

Stibbe

# ESCO-contracten & de wetgeving overheidsopdrachten

Bruno Lombaert  
Frederik Vandendriessche  
*Advocaten-vennoot Stibbe*

Brussel  
Antwerpen

23 april 2008  
25 april 2008

# 1. Inhoud - inleiding

**1. Inhoud - inleiding**

**2. Kwalificatie van de ESCO-contracten**

**3. Gunningprocedure voor ESCO-contracten**

## 2. Kwalificatie van de contracten

### ■ Esco-contracten voor overheden :

- Domeinconcessie
- Overheidsopdrachten voor aanneming van
  - werken
  - leveringen en
  - diensten
- Promotie van werken

→ Wat met geïntegreerde ESCO-contracten en Energie Performatie Contracten (EPC) ?

→ Niet steeds binnen het kader van de regelgeving overheidsopdrachten

→ In beginsel wel steeds vereist :

- Transparante bekendmaking
- Gelijke behandeling (geen discriminerende voorwaarden)
- objectieve en relevante gunningscriteria
- Motivering

## 2.1. Domeinconcessie

= administratieve overeenkomst waarbij de overheid een persoon het recht verleent om een gedeelte van het openbaar domein tijdelijk en op een wijze die het recht van anderen uitsluit in gebruik te nemen en die om redenen ontleend aan het openbaar gezag éézijdig kan worden herroepen

→ 'ingebruikname van overheidsgoederen' & geen opdracht vanwege de overheid

→ Geen specifieke wettelijk voorziene (gunnings)procedure

→ Reglementering overheidsopdrachten in principe niet van toepassing

→ Wel beginselen afgeleid uit gelijkheidsbeginsel

→ Aandacht indien domeinconcessie gecombineerd met bepaalde afname-mogelijkheden / -verplichtingen

## 2.1. Domeinconcessie

- **Voorbeeld:**

- **concessie voor plaatsing en exploitatie van fotovoltaïsche zonnepanelen op daken van federale overheidsgebouwen**

→ **Niet volgens ‘derde investeerder’-model: de privé-investeerder is eigenaar van de geplaatste zonnepanelen**

→ **Concessiegever krijgt een huurprijs + mogelijkheid tot aankoop van geproduceerde groene energie, met een korting**

## 2.2. Overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten

= overeenkomst onder bezwarende titel ter uitvoering van een werk (verwezenlijking), levering (verwerving) of dienst (dienstverlening) (vraag vanwege de overheid)

→ Aanbestedende dienst staat zelf in voor financiering (eventueel via een afzonderlijke financieringsopdracht)

### ● Werken

▪ Betreffende hetzij het uitvoeren, hetzij zowel het ontwerpen als het uitvoeren van werken in het kader van één van de in bijlage I van deze wet vermelde werkzaamheden of van een bouwwerk, dan wel het laten uitvoeren, met welke middelen ook, van een bouwwerk dat aan de door de aanbestedende overheid of het overheidsbedrijf vastgestelde behoeften voldoet. Een bouwwerk is het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen verwezenlijking van een bouwactiviteit of werk

### ■ Leveringen

▪ Betreffende het ter beschikking stellen van producten  
▪ Verwerving door koop- of aannemingsovereenkomst, huur, huurkoop of leasing met of zonder aankoopoptie van producten

### ■ Diensten

▪ Dienstenverhuring = verrichten van een bepaalde prestatie  
▪ Bijlage 2 Wet 24/12/1993 vermelde diensten: onderhouds- en reparatiediensten, bouwkundige diensten, ...

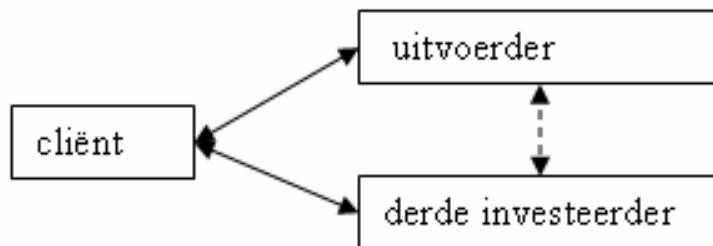
## 2.2. Overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten

### “Eenvoudige opdrachten, zonder geïntegreerde financiering”

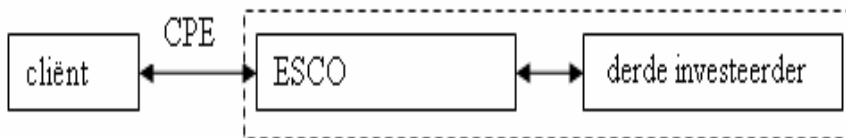
- Voorbeeld 1: werken
  - Plaatsen van fotovoltaïsche zonnepanelen op daken ≠ domeinconcessie
  - Isolatie van daken en verwarmingsleidingen
- Voorbeeld 2: diensten
  - Ontwikkeling en indienststelling van een online energieboekhoud- en energiemonitoring-systeem
  - Uitvoering van uitgebreide energie audits van een aantal gebouwen die gebruikt worden door overheidsinstellingen
- Voorbeeld 3: leveringen
  - Condenserende gasketels voor de productie van warm water, ter vervanging van elektrische boilers
  - Aankoop van spaarlampen, energiebesparende toestellen, e.d.

