

Marchés & Contrats Publics

Overheidsopdrachten & -Overeenkomsten

2011/2

Table des matières Inhoudstafel

Doctrine		
Rechtsleer	147	<i>La complexification du droit des contrats et marchés publics</i> KRIS WAUTERS
	151	<i>De toetsing van gunningscriteria en subcriteria door de Raad van State</i> RIKA HEIJSE
	167	<i>Overheidsopdrachten en andere overheidsovereenkomsten van de lidstaten : 2010 (Kroniek van de Europese rechtspraak)</i> ANN LAWRENCE DURVIAUX
Jurisprudence		
Rechtspraak	187	<i>De toepassing van de hoorplicht tijdens de gunningsprocedure</i> <i>Noot onder RvS 23 maart 2010, nr. 202.260 (arrest Aquaterra)</i> SÉBASTIEN DEPRÉ en KAMAIN MAN
Actualités		
Actualia	193	<i>Actualités législatives et réglementaires / Nieuwe regelgeving</i>
	197	<i>Jurisprudence communautaire / Europese rechtspraak</i>
	203	<i>Jurisprudence Cour constitutionnelle / Rechtspraak Grondwettelijk Hof</i>
	207	<i>Jurisprudence Conseil d'Etat / Rechtspraak Raad van State</i>
	241	<i>Décisions judiciaires récentes / Recente gerechtelijke uitspraken</i>

Doctrine

Rechtsleer

Overheidsopdrachten en andere overheidsovereenkomsten van de lidstaten : 2010

(Kroniek van de Europese rechtspraak)

ANN LAWRENCE DURVIAUX

Hoogleraar en advocaat

1. – Algemeen voorstelling

Deze kroniek bevat de voornaamste arresten die het Hof van Justitie van de Europese Unie in 2010 gewezen heeft. Ze brengt verslag uit over de juridische aangelegenheden die aan de orde zijn gesteld in het kader van de geschillen die voor het Hof van Justitie aanhangig zijn gemaakt en over de antwoorden die het Hof daarop heeft gegeven. Vanuit conceptueel oogpunt heeft het Gemeenschapsrecht de typologie van de overheidsovereenkomsten sterk vereenvoudigd⁽¹⁾: de overheidsopdrachten worden voornamelijk geregeld door het afgeleide recht⁽²⁾, het primaire recht en de algemene beginselen, terwijl de “andere” overheidsovereenkomsten alleen geregeld worden door deze laatste normen⁽³⁾ en door een zekere concurrentielogica of marktlogica⁽⁴⁾. In deze context is het daarom belangrijk om goed een onderscheid te maken tussen rechtsbronnen (I) en rechtscategorieën (II). Het afgeleide recht betreffende de overheidsopdrachten regelt voornamelijk de gunning van de overeenkomsten waarop zij betrekking hebben (III) vanuit het oogpunt van de selectie van de ondernemingen (A) en van de keuze van de offertes (B) en regelt bovendien de rechtsbescherming door de lidstaten om de effectiviteit van de regels (IV) te waarborgen.

I. – De bronnen : primair recht, algemene beginselen, afgeleid recht en interpretatieve mededeling

A. – PRIMAIR RECHT :

VRIJHEID VAN VESTIGING (ART. 49 VWEU),
VRIJ VERRICHTEN VAN DIENSTEN (ART. 56 VWEU),
WERKZAAMHEDEN DIE DE UITOEFENING
VAN HET OPENBAAR GEZAG INHOUDEN
(ART. 51 EN 62 VWEU) EN DE DIENSTEN
VAN ALGEMEEN ECONOMISCH BELANG
(ART. 106 VWEU)

2. – Een rechtsvorm van NV en een zetel in een lidstaat voor de exploitatie van kansspelen⁽⁵⁾

Met de zaak *Ernst Engelman* oordeelt het Hof van Justitie dat de verplichtingen die aan concessiehouders gesteld worden om de rechtsvorm van een naamloze vennootschap aan te nemen voor de exploitatie van kansspelen enerzijds, en om hun zetel op het nationale grondgebied te hebben anderzijds, beperkingen vormen op de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU). Voor de eerste verplichting verzoekt het Hof de nationale rechter om te oordelen in hoeverre ze gerechtvaardigd en evenredig is, in het bijzonder met betrekking tot het doel om fraude ten nadele van de consument te voorkomen. Het Hof oordeelt daarentegen meteen dat de tweede voorwaarde, de automatische uitsluiting van marktdeelnemers die hun zetel in een andere

(1) In het bijzonder vergeleken met de typologie van het Franse recht die net tot een complexer systeem leidt. Zie o.a. G. ECKERT, “Les formes contractuelles en droit interne, Réflexions sur l’évolution du droit des contrats publics”, *RFDA*, 2006, p. 238.

(2) Richtl. EP en Raad 2004/17/EG (bijzondere sectoren) en 2004/18/EG (klassieke sectoren) voor de plaatsing van overheidsopdrachten en Richtl. EP en Raad 2007/66/EG, 11 december 2007, tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG met betrekking tot de verbetering van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten.

(3) Regelmatig onder de aandacht gebracht door de Europese Commissie in interpretatieve mededelingen; zie met name de mededeling van 23 juni 2006 betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op gunningen van opdrachten die niet of niet volledig onderworpen zijn aan de richtlijnen inzake overheidsopdrachten (PB 2006/C 179/02); zie de kritiek J.-D. DREYFUS, “De minimis curat praetor”, *AJDA*, 2006, p. 1633.

(4) A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marchés publics en droit communautaire, analyse critique d’un système*, Brussel, Larcier, 2006.

(5) HvJ 9 september 2010, *Ernst Engelman*, zaak C-64/08, ACCP 2010, nr. 104, pp. 12-13.

lidstaat hebben, verder gaat dan wat nodig is voor het bestrijden van criminaliteit en daarom niet in overeenstemming is met artikel 43 VWEU⁽⁶⁾.

Wat de beperking van het aantal en de duur (15 jaar) van de concessies betreft, vond het Hof het belangrijk eraan te herinneren dat, ook al vormt de beperking van het aantal concessies een belemmering voor de fundamentele vrijheden, een lidstaat het aantal casino's kan beperken en hiermee een door het recht van de Europese Unie erkend doel van algemeen belang kan garanderen⁽⁷⁾. Bovendien kan, ook al vormt de beperking van de concessie tot 15 jaar een belemmering voor de uitoefening van de door het verdrag gewaarborgde vrijheden, deze beperking gerechtvaardigd worden door het feit dat de concessiehouder voldoende tijd nodig heeft om zijn investeringen af te schrijven⁽⁸⁾.

3. – *Een zetel of een vestiging in een lidstaat in het kader van een concessie voor toeristisch vervoer*⁽⁹⁾

In de zaak *Yellow Cab Verkehrsbetriebs GmbH* heeft een Oostenrijkse rechter aan het Hof van Justitie de vraag gesteld in hoeverre de nationale regeling verenigbaar is met de fundamentele vrijheden wanneer deze nationale regeling als voorwaarde voor de afgifte van een vergunning om een lijnbus te exploiteren stelt dat men op de datum van de concessieaanvraag een zetel of een vestiging moet hebben in Oostenrijk en dat de commerciële rentabiliteit van een concurrerende onderneming niet in gevaar mag worden gebracht (economische bescherming van de vorige concessiehouder). Alleen de conclusies van de advocaat-generaal werden in dit stadium neergelegd.

Na geoordeeld te hebben dat de exploitatie van buslijnen voor toeristische doeleinden tot de vrijheid van vestiging behoort (art. 49 VWEU) en niet tot de vrije dienstverrichting (art. 56 VWEU) analyseert de advocaat-generaal afzonderlijk de voorwaarde met betrekking tot de exploitatiezetel en de voorwaarde met betrekking tot de economische bescherming van de vorige concessiehouder. Hij oordeelt dat de Oostenrijkse regeling onverenigbaar is met artikel 49 VWEU. De eerste voorwaarde had gerechtvaardigd kunnen worden indien zij betrekking had op de periode vóór het begin van de activiteit, maar zij kan in geen geval een voor-

waarde zijn voor de toekenning van de concessie. De tweede voorwaarde, de bepaling inzake de garantie van de economische leefbaarheid van de vorige concessie, beoogt noch de promotie van het toerisme, noch de rationalisatie en de veiligheid van het verkeer, noch de bescherming van de reiziger; zij is in strijd met de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU) en de vrije mededinging (art. 101 VWEU).

4. – *De uitoefening van het openbaar gezag (art. 45 en 55 EG) en de diensten van algemeen economisch belang (art. 86 EG)*⁽¹⁰⁾

Ondernemingen gevestigd in andere lidstaten dan de Bondsrepubliek Duitsland hadden geklaagd over de gunning van de overheidsopdrachten (en concessies) betreffende de diensten voor ziekenvervoer. In de BRD behoort de organisatie van de ambulancediensten tot de bevoegdheid van de deelstaten.

In de meeste deelstaten worden ambulancediensten verricht volgens het zogenoemde “duale” stelsel (“duales System”), ook bekend als “scheidingsmodel” (“Trennungsmodell”). Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen de openbare ambulancediensten, die ongeveer 70% van alle ambulancediensten vertegenwoordigen, en ambulancediensten op basis van vergunningen die overeenkomstig de ter zake geldende deelstaatwetgeving zijn verleend, welke overeenkomen met ongeveer 30% van al deze diensten. De openbare ambulancedienst omvat normaliter het vervoer van spoedgevallen en het gekwalificeerde ziekenvervoer. Het vervoer van spoedgevallen is het onder deskundige begeleiding per noodartswagen of speciaal geëquiperde ambulance vervoeren van personen die als gevolg van verwondingen of ziekte in levensgevaar verkeren. Het gekwalificeerde ziekenvervoer is het onder deskundige begeleiding vervoeren van zieke, gewonde of hulpbehoevende personen die geen spoedgevallen zijn met een voor ziekenvervoer geschikt voertuig. Die twee soorten vervoer staan doorgaans permanent ter beschikking van de bevolking op het gehele betrokken grondgebied en houden in de regel in dat voor een permanent bemande ambulancedienst wordt gezorgd. Hoewel bij het verrichten van het vervoer soms medische verzorging beschikbaar is, is er meestal geen arts aanwezig. De territoriale

(6) Punten 28 tot 40 van het arrest.

(7) Punten 44 tot 45 van het arrest.

(8) Punten 46 tot 48 van het arrest.

(9) Zaak C-338/09, conclusies van advocaat-generaal P. CRUZ VILLALON, voorgesteld op 30 september 2010, *Yellow Cab Verkehrsbetriebs GmbH*, ACCP 2010, nr. 105, p. 9.

(10) HvJ 29 april 2010, *Europese Commissie tegen de Federale Republiek Duitsland*, zaak C-160/08; conclusies van de advocaat-generaal V. TRSTENJAK, voorgesteld op 11 februari 2010.

lichamen die verantwoordelijk zijn voor de organisatie van de ambulancediensten sluiten contracten af met de dienstverleners ten behoeve van de gehele bevolking binnen hun gebied. Die diensten worden ofwel rechtstreeks door de aanbestedende dienst vergoed volgens het zogenoemde “*Submissionsmodell*” – het enige waarop dit beroep betrekking heeft – ofwel door de dienstverlener aan de patiënten of ziekenfondsen in rekening gebracht volgens het zogenoemde “*Konzessionsmodell*”.

