft haar capaciteiten niet nodig om aan de kwalitatieve selectiecriteria te voldoen. Het UEA hoeft dus enkel te worden ingevuld door de bv Architect en de SARL Teknik.
- Aangezien het bestaan van fiscale of sociale schulden niet kan worden gecontroleerd via Telemarc, moet aan het betrokken Franse bureau een recent attest worden gevraagd.
- Mevrouw Bonneville is een onderaannemer; er wordt geen beroep gedaan op haar capaciteiten om aan de selectiecriteria te voldoen, zodat het bestaan van mogelijke uitsluitingsgronden niet hoeft te worden geverifieerd in de fase van de kwalitatieve selectie. Deze controle kan plaatsvinden in de uitvoeringsfase (deze controle is echter niet verplicht, aangezien het hier niet om een fraudegevoelige opdracht gaat).

10.2. CASESTUDY 2

Indien een inschrijver zich in een situatie van uitsluiting bevindt, heeft de toepasselijke impliciete verklaring op erewoord geen betrekking op de betrokken uitsluitings-situatie. In dit geval moet de inschrijver in principe de uitsluitingssituatie vermelden en corrigerende maatregelen toepassen.

Indien Goodfellas inderdaad de overtredingen heeft begaan die het voorwerp uitmaakten van de zes pv's die zijn opgemaakt door de andere aanbestedende overheid, moet Goodfellas dit dus in principe in zijn offerte vermelden en de genomen corrigerende maatregelen opgeven. U zult dan moeten beoordelen of deze corrigerende maatregelen toereikend zijn.

Als Goodfellas de overtredingen waarvan u op de hoogte bent, niet meldt, kunt u zich beroepen op de door de andere aanbestedende overheid opgestelde pv's als '**passend middel**' om aan te tonen dat Goodfellas zijn sociale verplichtingen niet is nagekomen.

10.3. CASESTUDY 3

Een schoonmaakopdracht is een fraudegevoelige opdracht voor diensten. De prijs telt mee voor meer dan 50 % en er worden minstens vier offertes in overweging genomen. Het vermoeden dat er sprake is van abnormaliteit in het geval van een verschil van meer dan 15 % onder het gemiddelde van de offertes wordt dus toegepast. De gemiddelde prijs is 538.342,5 euro.

Offerte nr. 4 wijkt met 12,6 % af van dit gemiddelde. Ze wordt dus niet **verondersteld** abnormaal laag te zijn en de aanbestedende overheid is **niet verplicht** om een prijsverantwoording te vragen.

Niets belet de aanbestedende overheid echter om in het licht van de bijzonderheden van de opdracht te overwegen dat een dergelijk verschil de schijn van een abnormaal lage prijs wekt. In dat geval vraagt zij de betrokken inschrijver om een verantwoording voor te leggen.

10.4. CASESTUDY 4

Elke werkgever moet de aan het werk inherente risico's opsporen en passende materiële maatregelen nemen om deze risico's te ondervangen, zo nodig met behulp van persoonlijke beschermingsmiddelen (art. 5 van de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers tijdens de uitvoering van hun werk; art. IX.2-2 e.v. van de Codex over het welzijn op het werk). Beschermend schoeisel moet ter beschikking van de werknemers worden gesteld in de gevallen als bedoeld in punt 4 van bijlage IX.2-2 van de Codex over het welzijn op het werk.

De aannemer moet het sociaal recht naleven en doen naleven door zijn onderaannemers (art. 7 van de wet van 17 juni 2016). De opdrachtnemer neemt dus de verantwoordelijkheid op zich voor het in gebreke blijven van zijn onderaannemers.

Net als bij elke andere tekortkoming moet een pv van ingebrekestelling worden opgesteld en moet de aannemer in de gelegenheid worden gesteld eventuele verdedigingsmiddelen te doen gelden (art. 44 van de algemene uitvoeringsregels).

In het pv van ingebrekestelling moet niet alleen melding worden gemaakt van de inbreuken op het sociaal recht, maar ook van het feit dat de hoofdaannemer de tussenkomst van de betrokken onderaannemer niet heeft gemeld (art. 12/1 van de algemene uitvoeringsregels). Het bestek voorziet niet in een bijzondere boete, maar dit sluit de toepassing van een algemene boete niet uit (art. 45 van de algemene uitvoeringsregels).

NOTA

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

NOTA

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

NOTA

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....



erap-gsob.brussels 

Public · Governance · Skills



bps-bpv

.brussels 

Bruxelles Prévention & Sécurité
Brussel Preventie & Veiligheid

Auteur: Maxime Vanderstraeten, advocaat

Gewestelijke School voor Openbaar Bestuur

Kapitein Crespelstraat 35

1050 Brussel

Tel.: +32 2 512 06 02

info@erap-gsob.brussels

www.erap-gsob.brussels