## 2.3. Wat bij Geïntegreerde contracten ?

**Figuur A**



**Figuur B**



**Figuur A:**

- Eerste model derde-investeerder
- Twee (of meer) overheidsopdrachten
- Overheidsopdracht betreffende de financiering  
→ Geen promotieovereenkomst!
- Overheidsopdracht(en) voor werken, diensten of leveringen

→ Welk type opdracht?

**Figuur B:**

- Tweede model derde-investeerder
- Eén overheidsopdracht
- Afsluiten van een EPC

→ Promotieovereenkomst?

## 2.3.1. Geïntegreerde contracten zonder financiering

→ Een overheidsopdracht met meerdere voorwerpen / die tezelfdertijd betrekking kan hebben op werken, leveringen en diensten (Bv. uitvoeren energieaudit en uitvoeren van vereiste leveringen en bouwwerkzaamheden om conclusies van de energieaudit te implementeren)

▪ Wet 24 december 1993: hoofdregel = karakter van het deel van de opdracht dat de grootste waarde vertegenwoordigt, is bepalend voor karakter gehele opdracht

▪ Wet 15 juni 2006:

→ Een overheidsopdracht die betrekking heeft op het leveren van producten en in bijkomende orde op plaatsings- en installatiewerkzaamheden wordt als een overheidsopdracht voor leveringen beschouwd

→ Een overheidsopdracht die zowel betrekking heeft op leveringen als op de in bijlage II van deze wet bedoelde diensten, wordt als een overheidsopdracht voor diensten beschouwd indien de waarde van de desbetreffende diensten hoger is dan die van de in de opdracht opgenomen leveringen.

→ Een overheidsopdracht die betrekking heeft op de in bijlage II van deze wet bedoelde diensten en ten opzichte van het hoofdvoorwerp van de opdracht slechts bijkomstig werkzaamheden omvat als bedoeld in bijlage I van deze wet, wordt als een overheidsopdracht voor diensten beschouwd

→ **Financiering : afzonderlijke overheidsopdracht voor diensten**

## 2.3.2. Geïntegreerde contracten met financiering

Overheidsopdracht voor aanneming van werken of van leveringen die zowel betrekking heeft op de financiering en de uitvoering van werken of leveringen als, in voorkomend geval, op de studie ervan of op elke dienstenverlening in dat verband → Dezelfde persoon staat in voor de (pre)financiering en de uitvoering van de overheidsopdracht

⇒ Slechts mogelijk onder de bijzondere voorwaarden vastgesteld door de Koning voor Promotie van werken – leveringen (huren, huren met aankoopoptie, huren met eigendomsoverdracht op termijn, verwerven vanaf terbeschikkingstelling tegen annuïteiten, toekennen erfpacht of opstalrecht)

⇒ regeling inzake verdeling van onderhoudsverplichtingen & huurherstellingen

⇒ verbod op betaling voor terbeschikkingstelling werken of leveringen

⇒ verbod huur, annuïteit of erfpachtrente te betalen voor de periode waarin het werk of de leveringen niet kan gebruikt worden ten gevolge van de tekortkoming van de promotor.

## 2.3.3. Energie Performantie Contract (EPC)

### ■ Welke procedure voor een EPC?

→ EPC betreft de uitvoering van werken, leveringen of diensten EN financiering (door een ESCO), en (preliminaire en definitieve) studie door ESCO's

⇒ Promotieovereenkomst zal vaak verplichte procedure zijn voor de keuze van een ESCO die een EPC-contract aanbiedt

⇒ wel rekening te houden met de specifieke vereisten voor promotiecontracten die vaak hinderend/beperkend kunnen zijn voor innovatieve vormen van gunning & van risico-verdeling

⇒ bijzondere aandacht voor EPC-contracten die ESR-neutraal wil structureren onder de vorm van een promotiecontract (overdracht bouw- en beschikbaarheidsrisico)

## 2.3.4. Energie Performantie Contract (EPC)

### ■ Welke procedure voor de gunning van een EPC?

→ Aanbesteding / offerteaanvraag

→ Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking: artikel 17 §2 Wet 24 december 1993

- Contracten van beperkte waarde (drempels te bepalen door de Koning)
- Enkel onregelmatige offertes of geen offertes ingevolge een aanbesteding of offerteaanvraag
- Aanvullende werken of diensten (50%)
- Nieuwe werken of diensten: herhaling van soortgelijke werken of diensten gegund door aanbesteding of offerteaanvraag (indien vermeld bij uitschrijving eerste opdracht)

→ Onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking: artikel 17 §3 Wet 24 december 1993

- Werken of diensten waarvan de aard of de onzekere omstandigheden verhinderen op voorhand een globale prijs vast te stellen
- Diensten met zodanige aard dat de specificaties van de opdracht niet kunnen bepaald worden met voldoende nauwkeurigheid
- Organiseren van de onderhandelingsprocedure: beoordeling van de offertes, “short list”, BAFO

→ Concurrentiegerichte dialoog: “bijzondere complexe opdracht”

- Richtlijn 2004/18/EG
- Wet 15 juni 2006 (NIET in werking)

12

# CONTACT

**Frederik Vandendriessche**  
**U.A. - U.Gent**  
**Bruno Lombaert**  
**F.U.S.L.**  
**Advocaten-vennoot Stibbe**  
**Central Plaza - Loksumstraat 25**  
**1000 BRUSSEL**  
**Tel. 0032 2 533 51 56**  
**Fax 0032 2 533 51 19**  
**frederik.vandendriessche@stibbe.com**  
**bruno.lombaert@stibbe.com**