Het belang van dit alles ligt niet zozeer in de uiteindelijke oplossing, die gewoon voortvloeit uit de eenvoudige toepassing van het stelsel van de gemengde diensten (prioritair en niet prioritair), en een gebrek aan verduidelijking door de Commissie met betrekking tot het voeren van de procedure wegens niet-nakoming, maar wel in het verdedigingssysteem dat Duitsland en Nederland hebben gekozen.

Zij hebben een eerste uitzondering onder de aandacht gebracht op grond van artikel 45, eerste lid EG in combinatie met artikel 55, door te betogen dat openbare ziekenvervoerdiensten deel uitmaken van het overheidsbeleid inzake risicopreventie en bescherming van de gezondheid, want dit beleid vormt een deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag dat gepaard gaat met “bijzondere bevoegdheden” zoals de planning, de organisatie en het beheer van de diensten, het opleggen van informatie- en meldingsplichten aan derden. In de opvatting van de twee lidstaten ging het om een overheidstaak.

Subsidiair stelden zij nog dat het ziekenvervoer onder het begrip “dienst van algemeen economisch belang” in de zin van artikel 86, lid 2 EG valt, op grond waarvan niet alleen kan worden afgeweken van de mededingingsregels, van de fundamentele vrijheden maar ook van de voorschriften betreffende overheidsopdrachten.

Het Hof van Justitie zal beide uitzonderingen in casu verwerpen, doch het beginsel van hun mogelijke toepassing aanvaarden.

Wat de eerste uitzondering betreft, zal het Hof oordelen dat volgens vaste rechtspraak de in deze artikelen vastgestelde afwijking “*beperkt moet worden tot activiteiten die, op zich beschouwd, een*

rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag vormen”⁽¹¹⁾. Verwijzend naar de conclusies van zijn advocaat-generaal⁽¹²⁾ verduidelijkt het Hof nog dat “*van zulke deelneming slechts gesproken kan worden wanneer de bijzondere rechten, overheidsrechten en dwangbevoegdheden op voldoende gekwalificeerde wijze worden uitgeoefend*”. Het zal vervolgens deze bekende oplossingen toepassen op de onderhavige zaak en oordelen dat “*het bijdragen aan de bescherming van de volksgezondheid, hetgeen een taak is die eenieder te beurt kan vallen, met name door een persoon wiens gezondheid of leven in gevaar is bij te staan niet volstaat om te spreken van deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag*”⁽¹³⁾. Het Hof zal oordelen dat het gebruik van instrumenten zoals zwaailicht en sirene, waaruit blijkt dat de nationale wetgever meer belang hecht aan de volksgezondheid dan aan de algemene verkeersvoorschriften, niet kan worden aangemerkt als een deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag of aan van het gemene recht afwijkende dwangbevoegdheden⁽¹⁴⁾. De organisatiebevoegdheid van de desbetreffende diensten is ook niet relevant.

Het Hof van Justitie zal de tweede uitzondering die wordt toegestaan op grond van artikel 86, §2 EG verwerpen met als reden dat Duitsland niet voldoende heeft aangetoond dat de kruissubsidiëring die wordt aangevoerd om de concrete organisatie van de diensten te rechtvaardigen in gevaar wordt gebracht door de verplichting om over te gaan tot een bekendmaking *ex post* (gunningsbericht), aangezien het geschil geleidelijk aan herleid werd tot niet-prioritaire diensten.

B. – DE BEGINSELEN VAN GELIJKE BEHANDELING EN NON-DISCRIMINATIE, EVENREDIGHEID EN TRANSPARANTIE

5. – *Beperking op het indienen van met elkaar concurrerende offertes*⁽¹⁵⁾

Kan op grond van de beginselen van gelijke behandeling en van non-discriminatie bij opdrachten die onder de communautaire drempels liggen⁽¹⁶⁾ voor groeperingen en voor ondernemingen die er deel van uitmaken een absoluut verbod gelden om

(11) Punten 77 en 78.

(12) Punt 58 van de conclusies.

(13) Punt 80.

(14) Punten 81 en 82.

(15) HvJ 23 december 2009, *Serratone Srl, Consorzio Stabile Edili Srl v. Comune di Milano*, zaak C-376/08, ACCP 2010, nr. 96, pp. 11-12.

(16) Deze zaak doelde op de Italiaanse regelgeving. Soortgelijke bepalingen bestaan ook in andere nationale wetgevingen, bijvoorbeeld art. 93 KB 8 januari 1996 in België.

bij de gunning van een opdracht met elkaar concurrerende offertes in te dienen? Volgens het Hof van Justitie is dit verbod in strijd met het evenredigheidsbeginsel voor zover het een onweerlegbaar vermoeden van collusie instelt die de mededinging vervalst⁽¹⁷⁾. Het gaat in tegen de communautaire doelstelling om de grootst mogelijke deelneming aan overheidsopdrachten te waarborgen⁽¹⁸⁾ doordat het een afschrikkende werking zou uitoefenen op ondernemers uit andere lidstaten die voornemens zijn een duurzaam consortium op te richten of lid te worden van een duurzaam consortium om gemakkelijker te kunnen deelnemen aan openbare aanbestedingsprocedures⁽¹⁹⁾. Dit verbod gaat verder dan wat nodig is met het oog op het rechtmatige doel van bescherming van de mededinging⁽²⁰⁾.

6. – De toekenning van concessies voor kansspelen en casino's⁽²¹⁾ : buiten het contract, de transparantieplichting en de eenzijdige handelingen

Het structurerende onderscheid in tal van nationale wetgevingen tussen eenzijdige handelingen en contracten heeft geen doorslaggevende weerslag in het Gemeenschapsrecht bij de beoordeling van de draagwijdte van het transparantieprincipe.

De voornaamste lering uit het arrest *The Sporting exchange Ltd*⁽²²⁾ is dat het verlenen van een vergunning die een exploitant een exclusief recht geeft om een economische activiteit uit te oefenen moet voldoen aan de vereisten van artikel 49 van het EG-Verdrag, met name het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplichting. Deze uitbreiding van het beginsel van de transparantieplichting was te verwachten, niet in het minst omdat zij door de Europese Commissie met vastberadenheid was aangekondigd⁽²³⁾ en omdat zij aansluit bij een vaste rechtspraak van het Hof van Justitie betreffende eenzijdige vergunningen die afwijken van een fundamentele vrijheid⁽²⁴⁾. De transparantieplichting wordt inderdaad voor de

eerste keer duidelijk bevestigd door het Hof van Justitie.

Dit arrest versterkt het transparantiebeginsel bij het toevertrouwen van een concessie (die soms gekwalificeerd wordt als eenzijdig in bepaalde lidstaten) of een ander recht van soortgelijke aard, maar ook meer in het algemeen voor alle vergunningen⁽²⁵⁾ wanneer deze de uitoefening van een economische activiteit, zelfs indien deze zuiver privé is, beperken, en, zonder twijfel, voor de eenzijdige vergunningen om het openbaar domein te bezetten.

Het arrest geldt alleen voor economische activiteiten die een bepaald grensoverschrijdend belang hebben. Het Hof van Justitie heeft op advies van zijn advocaat-generaal een specifieke interpretatie van de *in house*-uitzondering aangenomen : wanneer de begunstigde van het exclusieve recht een publieke exploitant is wiens beheer onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat of een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen, dan is de transparantieplichting niet van toepassing, zonder andere voorwaarde⁽²⁶⁾.

Dezelfde "logica" vinden we eveneens in de zogenaamde "Dienstenrichtlijn"⁽²⁷⁾. De selectieprocedures tussen verschillende kandidaten wanneer het aantal beschikbare vergunningen voor een activiteit beperkt is wegens een schaarste aan natuurlijke hulpbronnen of technische mogelijkheden bevat geen onderscheid tussen eenzijdige vergunningen en contractuele vergunningen. Zij moeten alle waarborgen voor onpartijdigheid en transparantie bieden in termen van een toereikende bekendmaking van de opening en uitvoering van de procedure⁽²⁸⁾.

Met de zaak *Ernst Engelman*⁽²⁹⁾ zal het Hof van Justitie het arrest *Sporting Exchange* bevestigen : de beginselen van gelijke behandeling en niet-discri-

(17) Punt 39 van het arrest.

(18) Punt 40 van het arrest.

(19) Punten 41 tot 43 van het arrest.

(20) Punten 44 tot 45 van het arrest.

(21) HvJ 9 september 2010, *Ernst Engelman*, zaak C-64/08.

(22) HvJ 3 juni 2010, *The Sporting Exchange Ltd*, zaak C-203/08; *Contrats et marchés publics*, 2010, p. 422; *ACCP* 2010, nr. 102, p. 13; conclusies van advocaat-generaal Y. BOT van 17 december 2009, *ACCP*, 2010, nr. 96, pp. 13-14.

(23) O.a. in zijn mededeling betreffende de concessies (reeds aangehaald).

(24) F. LORRENS en P. SOLERS-COUTEAUX, "L'extension de l'obligation de mise en concurrence aux actes unilatéraux", *Contrats et marchés publics*, 2010, rep. nr. 11.

(25) *Ibid.*

(26) *Ibid.*

(27) Richtl. EP en Raad 2006/123/EG, 12 december 2006, betreffende diensten op de interne markt, *PB* 27 december 2006, nr. L 376 die omgezet moest worden tegen 28 december 2009.

(28) J.D. DREYFUS, "La soumission des conventions d'occupation du domaine public aux règles du traité de Rome", *AJDA*, 2008, p. 2172.

(29) HvJ 9 september 2010, *Ernst Engelman*, zaak C-64/08.

minatie en het logische gevolg daarvan, de transparantieplichting, gelden voor de overheden ongeacht de manier waarop de ondernemers geselecteerd worden. Deze beginselen verbieden de toekenning, zonder enige mededinging, van concessies voor de exploitatie van kansspelinrichtingen⁽³⁰⁾.

7. – Niet-prioritaire diensten

In de zaak *Commissie tegen Ierland*⁽³¹⁾ beschuldigde de Commissie Ierland ervan dat het de beginselen van gelijke behandeling en transparantie geschonden had door aan de criteria voor de gunning van een opdracht voor de verlening van tolken vertaaldiensten, diensten die vallen onder bijlage II, B van richtlijn 2004/18/EG, een gewicht toe te kennen na de uiterste datum voor de indiening van de offertes en deze weging te wijzigen na een eerste onderzoek van de ingediende offertes.

Na erop gewezen te hebben dat niet-prioritaire diensten (bijlage II, B Richtl. 2004/18/EG) slechts geregeld werden door bepalingen inzake technische specificaties en door bepalingen inzake een bekendmaking achteraf (gunningsbericht) verduidelijkt het Hof van Justitie dat de toekenning ervan onderworpen blijkt te zijn aan de fundamentele regels van het recht van de Unie, en met name aan de uit de verdragen voortvloeiende algemene beginselen, in het geval dat de opdrachten een grensoverschrijdend belang hebben⁽³²⁾. Bijgevolg kan aan Ierland niet ten laste gelegd worden dat het de verplichting inzake de weging van de gunningscriteria, zoals vastgesteld in artikel 53 van richtlijn 2004/18/EG die niet van toepassing op niet-prioritaire diensten⁽³³⁾, niet naleeft.

De beginselen van gelijke behandeling tussen inschrijvers en transparantie verbieden daarentegen elke wijziging in de gunningscriteria tijdens een aanbestedingsprocedure⁽³⁴⁾ zonder dat moet worden aangetoond dat de wijziging van het relatieve

gewicht een discriminatoir effect op één van de inschrijvers heeft gehad; het potentieel discriminatoir effect volstaat reeds.

8. – Wezenlijke wijzigingen in de essentiële bepalingen van een concessieovereenkomst⁽³⁵⁾

Het Hof van Justitie had reeds geoordeeld over de kwestie van wezenlijke wijzigingen in de belangrijkste bepalingen van een overeenkomst in het kader van de gunning van overheidsopdrachten⁽³⁶⁾. De wil van een concessiehouder om van onderaannemer te veranderen net na de gunning van een dienstenconcessie voor de exploitatie, de instandhouding, het onderhoud en de reiniging van elf openbare toiletten in de stad Frankfurt leidde tot een prejudiciële vraag, wat voor het Hof een gelegenheid was om te verwijzen naar de mededingingsverplichting. Het is geen verrassing dat het Hof de voor overheidsopdrachten toegestane oplossing in soortgelijke bewoordingen zal uitbreiden tot de concessies voor diensten: “*Wezenlijke wijzigingen van de essentiële bepalingen van een concessieovereenkomst voor diensten in bepaalde gevallen kunnen de gunning van een nieuwe concessieovereenkomst vereisen wanneer zij kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van die van de oorspronkelijke overeenkomst en bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze overeenkomst*”⁽³⁷⁾. Een wijziging is wezenlijk wanneer “*hierbij voorwaarden worden ingevoerd die, indien zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren vastgesteld, hadden kunnen leiden tot toelating van andere dan de oorspronkelijk toegelaten inschrijvers of tot de keuze van een andere dan de oorspronkelijk uitgekozen offerte*”⁽³⁸⁾. Een vervanging van een onderaannemer kan, zelfs indien de overeenkomst in deze mogelijkheid voorziet, een dergelijke wijziging vormen wanneer de omstandigheid dat een beroep is

(30) Punten 49 tot 58 van het arrest *Ernst Engelman*; zie inzake de organisatie van weddenschappen, HvJ 8 september 2010, *Winner Wetten GmbH tegen Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, zaak C-409/06, waarin het Hof van Justitie zal oordelen dat “een nationale regeling inzake een publiek monopolie op sportweddenschappen die volgens de vaststellingen van een nationale rechterlijke instantie beperkingen bevat die onverenigbaar zijn met de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting omdat zij niet ertoe bijdragen dat weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijze worden beperkt, wegens de voorrang van het rechtstreeks toepasselijke recht van de Unie niet gedurende een overgangperiode verder mag worden toegepast”.

(31) HvJ 18 november 2010, *Commissie tegen Ierland*, zaak C-226/09, ACCP, 2011, nr. 106, pp. 9-10.

(32) Punten 24 tot 32 van het arrest.

(33) Punten 40 tot 43 van het arrest.

(34) Punten 56 tot 66 van het arrest.

(35) HvJ 13 april 2010, *Wall AG tegen Stad Frankfurt, Frankfurter Entsorgungs-und Services (FES) GmbH*, zaak C-91/08; M. AUBERT, E. BROUSSY en F. DONNAT, “Chronique de jurisprudence communautaire”, *AJDA*, 2010, p. 946.

(36) HvJ 5 oktober 2000, *Commissie tegen Frankrijk*, zaak C-337/08, *Jur.*, p. I-8377; HvJ 19 juni 2008, *Presstext Nachrichtenagentur*, zaak C-454/06, *Jur.*, p. I-4401; *AJDA*, 2008, noot J.D. DREYFUS.

(37) Punt 37 van het arrest.

(38) Punt 38 van het arrest.

gedaan op een onderaannemer, rekening houdend met de specifieke kenmerken van de betrokken dienst, een beslissend element is geweest bij het sluiten van de overeenkomst, wat door de feiten-rechter dient te worden beoordeeld.

C. – VRIJ VERRICHTEN VAN ZEEVERVOERDIENSTEN

9. – *De toepassing ratione temporis van het EU-Acquis op de gunning van een overheidsopdracht voor dienstverlening*⁽³⁹⁾

De Europese Commissie beschuldigde de Republiek Malta ervan, kort vóór haar toetreding tot de Europese Unie, met een rederij (bedrijf GCCL) een exclusieve overeenkomst inzake openbare diensten gesloten te hebben die in strijd is met verordening nr. 3577/92 betreffende het vrij verrichten van zeevervoerdiensten. Artikel 1, paragraaf 1 van deze verordening bepaalt: “Met ingang van 1 januari 1993 wordt het vrij verrichten van zeevervoerdiensten binnen een lidstaat (cabotage in het zeevervoer) ingevoerd voor reders uit de Gemeenschap die met in een lidstaat geregistreerde schepen varen welke de vlag van een lidstaat voeren, mits die schepen voldoen aan alle eisen voor toelating tot cabotage van die lidstaat, met inbegrip van bij EUROS geregistreerde schepen, zodra dit register door de Raad is goedgekeurd”. Artikel 4, paragraaf 1 van diezelfde verordening bepaalt daarentegen: “Een lidstaat kan, als voorwaarde voor het verrichten van cabotagediensten, met scheepvaartmaatschappijen die aan geregelde diensten vanuit, tussen en naar eilanden deelnemen, openbaredienstcontracten sluiten of hun openbaredienstverplichtingen opleggen. Wanneer een lidstaat openbaredienstcontracten sluit of openbaredienstverplichtingen oplegt, doet hij zulks op niet-discriminatoire grondslag voor alle reders uit de Gemeenschap”. Het Hof van Justitie zal de conclusies van zijn advocaat-generaal volgen⁽⁴⁰⁾ en het beroep van de Commissie verwerpen om de eenvoudige reden dat de gunning van de overeenkomst gebeurd was terwijl de betrokken lidstaat nog niet gebonden was door de verdragen, en bijgevolg ook niet door de betwiste verordening.

D. – INTERPRETATIEVE MEDEDELINGEN

10. – *Voorwaarde voor de ontvankelijkheid van het beroep tot nietigverklaring van een interpretatieve mededeling*⁽⁴¹⁾

De Bondsrepubliek Duitsland, daarin gesteund door het Europees Parlement en door andere lidstaten, heeft beroep aangetekend bij het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Unie tot nietigverklaring van de interpretatieve mededeling van de Europese Commissie van 26 juni 2006 betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten die niet binnen de werkingssfeer van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, omdat zij bepalingen zou toevoegen aan het bestaande recht. De BRD betoogde dat de mededeling een nieuwe verplichting tot voorafgaande bekendmaking oplegt voor de opdrachten waarvan de waarde onder de toepassingsdrempels voor de richtlijnen inzake overheidsopdrachten ligt. Op zeer laakbare wijze zal het Gerecht zich baseren op rechtspraak van het Hof van Justitie na de publicatie van de interpretatieve mededeling⁽⁴²⁾ om uit het transparantiebeginsel een verplichting tot “bekendmaking vóór de gunning van de opdracht” af te leiden voor opdrachten die nochtans onder de Europese drempels blijven voor zover zij een “zeker grensoverschrijdend belang” vertonen⁽⁴³⁾. Het Gerecht oordeelt eveneens dat de verplichting van niet-discriminerende beschrijving van het voorwerp van de opdracht reeds voortvloeide uit de beschikking *Vestergaard*⁽⁴⁴⁾ en dat het bestaan van een passende termijn voortvloeide uit de beginselen van vrije dienstverlening en van niet-discriminatie die als doel hebben het risico uit te sluiten dat de voorkeur gegeven wordt aan nationale kandidaten. Algemeen gesproken oordeelt het Gerecht dat de toelichtingen die door de interpretatieve mededeling gegeven worden, dienen voor de naleving van de algemene beginselen en het transparantiebeginsel en kijkt het welwillend naar de, volgens ons nochtans creatieve, analogieën van de Commissie. Het Gerecht zal uiteindelijk het beroep als niet-ontvankelijk beschouwen omdat het van oordeel was dat de mededeling geen verbindende rechtsgevolgen sorterende handeling was.

(39) HvJ 28 oktober 2010, *Europese Commissie tegen de Republiek Malta*, zaak C-508/08 : conclusies van advocaat-generaal E. SHARPSTON van 1 juli 2010, *ACCP*, 2010, nr. 103, p. 8.

(40) Zaak C-508/08, conclusies van advocaat-generaal E. SHARPSTON van 1 juli 2010, *ACCP*, 2010, nr. 103, p. 8.

(41) Ger.EG 20 mei 2010, *Bondsrepubliek Duitsland tegen Commissie*, zaak T-258/06, *ACCP*, 2010, nr. 101, pp. 13-14.

(42) *Medipac*, zaak C-6/05; *Commissie tegen Ierland*, zaak C-507/03; *Commissie tegen Italië*, zaak C-412/04.

(43) Krachtens de rechtspraak *Secap* (zaak C-147/06 en C-148/06) kunnen de lidstaten, bij regeling, objectieve criteria vaststellen die duiden op het bestaan van een zeker grensoverschrijdend belang.

(44) HvJ (besch.) 3 december 2001, *Vestergaard*, zaak C-59/00, *Jur.*, p. I, 9507.

II. – Overheidsopdrachten en andere overheidsovereenkomsten : verduidelijkingen van de definities

A. – DE OVERHEIDSOPDRACHTEN

11. – Voorstelling

Communaux overheidsopdrachten kunnen, per definitie, gemengde (of meerdere) voorwerpen bevatten die op functionele wijze (ontwerp, uitvoering, onderhoud) beschreven worden en deel uitmaken van de praktijk van de algemene overeenkomsten, die goed bekend is in het internationaal recht en in diverse nationale wetgevingen. Zij kunnen bovendien verschillende prestaties (werken, leveringen en diensten) bevatten. Ten slotte kunnen zij verschillende vormen van overeenkomsten bevatten (als we ons beroepen op de rechtsfiguren die bekend zijn in alle rechtssystemen van de lidstaten) : rechtstreekse verkoop, verkoop met voorwaarden, verkoop in toekomstige staat van voltooiing, aannemingsovereenkomst, uitwisselingsovereenkomst... De benamingen in de nationale wetgeving zijn niet relevant voor de benamingen in het Gemeenschapsrecht.

De moeilijkheid bij de wetgeving van de overheidsopdrachten ligt in de keuze van het stelsel dat van toepassing is wanneer de overeenkomsten meerdere juridische voorwerpen (aankoop van een goed en dienstverlening bijvoorbeeld) hebben of betrekking hebben op verschillende categorieën van prestaties (werken, leveringen en diensten).

Dezelfde soort vraagstelling bestaat in het Gemeenschapsrecht bij de vaststelling van de rechterlijke bevoegdheid in burgerlijke en handelszaken⁽⁴⁵⁾ in contractuele aangelegenheden; teneinde de plaats van uitvoering van de verplichting te identificeren heeft het Hof van Justitie reeds crite-

ria vastgesteld voor het maken van een onderscheid tussen “de verkoop van goederen” en het “leveren van diensten”⁽⁴⁶⁾.

Voor het overige veronderstelt de definitie van overheidsopdrachten in het Gemeenschapsrecht de identificatie van een partij die de prestatie bestelt (aanbestedende overheid, aanbestedende dienst, overheidsbedrijf) en een partij die de prestatie uitvoert (aannemer, leverancier, dienstverlener of, samengevat, de ondernemer (*opérateur économique*)), een uitdrukking die het licht zag in richtlijn 2004/18/EG.

1. – Algemeen

12. – Het begrip ondernemer⁽⁴⁷⁾

Het Hof van Justitie heeft de gelegenheid gehad om te benadrukken dat het begrip ondernemer (*opérateur économique*) in de zin van artikel 1 van richtlijn 2004/18/EG verband houdt met de mate waarin de gegadigde in staat is de opdracht in eigen beheer of via onderaanneming uit te voeren. Het houdt geen verband met het privaatrechtelijke of publiekrechtelijke statuut van de entiteit, noch met de mate van aanwezigheid op de markt, en zelfs niet met zijn financieringswijze⁽⁴⁸⁾. Een consortium van universiteiten en overheidsbesturen, dat niet hoofdzakelijk winst nastreeft, niet georganiseerd is als een onderneming en niet op een regelmatige basis op de markt aanwezig is, kan aldus gekwalificeerd worden als ondernemer.

Deze oplossing ligt in de lijn van de rechtspraak van het Hof van Justitie betreffende *in house*-betrekkingen in het overheidsopdrachtenrecht. Tot op zekere hoogte sluit zij ook aan bij het begrip onderneming en bij een bepaalde interpretatie van het neutraliteitsbeginsel in het Gemeenschapsrecht.

(45) Verord. Raad (EG) nr. 44/2001, 22 december 2000, betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.

(46) HvJ 25 februari 2010, zaak C-381/08, *NIPR*, 2010, p. 320. Het Hof oordeelde : “Artikel 5, punt 1, sub b, van verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken moet zodanig worden geïnterpreteerd dat overeenkomsten tot levering van te vervaardigen of voort te brengen goederen, ook wanneer de koper daarbij bepaalde eisen met betrekking tot de verkrijging, de verwerking en de levering van deze goederen heeft gesteld, zonder dat hij de materialen heeft geleverd, en ook wanneer de leverancier aansprakelijk is voor de kwaliteit van het product en de conformiteit ervan met de overeenkomst, als ‘verkoop van goederen’ in de zin van artikel 5, punt 1, sub b, eerste streepje, van deze verordening moeten worden gekwalificeerd. Artikel 5, punt 1, sub b, eerste streepje, van verordening nr. 44/2001 moet zodanig worden geïnterpreteerd dat bij een verzendingskoop de plaats waar de goederen krachtens de overeenkomst werden geleverd of hadden moeten worden geleverd op basis van de bepalingen van de overeenkomst moet worden bepaald. Indien de plaats van levering niet aldus kan worden bepaald zonder dat het op de overeenkomst toepasselijke materiële recht wordt toegepast, is deze plaats de plaats van de materiële overdracht van de goederen waarmee de koper op de eindbestemming van de verkooptransactie de feitelijke macht om over deze goederen te beschikken heeft verkregen of had moeten verkrijgen”.

(47) HvJ 23 december 2009, *CoNISMa tegen Regione Marche*, zaak C-305/08, *ACCP*, 2010, nr. 96, p. 11.

(48) Punten 37 tot 42 van het arrest.

2. – *Overheidsopdrachten voor werken,
leveringen en diensten :
bijzondere aangelegenheden*

13. – *De verkoop van een stuk land en het begrip
overheidsopdracht voor werken*⁽⁴⁹⁾

De definitie van het begrip “overheidsopdracht voor werken” in het afgeleide recht bevat alle elementen voor een ruime interpretatie. Het is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die als voorwerp kan hebben hetzij het toevertrouwen van de uitvoering van werken, hetzij het toevertrouwen van het ontwerpen en de uitvoering van werken, dan wel “het laten uitvoeren, met welke middelen ook, van een bouwwerk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde behoeften voldoet”. Dit laatste is zeer vaag, net als datgene wat verstaan moet worden onder het element “onder bezwarende titel”.

Het bezwarende karakter van de overeenkomst is de tegenprestatie die aan de andere partij wordt geboden wegens de uitvoering van de werkzaamheden⁽⁵⁰⁾ (of van het bouwwerk). Het kan gaan om een prijs, om het afzien van het ontvangen door de aanbestedende dienst van inkomsten ten laste van de aannemer⁽⁵¹⁾ of van inkomsten afkomstig van derden. Alle tegenprestaties samen dienen dan om te bepalen of de Europese drempel is bereikt⁽⁵²⁾.

Het afgeleide recht zegt niet hoe de behoeften van de aanbestedende overheid verduidelijkt moeten worden. Moet er sprake zijn van een bestelling (in zijn gewone betekenis) van de aanbestedende dienst⁽⁵³⁾? Is er een initiatief nodig van de aanbestedende dienst? Moeten de behoeften worden gespecificeerd in het contract? Mogen de behoeften verduidelijkt worden in andere rechtshandelingen zoals eenzijdige vergunningen inzake stedenbouw, ruimtelijke ordening of handelsvestigingen? Als de concessie voor werken een overheidsop-

dracht is, hoe moet dan het exploitatierecht in een vastgoedtransactie opgevat worden? Kan men zich beperken tot de opvatting die het Hof van Justitie hanteert in verband met de btw, een opvatting volgens welke het begrip “exploitatie” betrekking heeft “op alle handelingen [...] die bedoeld zijn om uit het betrokken goed duurzaam opbrengst te verkrijgen”⁽⁵⁴⁾, wat de concessie in vele vastgoedtransacties lijkt uit te sluiten wanneer de bouwwerken worden verkocht aan derden die ze zullen exploiteren of er gewoon gebruik van zullen maken? Dient dit vereiste, integendeel, op specifieke wijze te worden benaderd in het afgeleide recht betreffende de overheidsopdrachten?

Deze praktische vragen zijn van belang voor de openbare en private actoren die betrokken zijn bij de verkoop van gronden en panden. Alleen precieze antwoorden kunnen hen en de lidstaten in staat stellen om het afgeleide recht inzake overheidsopdrachten juist toe te passen.

Ongeacht de meningen van de rechtsleer hierover⁽⁵⁵⁾ moeten we vaststellen dat het Europese Hof van Justitie vaag was en blijft.

Er wordt echter aangenomen dat de kwalificaties van nationale wetgevingen niet in aanmerking genomen kunnen worden. Daarom is het niet belangrijk dat de transactie betrekking heeft op de verkoop van een stuk land met de verplichting tot de uitvoering van precieze werken, een verkoop in toekomstige staat van voltooiing, of andere overeenkomsten of groepen van overeenkomsten.

Tot het arrest *Helmut Müller* leek noch het Hof van Justitie noch de Europese Commissie de verwarring van de mensen op het terrein of de omvang van de praktische problemen te zien⁽⁵⁶⁾. De vragen van de Duitse rechter waren bijzonder relevant en hebben ongetwijfeld de aandacht gevestigd op de moeilijkheden waarmee de actoren te kampen hebben. Naar aanleiding van deze zaak

(49) HvJ 25 maart 2010, *Helmut Müller GmbH*, zaak C-451/08, ACCP, 2010, nr. 99, pp. 11-12; M. AUBERT, E. BROUSSY en F. DONNAT, “Chronique de jurisprudence communautaire”, *AJDA*, 2010, pp. 947-948.

(50) HvJ 18 januari 2007, *Jean Auroux tegen Commune de Roanne*, zaak C-220/05, *Jur.*, p. I-385; *AJDA*, 2007, p. 409, noot E. FATOME en L. RICHER; *AJDA*, 2007, 1124, Kron. M. BELORGEY, S. GERVASONI en C. LAMBERT.

(51) HvJ 12 jul. 2001, *Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi e.a.*, zaak C-399/98; *Jur.*, p. I-5409; *AJDA*, 2001, p. 941, Kron. J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI en C. LAMBERT; *D.*, 2001, IR. 2871.

(52) HvJ 18 jan. 2007, *Jean Auroux tegen Commune de Roanne*, zaak C-220/05 (punt 57).

(53) Zie, concl. O. LENZ over HvJ 19 apr. 2004, *Gestión Hotelera Internacional SA*, zaak C-331/92; zie bv. F. LLORENS, “Typologie des contrats de la commande publique”, *Contrats et marchés publics*, 2005, études 7; A. TASSONE, noot onder CAA Bordeaux 1 maart 2005, *MM. Carrière et Molinier* (nr. 01BX00788, *AJDA*, 2005, 1197); P. PROOT, “Faut-il (ré)affirmer le critère de l’initiative dans le contrat des travaux?”, *ACCP*, december 2007, nr. 72, p. 180.

(54) HvJ 20 juni 1991, *Polysar*, zaak C-60/90, *Jur.*, p. 3111; *D.*, 1991, IR. 195.

(55) Sommigen aarzelen niet om zeer nauwkeurige kwalificaties te maken, zie bijvoorbeeld, inzake de “vente en état futur d’achèvement” (verkoop in toekomstige staat van voltooiing) en eenvoudige verkooptransacties in het Franse recht, E. FATÔME en Ph. TERNEYRE, “A propos des règles de passation des contrats publics à objet à la fois immobilier et de travaux, Retour sur l’arrêt *Jean Auroux*”, *AJDA*, 2009, p. 1868.

(56) HvJ 25 maart, 2010, *Helmut Müller*, zaak C-451/08, *Contrats et marchés publics*, 2010, nr. 5, comm. 164, noot ZIMMER.

kwam een nieuw element – het is nog te vroeg om over een echt criterium te praten – op de voorgrond bij de kwalificatie : verwijzend naar het arrest *Auroux* vestigt het Hof de aandacht op het feit dat het niet nodig is dat de aanbestedende dienst eigenaar van de werken wordt, maar dat er voor de aanbestedende dienst wel sprake moet zijn van “een zeker economisch belang”, wat een essentiële verduidelijking van het arrest is⁽⁵⁷⁾. De term zelf is niet eenduidig in het kader van de strafvervolgning. Deze laatste laat zich niet systematisch meten in termen van een economische evaluatie, tenzij ze gecatalogeerd wordt onder het algemeen belang van iedere constructie onder het voorwendsel dat zij belastinginkomsten kan genereren, wat simplistisch is. De advocaat-generaal geeft een aantal mogelijke interpretaties; zo identificeert hij drie gevallen waarin het economisch belang zeker is⁽⁵⁸⁾. In de eerste hypothese, die geen bijzonder probleem stelde, wordt de aanbestedende dienst eigenaar van het bouwwerk of verwerft hij in verband daarmee een recht. In de tweede hypothese neemt hij deel aan de financiering ervan met behulp van openbare middelen of door gratis of tegen verminderde prijs gronden ter beschikking te stellen. In de derde hypothese neemt de aanbestedende dienst het initiatief tot de uitvoering van de werken of het bouwwerk, wetende dat de uitoefening van een bevoegdheid inzake stedenbouw niet volstaat; deze verduidelijking geldt eveneens bij het bepalen van de behoeften waaraan het werk moet beantwoorden. Het Hof verduidelijkt verder dat de overeenkomst, voor de ondernemer, een verplichting moet bevatten om de werken uit te voeren en dat de overtreding hiervan gesanctioneerd kan worden door de rechtbanken⁽⁵⁹⁾, wat ons inherent lijkt aan het begrip “juridisch bindende verbintenis”.

Sommigen zien dit arrest als een rem op de ongecontroleerde uitbreiding van het toepassingsgebied van de richtlijn met betrekking tot het gedeelte “werken”⁽⁶⁰⁾ en passen deze oplossing enthousiast toe op allerlei gevallen om te besluiten dat het bestaan van het bezwarend karakter de verkoop van een grond zou impliceren waarbij de aanbestedende dienst eenvoudigweg de normale

prijs van de verkoop zou invorderen hoewel het materiële criterium aanwezig is (hetzij een project ontwikkeld door de aanbestedende dienst hetzij een door de aanbestedende dienst gelanceerde projectoproep). Naar onze mening kan deze analyse niet worden gevolgd omdat zij geen rekening houdt met een verduidelijking die het HvJ voortdurend aandraagt : de tegenprestatie kan afkomstig zijn van derden. Daarom impliceert de uitvoering van werken bedoeld om verkocht te worden aan derden of om te exploiteren ten bate van derden een precieze vergoeding, ofwel in de vorm van een verkoopprijs, ofwel in de vorm van een huurprijs.

Afgezien van de in deze fase relatief mysterieuze nieuwe interpretatie van het rechtstreekse economisch belang van de aanbestedende dienst, een interpretatie die wijst op de bewustwording van het probleem, schept het arrest *Helmut Müller* verre van definitieve helderheid in de kwestie van de kwalificatie van overheidsopdrachten voor werken in het Gemeenschapsrecht. Niettemin stelt het duidelijke en redelijke grenzen aan de uitbreiding van de reikwijdte die dient gegeven te worden aan het begrip “openbare werken” in het Gemeenschapsrecht : de uitoefening van een regulerende bevoegdheid inzake stedenbouw volstaat niet om te voldoen aan de voorwaarde inzake de verduidelijking van de behoefte waaraan het bouwwerk moet voldoen. De uitbreiding van het transparantiebeginsel beschermt in ieder geval niet de mededinging en de vervreemding van openbare activa in het algemeen, indien deze uitbreiding gekoppeld is aan de uitoefening van een economische activiteit en een grensoverschrijdend belang vertoont.

14. – *Contracten voor de tenuitvoerlegging van een collectieve arbeidsovereenkomst*⁽⁶¹⁾

De Europese Commissie beschuldigde de Duitse gemeentelijke overheden en bedrijven ervan zonder Europese aanbesteding overeenkomsten inzake bedrijfspensioenvoorziening te hebben gegund aan organen en ondernemingen die vallen onder een collectieve overeenkomst, omdat zij oordeelde dat het om overheidsopdrachten voor diensten ging.

Het Hof van Justitie zal, in een arrest van de Grote Kamer, eerst en vooral oordelen dat de lidstaten het fundamentele recht op collectieve onder-

(57) F. LORRENS en P. SOLER-COUTEAUX, “La vente de terrains, la concession de travaux publics et le marchés de travaux : la vision de la CJUE (à propos de l’arrêt *Helmut Müller*)”, *Contrats et marchés publics*, 2010, nr. 5, rep. 5.

(58) Punten 55 tot 62 van de conclusies (zaak C-451/08).

(59) HvJ 25 maart, 2010, *Helmut Müller*, zaak C-451/08, punt 63.

(60) F. LORRENS en P. SOLER-COUTEAUX, “La vente de terrains, la concession de travaux publics et le marchés de travaux : la vision de la CJUE (à propos de l’arrêt *Helmut Müller*)”, *Contrats et marchés publics*, 2010, nr. 5, rep. 5.

(61) HvJ 15 juli 2010, *Commissie tegen Duitsland*, zaak C-271/08, *ACCP*, 2010, nr. 102, p. 13; M. AUBERT, E. BROUSSY en F. DONNAT, “Chronique de jurisprudence de la CJUE”, *AJDA*, 2010, pp. 1588-1589.

handelingen dienen te respecteren dat gewaarborgd wordt door het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie waarvan de juridische waarde wordt erkend door artikel 6 van het VWEU. Noch het fundamentele karakter van dit recht noch de sociale doelstelling van een collectieve overeenkomst kan echter een rechtvaardiging zijn voor het niet-naleven van de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten⁽⁶²⁾. Het Hof oordeelde in zijn arresten *Viking Line*⁽⁶³⁾ en *Laval un Partneri*⁽⁶⁴⁾ dat de bepalingen van de collectieve overeenkomsten onderworpen zijn aan het vrije verkeer van personen⁽⁶⁵⁾. Bovendien moet het recht op collectieve onderhandelingen uitgeoefend worden in overeenstemming met het EU-recht⁽⁶⁶⁾.

Vervolgens onderzoekt het Hof de toepasbaarheid van de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten en erkent het dat als een collectieve overeenkomst niet onder de mededingingsregels valt van artikel 101, paragraaf 1 VWEU (voorheen art. 81 VEG), deze uitsluiting niet automatisch betekent dat de richtlijnen niet toepasselijk zijn, vooral niet wanneer het gaat om de aanwijzing van organen die belast zijn met de tenuitvoerlegging van de maatregel van omzetting van loon⁽⁶⁷⁾. Bijgevolg heeft de *“omstandigheid dat de omstreden gunningen van overeenkomsten op grond van een collectieve overeenkomst gebeuren, op zichzelf niet tot gevolg dat het onderhavige geval niet binnen de werkingssfeer van de richtlijnen 92/50 en 2004/18 valt”*⁽⁶⁸⁾.

Deze richtlijnen toepassend op de omstreden contracten besluit het Hof van Justitie dat de betrokken overeenkomsten wel degelijk betrekking hebben op verzekeringsdiensten (in de zin van bijlage I, A van richtlijn 92/50 of van bijlage II, A van richtlijn 2004/18) die een *“rechtstreeks economisch belang”* inhouden voor de gemeentelijke werkgevers⁽⁶⁹⁾. Hiertoe legt het Hof, voor zover wij weten, voor het eerst de bepaling uit inzake de uitsluiting uit het toepassingsgebied van de richtlijnen betreffende de overheidsopdrachten van de dienst-

verlening uitgevoerd op grond van een arbeidsovereenkomst of een collectieve overeenkomst⁽⁷⁰⁾. Het Hof oordeelt dat in het onderhavige geval de diensten niet op een arbeidsovereenkomst maar op een overeenkomst tussen een werkgever en een verzekeraar gebaseerd zijn⁽⁷¹⁾.

15. – De waarde van de opdracht : verzekeringsdiensten⁽⁷²⁾

De methode voor de berekening van de geraamde waarde van de opdrachten blijft een zeer moeilijk en concreet probleem. Het Hof heeft een aantal verduidelijkingen gegeven betreffende de berekeningswijze van de diensten inzake pensioenvoorziening. Bij deze methode moet rekening gehouden worden met de geraamde waarde van de premies, met andere woorden, met de bijdragen van de werknemers. De totale geraamde waarde van de opdracht kan daarentegen niet bepaald worden op basis van het aantal gesloten verzekeringsovereenkomsten, want anders zou zij kunnen leiden tot een kunstmatige splitsing van deze opdracht⁽⁷³⁾.

B. – ANDERE OVERHEIDSOVEREENKOMSTEN

16. – Gemengde overeenkomst : werken en overdracht van aandelen⁽⁷⁴⁾

In een zaak tussen particuliere ondernemingen en de Griekse Nationale Raad voor radio en televisie met betrekking tot de overdracht van aandelen van het casino EKP (dochteronderneming van een overheidsmaatschappij in handen van de Griekse Staat) met een gedeelte “werken” en een gedeelte “diensten” heeft het Hof van Justitie het criterium van het hoofdvoorwerp toegepast en geoordeeld dat de overdracht van aandelen belangrijker was dan de economische dienstverlening die in het onderhavige geval accessoir was. Het Hof besluit dat “de overdracht van aandelen in het kader van een privatisering van een overheidskasino niet onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten valt”⁽⁷⁵⁾. Niettemin blijven op de overeenkomst de

(62) Punt 41 van het arrest zaak C-271/08.

(63) HvJ 11 december 2007, zaak C-438/05.

(64) HvJ 18 december 2007, zaak C-341/05.

(65) Punt 42 van het arrest zaak C-271/08.

(66) Punt 43 van het arrest zaak C-271/08.

(67) Punt 46 tot 48 van het arrest zaak C-271/08.

(68) Punt 50 van het arrest zaak C-271/08.

(69) Punten 68 tot 80 van het arrest zaak C-271/08.

(70) Art. 16, e) Richtl. 2004/18/EG.

(71) Punten 81 tot 82 van het arrest zaak C-271/08.

(72) HvJ 15 juli 2010, *Commissie tegen Duitsland*, zaak C-271/08, ACCP, 2010, nr. 102, p. 13.

(73) Punten 87 tot 94 van het arrest zaak C-271/08.

(74) HvJ 6 mei 2010, *Club Hotel Loutraki AE*, gevoegde zaken C-145/08 en C-149/08, ACCP, 2010, nr. 101, pp. 12-13.

(75) Punt 49 van het arrest.

fundamentele regels en de algemene beginselen van het verdrag van toepassing⁽⁷⁶⁾.

17. – Gemengde overeenkomst : oprichting van een gezamenlijke onderneming en scheidbare opdracht voor diensten

Het Hof heeft geoordeeld dat richtlijn 2004/18/EG⁽⁷⁷⁾ zodanig moet worden geïnterpreteerd dat wanneer een aanbestedende dienst met een van deze dienst onafhankelijke private vennootschap een overeenkomst sluit tot oprichting van een gezamenlijke onderneming in de vorm van een naamloze vennootschap waarvan het doel bestaat in de verlening van diensten van arbeidsgezondheidszorg en arbeidswelzijn, deze aanbestedende dienst de opdracht die betrekking heeft op de ten behoeve van zijn eigen werknemers te verstrekken diensten, waarvan de waarde meer bedraagt dan de in deze richtlijn bepaalde drempelwaarde en die scheidbaar is van de overeenkomst tot oprichting van deze vennootschap, moet gunnen overeenkomstig de bepalingen van deze richtlijn die gelden voor de diensten van bijlage II, B bij deze richtlijn⁽⁷⁸⁾. De prejudiciële vraag hield verband met de kwalificatie van een contractuele afspraak tussen een particuliere onderneming en een Finse stad inzake de oprichting van een gezamenlijke onderneming. Finse werkgevers hebben namelijk de verplichting om te zorgen voor de arbeidsgezondheidszorg voor hun werknemers met het oog op de preventie en de bestrijding van gezondheidsrisico's en -problemen die samenhangen met de arbeid en de arbeidsomstandigheden, diensten in de zin van bijlage II, B van richtlijn 2004/18/EG (namelijk niet-prioritaire diensten). De wet biedt de mogelijkheid om deze dienst uit te besteden aan een particuliere onderneming, of om hem zelf, hetzij alleen, hetzij in samenwerking met andere werkgevers, te organiseren. Hoewel de gezamenlijke onderneming geacht werd deze dienst aan beide partners te verstrekken, was het vanaf het begin de bedoeling dat zij haar activiteit hoofdzakelijk zou afstemmen op particuliere klanten. Ter lancering van het project heb-

ben de partners zich ertoe verbonden om gedurende een periode van 4 jaar een beroep te doen op deze onderneming. Het Hof heeft de aandacht gevestigd op het feit dat de oprichting van een gezamenlijke onderneming als zodanig niet onder het afgeleide recht inzake overheidsopdrachten valt⁽⁷⁹⁾, en verwees naar het Groenboek over de publiek-private samenwerking⁽⁸⁰⁾. Het Hof verwijst vervolgens naar zijn rechtspraak betreffende de gemengde overeenkomst waarvan de verschillende onderdelen onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn⁽⁸¹⁾, waarbij het hoofdvoorwerp van de overeenkomst dan het stelsel bepaalt dat van toepassing is op de gunning ervan (afgeleid recht/pri-mair recht en algemene beginselen), om te concluderen dat in het onderhavige geval de regeling helemaal geen ondeelbaar geheel vormt⁽⁸²⁾, wat relatief verrassend is gelet op de algemene context van de operatie.

18. – Concessies voor diensten, begrip : overeenkomst voor medische spoedhulp⁽⁸³⁾

In het Gemeenschapsrecht is het definiëren van concessies bijna net zo moeilijk gebleken als in het Franse recht. De Commissie lanceerde een openbare raadpleging over de relevantie van een Europese wetgeving inzake concessies voor diensten⁽⁸⁴⁾ om een balans op te maken van het juridische stelsel betreffende concessies en – naar we hopen – om het begrip te verduidelijken. Om over operationele onderscheidscriteria te beschikken, wenden de rechters van de lidstaten zich regelmatig tot het Hof van Justitie met een verzoek om verduidelijking over wat in het Gemeenschapsrecht het verschil is tussen de juridische categorieën overheidsopdracht en concessie.

De vergoedingswijze van de dienstverlener en de overdracht van het exploitatierisico worden geacht een kwalificatie van het begrip concessie mogelijk te maken. Deze elementen lijken echter niet alle problemen op te lossen. Gedurende de onderzochte periode heeft een zaak onze aandacht getrokken; zo leek de inhoud van de conclu-

(76) Punten 62 tot 63 van het arrest.

(77) Europees Parlement en Raad, 31 maart 2004, betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.

(78) HvJ (3^e Kamer), zaak nr. C-215/09, 22 december 2010 (*Mehiläinen en Terveystalo Healthcare*), <http://curia.europa.eu> (21 januari 2011), concl. J. MAZAK.

(79) Punt 23.

(80) Punt 66 van het Groenboek van de Commissie over de PPS en het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten (COM(2004)327def.).

(81) HvJ 6 mei 2010, *Club Hotel Loutraki*, zaak C-145/08, punten 48 en 49.

(82) Punt 46.

(83) Zaak C-338/09, conclusies van advocaat-generaal P. CRUZ VILLALON, voorgesteld op 30 september 2010, *Yellow Cab Verkehrsdetriebs GmbH*.

(84) http://europa.eu:internat_market/consultation/2010/concession_en.htm.

sies van de advocaat-generaal een verschuiving in deze moeilijke juridische kwalificatie in te luiden. Kan een overeenkomst als concessieovereenkomst gekwalificeerd worden wanneer ze niet bepaalt dat de medecontractant rechtstreeks vergoed wordt door de aanbestedende dienst, maar waarin het gebruiksrecht van de te verstrekken diensten niet rechtstreeks betaald wordt door de gebruikers? Kan ze als concessie voor diensten gekwalificeerd worden wanneer de overdracht van het exploitatierisico ten laste van de concessiehouder beperkt is?

Om een antwoord te geven op deze twee vragen wijkt de advocaat-generaal⁽⁸⁵⁾ enigszins af van de rechtspraak van het Hof van Justitie. Zo zal hij oordelen dat er noodzakelijk sprake is van een concessie voor diensten indien de dienstverlener niet rechtstreeks vergoed wordt door de aanbestedende dienst, want dit criterium is volgens hem doorslaggevend of voldoende. Het criterium van de rechtstreekse vergoeding van de dienstverlener door de aanbestedende dienst daarentegen volstaat volgens hem niet om van een overheidsopdracht te kunnen spreken. Hoewel de onrechtstreekse vergoeding slechts één mogelijke vorm is van het aan de dienstverlener toegekende exploitatierecht sluit de rechtstreekse vergoeding de tenlasteneming van een exploitatierisico door de dienstverlener niet uit, hetzij omdat deze laatste aansprakelijk is voor elk schade geleden als gevolg van een tekortkoming in de dienst, hetzij omdat hij over een zekere economische vrijheid beschikt om de exploitatievoorwaarden vast te stellen, waarbij de tenlasteneming van het exploitatierisico een criterium van de concessie is. De duur van de overeenkomst, de omvang van de initiële aanzienlijke investeringen ten laste van de dienstverlener of een aanzienlijke mate van autonomie bij de uitvoering van de diensten⁽⁸⁶⁾ zouden daarentegen niet doorslaggevend zijn voor de kwalificatie van de overeenkomst. In het onderhavige geval werd de dienstverlener vergoed door derden, namelijk socialezekerheidsinstellingen, particulier verzekerden en onverzekerden. Deze laatsten betaalden de vergoeding niet rechtstreeks aan de dienstverlener maar wel aan een centraal betalingsorgaan voor de dienst voor medische spoedhulp, welk stelsel in ieder geval

verschilt van een rechtstreekse betaling door de aanbestedende dienst, die aanleiding geeft tot een kwalificatie als concessie⁽⁸⁷⁾. Tot slot verduidelijkt de advocaat-generaal dat de “hoeveelheid” (vermoedelijk de omvang) van het aan de dienstverlener overgedragen exploitatierisico geen invloed heeft op de kwalificatie als concessie. Waar het op aankomt, is of het risico waaraan de aanbestedende dienst zelf blootgesteld zou zijn aan de dienstverlener wordt overgedragen⁽⁸⁸⁾.

19. – Concessies voor werken, begrip : overeenkomst voor ruimtelijke ordening⁽⁸⁹⁾

Deze zaak, waarover het Hof van Justitie nog geen uitspraak heeft gedaan, heeft betrekking op het onderdeel “geïntegreerde actieprogramma’s” (hierna PAI) van de regionale wetgeving van Valencia inzake stedenbouw en ruimtelijke ordening. Dankzij deze activiteiten die worden uitgevoerd door overheden (direct beheer met openbare middelen) of via een particuliere projectontwikkelaar (indirect beheer met particuliere middelen) kunnen bouwrijpe percelen worden aangesloten op bestaande infrastructuurnetwerken. De Europese Commissie is van mening dat de gunning “in indirect beheer” volgens de regionale wetgeving niet verenigbaar is met de vereisten inzake bekendmaking vastgesteld in de richtlijn inzake overheidsopdrachten.

De advocaat-generaal, die zodoende voor het eerst de rechtspraak *Helmut Müller*⁽⁹⁰⁾ toepast, oordeelt dat het niet gaat om een overheidsopdracht voor werken. Hoewel de overeenkomsten schriftelijk gesloten zijn tussen één of meer aanbestedende diensten (plaatselijke gemeenschappen) en één of meer ondernemers (promotoren) oordeelt hij dat zij niet onder bezwarende titel zijn gesloten. De rechtspraak *Helmut Müller* impliceert namelijk dat om te voldoen aan de voorwaarde van een overeenkomst onder bezwarende titel de aanbestedende dienst een “geldelijk belang” heeft bij de werken of de diensten, hetzij rechtstreeks (via de financiering door publieke middelen), hetzij onrechtstreeks (doordat ze een economisch voordeel opleveren). De advocaat-generaal is van mening dat, daar het een particulier is die het project in geval van PAI in indirect beheer financiert, de voorwaarde niet is

(85) Zaak C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler tegen Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau*, conclusies van advocaat-generaal J. MAZAK, 9 september 2010.

(86) Punten 22 tot 30 van de conclusies (zaak C-274/09).

(87) Punten 31 tot 35 van de conclusies (zaak C-274/09).

(88) Punt 38 van de conclusies (zaak C-274/09).

(89) Zaak C-306/08, *Commissie tegen Spanje*, conclusies van advocaat-generaal JÄÄSKINEN, 16 september 2010, ACCP, 2010, nr. 104, p. 14.

(90) HvJ 25 maart, 2010, *Helmut Müller*, zaak C-451/08, *Contrats et marchés publics*, 2010, nr. 5, comm. 164, noot ZIMMER.

vervuld⁽⁹¹⁾. Vreemd genoeg houdt de advocaat-generaal geen rekening met het tweede deel van het alternatief van de rechtspraak *Müller*, het indirect geldelijk belang, dat in het onderhavige geval nochtans zeker vervuld leek te zijn, aangezien de samenleving zich deze investeringen bespaart.

De advocaat-generaal is van mening dat deze contracten geen concessies voor openbare werken⁽⁹²⁾ zijn omdat de projectontwikkelaar niet “het recht heeft het werk te exploiteren”, aangezien de openbare werken, aan het einde van de operatie, toekomen aan de overheden. De advocaat-generaal oordeelt dat de vergoeding van de eigenaars van de gronden of de overdracht van deze gronden door deze eigenaars aan de projectontwikkelaar niet in aanmerking genomen mag worden – het gaat hier om een tautologie – en stelt dat, wat dit laatste geval betreft, de projectontwikkelaar de gronden zou exploiteren als eigenaar en niet als concessiehouder⁽⁹³⁾.

20. – De geïnstitutionaliseerde PPS

De Europese Commissie heeft haar standpunt inzake de geïnstitutionaliseerde PPS (geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerking) in het Gemeenschapsrecht bevestigd, een standpunt dat kort uiteen werd gezet in de interpretatieve mededeling C (2007) 6661 naar aanleiding van een vraag van Heide Rühle (lid van het Europees Parlement)⁽⁹⁴⁾. Bij de oprichting van een gemengde onderneming tussen aanbestedende diensten en particuliere ondernemingen met het oog op de gunning van een overeenkomst (overheidsopdracht of concessie) moeten de regels worden nageleefd die van toepassing zijn op die overeenkomst (hetzij het afgeleide recht, hetzij het primair recht en de algemene beginselen).

III. – Gunningswijzen

21. – Voorstelling

Het afgeleide recht betreffende de overheidsopdrachten regelt de gunning van de overheidsopdrachten door de vaststelling van regels voor de kwalitatieve selectie van ondernemingen (controle

op het ontbreken van gronden voor uitsluiting en analyse van de economische, financiële en technische bekwaamheid) en voor de keuze van de offertes (vergelijkingsmodaliteiten). Het bevat tal van details over de vorm (aankondiging van opdracht) en over de inhoud (verplichting tot vermelding van gewogen gunningscriteria, modaliteiten inzake het voorstellen van vrije varianten bij aanbestedingen).

A. – DE KWALITATIEVE SELECTIE

22. – Uitsluiting van deelname aan een overheidsopdracht voor werken⁽⁹⁵⁾

De prejudiciële vraag heeft betrekking op de interpretatie van de bepalingen van het verdrag inzake het vrij verrichten van diensten en artikel 24 van richtlijn 93/37/EEG in het kader van een geschil tussen Berlaymont 2000 SA (aanbestedende dienst) en een tijdelijke vennootschap naar aanleiding van de beslissing tot uitsluiting waarvan zij het voorwerp uitmaakte wegens niet-inschrijving in België⁽⁹⁶⁾.

Krachtens het bijzonder bestek moest elke onderneming, ook de in een andere lidstaat gevestigde, ingeschreven zijn in België. De vennootschap naar Duits recht WIG, die niet was ingeschreven volgens het bijzonder bestek, had er genoeg mee genomen bij haar offerte een sociaal en fiscaal attest te voegen dat was afgeleverd door de bevoegde Duitse autoriteiten.

Het Hof zal er eerst en vooral oordelen dat de aflevering van authentieke getuigschriften niet volstaat om te bewijzen dat een in een andere lidstaat gevestigde aannemer zijn fiscale en sociale verplichtingen vervult in de lidstaat van de aanbestedende dienst. Bijgevolg is de Belgische registratiereg, die voorziet in een registratie in België voor aannemers in een andere lidstaat, niet in strijd met de EU-regels⁽⁹⁷⁾.

Verwijzend naar het arrest *Michaniki*⁽⁹⁸⁾ benadrukt het Hof dat een registratieplicht als die in het hoofdgeding niet kan worden aangemerkt als een extra uitsluitingsgrond, naast de in artikel 24 van richtlijn 93/37 opgesomde uitsluitingsgronden, indien zij is opgevat als een wijze van uitvoering

(91) Punten 67 tot 91 van de conclusies (zaak C-306/08).

(92) Punten 92 tot 98 van de conclusies (zaak C-306/08).

(93) Punt 94 van de conclusies (zaak C-306/08).

(94) Antwoord van de Europese Commissie P-0812/10, 24 maart 2010, *ACCP*, 2010, nr. 99, p. 14.

(95) HvJ 15 juli 2010, *Bâtiments et Ponts Construction SA, WIGAS Prodktionsservices GmbH tegen Berlaymont 2000 SA*, zaak C-74/09.

(96) Over de recentste hervorming van het Belgisch registratierecht, zie D. FISSE en A.L. DURVIAUX, “L’enregistrement des entrepreneurs de travaux immobiliers”, *APT*, 2007-08, pp. 290-311.

(97) Punten 40-42 van het arrest.

(98) HvJ 16 december 2008, zaak C-213/07.

van deze bepaling, die beoogt het bewijs te verifiëren dat de inschrijver niet onder de uitsluitingsgronden valt, met name die ter zake van de betaling van socialezekerheidsbijdragen en belastingen. Deze eis mag echter niet de deelneming van de inschrijver aan de aanbestedingsprocedure bemoeilijken of vertragen en evenmin buitensporige administratieve lasten met zich meebrengen⁽⁹⁹⁾.

Ten slotte verduidelijkt het Hof dat het ontbreken van uitsluitingsgronden gecontroleerd kan worden door een andere gespecialiseerde instantie dan de aanbestedende dienst voor zover deze onpartijdig en neutraal is en voor zover deze controle zich niet uitbreidt tot een inhoudelijke toetsing van de geldigheid van de aan een aannemer van een andere lidstaat door de bevoegde autoriteiten afgeleverde getuigschriften⁽¹⁰⁰⁾.

B. – GUNNINGSWIJZEN

23. – *Het recht inzake afvalstoffen en het recht inzake overheidsopdrachten*

In het kader van een geschil tussen particuliere ondernemingen en een Italiaanse overheid werd de vraag gesteld in hoeverre een nationale regelgeving volgens welke een overheid aan particuliere ondernemingen rechtstreeks werken voor de herstelling van milieuschade kan toevertrouwen, verenigbaar is met het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten. Bij gebrek aan juridische en feitelijke nauwkeurigheid was het Hof van Justitie niet in staat om een antwoord te formuleren aan de nationale rechtbank, ondanks het zeer delicate karakter van het probleem⁽¹⁰¹⁾. Dit probleem werd behandeld in een ander arrest dat dezelfde dag gewezen werd, maar echter zo dubbelzinnig is dat elke lering uitgesloten is⁽¹⁰²⁾.

In het kader van een niet-nakomingsberoep ingesteld door de Europese Commissie tegen Duitsland met betrekking tot een tripartiete overeenkomst tussen de stad Bonn, de lokale vennootschap MVA en een particulier afvalverwijderingsbedrijf EVB zonder enige mededinging⁽¹⁰³⁾ heeft het Hof van Justi-

tie de gelegenheid gehad om te verduidelijken dat de bijzondere beginselen van het afvalrecht, zoals het beginsel dat de behandeling en verwijdering van afvalstoffen zo dicht mogelijk bij de plaats van productie moeten plaatsvinden, geen afbreuk doen aan de verplichtingen die voortvloeien uit de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten, en meer bepaald de verplichting om een Europese aanbestedingsprocedure te organiseren⁽¹⁰⁴⁾.

24. – *Wezenlijke wijziging van de opdracht*

Met zijn arrest *Commissie tegen Bondsrepubliek Duitsland*⁽¹⁰⁵⁾ heeft het Hof van Justitie zijn jurisprudentie *Presstext Nachrichtenagentur* toegepast⁽¹⁰⁶⁾, van oordeel zijnde dat een wijziging van de initiële opdracht beschouwd kan worden als wezenlijk en derhalve een nieuwe plaatsing van een opdracht vormt wanneer ze de opdracht in belangrijke mate uitbreidt tot diensten die aanvankelijk niet voorzien waren. In het onderhavige geval werd het voorwerp van een in 1984 gesloten overeenkomst betreffende hulpdiensten in 2004 uitgebreid tot een aanvankelijk niet voorziene geografische zone en de waarde van deze uitbreiding lag duidelijk boven de Europese drempel. Het Hof heeft ze beschouwd als een wezenlijke wijziging.

25. – *De rechtstreekse gunning van een uitvoeringsovereenkomst aan een opdrachtnemer van de opdracht voor projectdefiniëring*⁽¹⁰⁷⁾

Het Hof van Justitie oordeelde dat de specifieke procedure voor de toekenning van opdrachten voor projectdefiniëring (*marchés de définition*) zoals vastgesteld in de artikelen 73 en 74-IV van de *Code des marchés publics* (Frans Wetboek voor Overheidsopdrachten) in strijd was met richtlijn 2004/18/EG. De procedure zou discriminerend en onvoldoende transparant zijn omdat enerzijds de marktdeelnemers die willen deelnemen aan uitvoeringsopdrachten maar geen opdrachtnemers zijn van de opdrachten voor projectdefiniëring niet op gelijke wijze behandeld zouden worden, aangezien de uitvoeringsopdrachten worden gegund krachtens een aanbestedingsprocedure waaraan alleen de opdrachtnemers van de opdrachten voor projectde-

(99) Punten 43 tot 53.

(100) Punten 55 tot 56.

(101) HvJ 9 maart 2010, *Raffineries Méditerranée (ERG) SpA*, zaak C-378/08, TVW, 2010, p. 142; NJB, 2010, nr. 13, p. 81.

(102) HvJ 9 maart 2010, *Buzzi Unicem SpA e.a. en Dow Italia Divisione Commerciale Srl*, zaak C-478/08 en C-479/08, TMR, 2010, nr. 3, pp. 322-332, "Bedrijven die dicht in buurt van vervuild gebied zijn gevestigd, kunnen aansprakelijk worden gesteld voor deze vervuiling", E. DE KEZEL.

(103) HvJ 21 januari 2010, *Commissie tegen Duitsland*, zaak C-17/09, ACCP, 2010, nr. 97, p. 13.

(104) Punten 16 tot 18 van het arrest.

(105) HvJ 29 april 2010, *Commissie tegen Duitsland*, zaak C-160/08; M. AUBERT, E. BROUSSY en F. DONNAT, "Chronique de la jurisprudence de la CJUE", A.J.D.A., 2010, pp.1589-1590.

(106) HvJ 19 juni 2008, zaak C-454/06, *Jur.*, blz. I-4401, punt 36.

(107) HvJ 10 december 2009, *Commissie tegen Frankrijk*, zaak C-299/08, ACCP, 2010, nr. 96, p. 12.

finiëring kunnen deelnemen en omdat anderzijds de procedure niet toelaat om van begin af aan met voldoende nauwkeurigheid vast te stellen wat het voorwerp van de opdrachten en de gunningscriteria zijn. De oplossing van het Hof van Justitie lijkt zeer ver af te staan van de praktijken op het vlak van vastgoedtransacties, waarbij vaak complexe stedenbouwkundige en architecturale overwegingen meespelen, en die geleidelijk aan geconcentreerd worden in het beste belang van de marktdeelnemers en van de overheidsinstanties.

IV. – De rechtsbescherming

26. – Tijdsige mededeling van redenen⁽¹⁰⁸⁾

Het Hof van Justitie heeft de gelegenheid gehad om Ierland zijn rechtspraak *Alcate*⁽¹⁰⁹⁾ te herinneren, en meer bepaald het feit dat “de reden voor de afwijzing meegedeeld moet worden op het moment van kennisgeving van deze beslissing aan de betrokken inschrijvers en, in ieder geval, tijdig en ruim voor de sluiting van de overeenkomst, opdat de afgewezen inschrijvers de mogelijkheid zouden hebben om tot deze sluiting een verzoek om voorlopige maatregelen in te dienen”⁽¹¹⁰⁾.

27. – Uitgangspunt van de beroepstermijn inzake gunningen⁽¹¹¹⁾

De Rechtsmiddelenrichtlijnen verplichten de lidstaten ervoor te zorgen dat onwettige besluiten van aanbestedende diensten het voorwerp zijn van doeltreffende en snelle beroepsprocedures. Hoewel zij aan de lidstaten de mogelijkheid geven om de voorwaarden inzake de termijnen voor het instellen van een beroep vast te stellen, moeten zij beginnen te lopen vanaf de datum waarop de verzoeker kennis heeft of had moeten hebben van de vermeende overtreding van het recht betreffende overheidsopdrachten. Pleiten hiervoor, het afgeleide recht betreffende de informatieverstrekking, met name artikel 41 van richtlijn 2004/18EG, en de specifieke bepalingen van de Rechtsmiddelenrichtlijn, name-

lijk artikel 2^{quater} ingevoegd in richtlijn 89/665/EG door richtlijn 2007/66/EG⁽¹¹²⁾.

De eis van het nationale recht dat het beroep “onverwijld” wordt ingesteld, waarbij dit karakter overgelaten wordt aan het oordeel van de rechter, is niet voorspelbaar wat de duur ervan betreft en kan derhalve geen correcte omzetting vormen van de eisen van het Gemeenschapsrecht, en meer bepaald van het rechtszekerheidsbeginsel en het logisch gevolg daarvan, de effectiviteits⁽¹¹³⁾. Wat wel in overeenstemming is met het Gemeenschapsrecht is de mogelijkheid die de nationale wetgeving aan de rechter laat om de beroepstermijn te verlengen zodat de verzoeker over een nuttige termijn beschikt⁽¹¹⁴⁾.

28. – Voor beroep vatbare handelingen⁽¹¹⁵⁾

Het besluit in het kader van de gunning van een overheidsopdracht waartegen beroep kan worden ingesteld, is een gevoelige kwestie die in veel lidstaten bekend is. Het instellen van een zinvol beroep in het kader van een aanbestedingsprocedure die voorziet in tal van voorlopige besluiten die tot een uiteindelijke keuze leiden, is immers bijzonder moeilijk wanneer er verjaringen kunnen lopen tegen de voorlopige besluiten. In een beslissing van de High Court van 16 juli 2004 in Ierland werd erkend dat de verjaringen liepen tegen de voorlopige besluiten en tegen het definitieve besluit voor de gunning van de opdracht. De nationale wetgeving moet hierover bijzonder duidelijk en specifiek zijn om te voldoen aan de eisen van het Gemeenschapsrecht. Het Hof van Justitie zal de gewraakte Ierse regelgeving censureren voor zover zij een onzekerheid bevatte over het besluit waartegen het beroep diende te worden ingesteld en over de bepaling van de termijnen om zulk beroep in te stellen.

29. – Beroep door bepaalde leden van een samenwerkingsverband⁽¹¹⁶⁾

De prejudiciële vraag was erop gericht te verneemen of Rechtsmiddelenrichtlijn 89/665/EG zich verzet tegen een Griekse nationale regeling volgens

(108) HvJ 23 december 2009, *Commissie tegen Ierland*, zaak C-455/08.

(109) HvJ 28 oktober 1999, zaak C-81/98.

(110) Punten 31 tot 34 van het arrest.

(111) HvJ 28 januari 2010, *Uniplex (UK) Ltd tegen NHS Business Services Authority*, zaak C-406/08, ACCP 2010, nr. 97, pp. 13-14; M. AUBERT, E. BROUSSY en F. DONNAT, “Chronique de jurisprudence communautaire”, *AJDA*, 2010, pp. 948-949.

(112) Punten 25 tot 35 van het arrest.

(113) Punten 36 tot 43 van het arrest. Zie in dezelfde zin : HvJ 28 januari 2010, *Commissie tegen Ierland*, zaak 456/08, ACCP, 2010, nr. 97, p. 14.

(114) Punten 44 tot 50 van het arrest.

(115) HvJ 28 januari 2010, *Commissie tegen Ierland*, zaak C-456/08, ACCP, 2010, nr. 97, p. 14; M. AUBERT, E. BROUSSY en F. DONNAT, “Chronique de jurisprudence communautaire”, *AJDA*, 2010, pp. 948-949.

(116) HvJ 6 mei 2010, *Club Hotel Loutraki AE*, gevoegde zaken C-145/08 en C-149/08, ACCP, 2010, nr. 101, pp. 12-13. J.M. PASTOR, *AJDA*, 2010, p. 981.

welke alleen de gezamenlijke leden van een samenwerkingsverband een beroep tegen het besluit van een aanbestedende dienst kunnen instellen om dit besluit nietig te doen verklaren, aangezien dergelijk beroep een vereiste is om vergoeding te vorderen van de schade die zij hebben geleden ten gevolge van onregelmatigheden.

De hoofdgedingen ontstonden tussen particuliere ondernemingen en de Griekse Nationale Raad voor radio en televisie (ESR). De eerste zaak betrof de overdracht van aandelen van het casino EKP (een dochteronderneming van een overheidsvennootschap in handen van de Griekse Staat). Overeenkomstig de nationale wetgeving had de aanbestedende dienst geoordeeld dat er een onverenigbaarheid bestond die moest leiden tot de uitsluiting van het samenwerkingsverband, een beslissing die slechts bestreden werd door drie van haar leden. In de tweede zaak werd een onverenigbaarheid vastgesteld in hoofde van een lid van een inschrijvende vereniging, naar aanleiding van een overheidsopdracht voor werken, een beslissing die slechts aangevochten werd door één lid van de vereniging.

Het Hof zal oordelen dat de procesregel strijdig is met Europees recht, met name met het effectiviteitsbeginsel⁽¹¹⁷⁾, na verduidelijkt te hebben dat in beginsel de geschillen die ontstaan tussen een andere administratieve overheid dan de aanbestedende dienst (zoals de ESR) die de gunningsprocedure georganiseerd heeft niet onder het beroepstelsel van richtlijn 89/665/EG vallen⁽¹¹⁸⁾. Het algemene beginsel van doeltreffende bescherming doet zich in rechte gelden wanneer de beslissingen van een administratieve instantie gevolgen kunnen hebben voor het verloop en voor de uitkomst van een openbare aanbestedingsprocedure. Het impliceert dat een inschrijver individueel de vergoeding van de schade moet kunnen eisen die hij geleden heeft.

30. – De eenvoudige schending van het recht betreffende overheidsopdrachten opent het recht op schadevergoeding

De Oostenrijkse wetgeving was opnieuw het voorwerp van het arrest over een prejudiciële vraag in het kader van een geschil tussen de stad Graz (Oostenrijk) en de vennootschap Strabag AG over

de illegale gunning van een overheidsopdracht⁽¹¹⁹⁾. De vraag was of de Rechtsmiddelenrichtlijn (89/665/EG) zich verzet tegen een nationale regeling die het recht van de inschrijver op schadevergoeding afhankelijk stelt van het bestaan van schuld van de aanbestedende dienst, dan wel tegen een regeling die de last van het bewijs van deze schuld op de inschrijver doet rusten, en of de beslissing van een commissie van toezicht bindend is voor de aanbestedende dienst.

Na erop gewezen te hebben dat de bepaling van de beroepsprocedures voor de toekenning van de schadevergoeding in beginsel deel uitmaakt van de procedurele autonomie van de lidstaten, begrensd door de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit, zal het Hof de aandacht vestigen op het feit dat de doelstelling van doeltreffendheid van de beroepen zich ertegen verzet dat een nationale bepaling dergelijke toekenning doet afhangen van de vraag of de aanbestedende dienst schuld had aan het gedrag in kwestie. Een dergelijke regeling zou namelijk een dubbel risico creëren. Enerzijds het gevaar dat de inschrijver die door een onrechtmatig besluit van een aanbestedende dienst is gelaedeerd, het recht op vergoeding van de door dat besluit veroorzaakte schade wordt ontnomen indien de aanbestedende dienst erin slaagt het op hem rustende vermoeden van schuld te weerleggen. Anderzijds loopt hij het risico dat hij pas laat schadevergoeding ontvangt, aangezien een civiele procedure tot vaststelling van de verwijtbaarheid van de gestelde schending lang kan duren.

31. – De opening van het recht op beroep ten gunste van de aanbestedende diensten

Met het arrest *Symvoulia Apocheteseon Lefkosiais tegen Anatheorikiti Archi Prosforon*⁽¹²⁰⁾ zal het Hof van Justitie oordelen dat de Rechtsmiddelenrichtlijn voor de lidstaten niet de verplichting schept om, ten gunste van de aanbestedende diensten, te voorzien in een beroep in rechte tegen de beslissingen van de instanties die geen gerechten zijn, op basis van een exegetische analyse van de richtlijn. Alleen de ondernemingen in de gemeenschap of, algemener, iedere persoon die belang heeft bij de gunning van een overheidsopdracht, krijgen een recht van beroep toegekend. Het Hof verduidelijkt vervolgens dat het Europese recht

(117) Punt 80 van het arrest.

(118) Punten 66 tot 69 van het arrest.

(119) HvJ 30 september 2010, *Stadt Graz tegen Strabag AG*, zaak C-314/09, ACCP, 2010, nr. 104, p. 13; R. GRAND, *AIDA*, 2010, p. 1857.

(120) HvJ 21 oktober 2010, *Symvoulia Apocheteseon Lefkosiais c/ Anatheorikiti Archi Prosforon*, zaak C-570/08, ACCP, 2010, nr. 105, pp. 8-9; conclusies van de advocaat-generaal P. CRUZ VILLALON, 1 juni 2010, ACCP, 2010, nr. 101, p. 14.

betreffende de overheidsopdrachten voornamelijk een recht inzake offertes is, dat tussen de Europese marktdeelnemers een gelijke mededinging wil verzekeren. De aanbestedende diensten die niet onder de definitie van “betrokken inschrijvers” kunnen vallen, worden uitgesloten van de doeltreffende rechtsbescherming zoals georganiseerd bij de Rechtsmiddelenrichtlijn 89/665/EG. Bij gebreke van een volledige harmonisatie van de nationale regels inzake beroepen kunnen de lidstaten de aanbestedende diensten opnemen in de werkingssfeer van de richtlijn. Een principe in de Cypriotische wet lijkt echter te verbieden dat een orgaan van een administratie in conflict komt met een ander orgaan van de administratie.

32. – Beroepen in de nationale wetgeving en beroep wegens niet-nakoming⁽¹²¹⁾

De Commissie heeft tegen Duitsland een procedure tot vaststelling van niet-nakoming ingeleid in het kader van een overeenkomst tussen de stad Bonn, de lokale vennootschap MVA en een Duitse onderneming voor afvalverwijdering EVB zonder enige mededinging, op grond van het feit dat het

ging om een opdracht voor diensten in de zin van richtlijn 92/50/EG. Duitsland verdedigde zich door te stellen dat deze overeenkomst bijna tien jaar ten uitvoer was gelegd en dat de nationale rechtsmiddelen niet aangewend waren. Het Hof van Justitie zal het argument verwerpen door een onderscheid te maken tussen de door de richtlijn 89/665/EG geopende nationale beroepsprocedures en het beroep wegens niet-nakoming. De eerste dienen om de belangen van de afgewezen inschrijvers te beschermen in het kader van de gunning van communautaire overheidsopdrachten. De tweede, uitgeoefend door de Commissie als hoedster van de verdragen, regelt de betrekkingen tussen de lidstaten en de EU om de naleving van het Gemeenschapsrecht te verzekeren in het algemeen belang. Richtlijn 89/665/EG zou geen afbreuk kunnen doen aan de toepassing van artikel 226 EG; de afwezigheid van het instellen van beroepen in de nationale wetgeving laat de bevoegdheid van de Europese Commissie intact om te beslissen een procedure in te leiden tot vaststelling van niet-nakoming⁽¹²²⁾.

(121) HvJ 21 januari 2010, *Commissie tegen Duitsland*, zaak C-17/09, *ACCP*, 2010, nr. 97, p. 13.

(122) Punten 19 tot 29 van het arrest.