

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>

Actualités

Actualia

Jurisprudence communautaire / Europese rechtspraak⁽²⁾

HvJ (2^{de} k.), 9 december 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie, Van Spijker Infrabouw BV, De Jonge Konstruktie BV tegen Provincie Drenthe*, C-568/08
C.J.U.E. (2^e ch.), 9 décembre 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie, Van Spijker Infrabouw BV, De Jonge Konstruktie BV contre Province de Drenthe*, C-568/08

Overheidsopdrachten – Beroepsprocedures inzake plaatsen van overheidsopdrachten voor uitvoering van werken – Richtlijn 89/665/EEG – Verplichting voor lidstaten te voorzien in beroepsprocedure – Nationale wettelijke regeling op grond waarvan rechter in kort geding toestemming kan verlenen voor besluit tot gunning van overheidsopdracht dat later door bodemrechter in strijd met voorschriften van Unierecht kan worden geacht – Toekenning van schadevergoeding aan gelaedeerde inschrijvers – Voorwaarden

Marchés publics – Procédures de recours en matière de passation des marchés publics de travaux – Directive 89/665/CEE – Obligation pour les États membres de prévoir une procédure de recours – Législation nationale permettant au juge des référés d'autoriser une décision de passation de marché public pouvant ultérieurement être jugée contraire aux règles de droit de l'Union par le juge du fond – Octroi de dommages-intérêts aux soumissionnaires lésés – Conditions

De korte duur van de aanbestedingsprocedures maakt een spoedbehandeling van de inbreuken op de bepalingen van het Unierecht noodzakelijk. Met het oog op deze doelstelling bepaalt artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 dat de lidstaten voorzien in de invoering van doeltreffend en vooral zo snel mogelijk beroep tegen besluiten die mogelijk het Unierecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat recht is omgezet, hebben geschonden. Richtlijn 89/665 laat de lidstaten een discretionaire bevoegdheid bij de keuze van de procedurele waarborgen waarin zij voorzien en van de desbetreffende formaliteiten. Richtlijn 89/665 staat niet in de weg aan een stelsel waarin voor het verkrijgen van een spoedige beslissing slechts een procedure beschikbaar is die erdoor wordt gekenmerkt dat zij is gericht op een snelle ordemaatregel, er geen recht is op uitwisseling van conclusies door advocaten, er in de regel geen ander bewijs is dan door geschrift en de wettelijke bewijsregels niet van toepassing zijn. Richtlijn 89/665 staat niet in de weg aan de vaststelling van een voorlopige maatregel, die de rechtsverhoudingen niet definitief vastlegt.

Er kan niet worden uitgesloten dat de rechter in kort geding en de bodemrechter, die achtereenvolgens over één en hetzelfde geschil moeten oorde-

len, de toepasselijke voorschriften van het Unierecht op uiteenlopende wijze uitleggen. In de eerste plaats dient de rechter in kort geding een beslissing te geven in het kader van een spoedprocedure waarin zowel de bewijsvergaring als het onderzoek van de middelen van partijen noodzakelijkerwijs summierder is dan in het kader van de bodemprocedure. In de tweede plaats wordt met de inschakeling van de rechter in kort geding, anders dan die van de bodemrechter, geen definitieve uitspraak op de bij hem ingestelde vorderingen beoogd, maar de voorlopige bescherming van de betrokken belangen, in voorkomend geval door die tegen elkaar af te wegen.

Artikel 2, lid 1, sub c, van richtlijn 89/665 geeft duidelijk aan dat de lidstaten moeten voorzien in de mogelijkheid van toekenning van schadevergoeding in geval van schending van de voorschriften van het Unierecht inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, maar preciseert noch onder welke voorwaarden een aanbestedende dienst aansprakelijk kan worden geacht noch hoe het bedrag van de schadevergoeding wordt bepaald tot betaling waarvan hij kan worden veroordeeld. Bij gebreke van Uniebepalingen ter zake dient de interne rechtsorde van elke lidstaat de maatstaven te bepalen aan de hand

(2) Actualités collectées par Anne Lawrence Durviaux, professeur et avocat, et Kris Wauters, professeur en advocaat.

waarvan de schade die het gevolg is van schending van het Unierecht inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, moet worden vastgesteld

en begroot, mits het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel in acht worden genomen.

**HvJ (3^{de} k.), 22 december 2010,
Mehiläinen Oy, Terveystalo Healthcare Oy tegen Oulun kaupunki, C-215/09
**C.J.U.E. (3^e ch.), 22 décembre 2010,
*Mehiläinen Oy, Terveystalo Healthcare Oy contre Oulun kaupunki, C-215/09*****

Overheidsopdrachten voor diensten – Richtlijn 2004/18/EG – Gemengde overeenkomst – Overeenkomst tussen aanbestedende dienst en van deze dienst onafhankelijke private vennootschap – Oprichting, met gelijke deelneming, van gezamenlijke onderneming voor verlening van diensten van gezondheidszorg – Verbintenis van partners om gedurende overgangperiode van vier jaar diensten van gezondheidszorg die zij ten behoeve van hun werknemers moeten verstrekken, bij gezamenlijke onderneming te betrekken

Marchés publics de services – Directive 2004/18/CE – Contrat mixte – Contrat conclu entre un pouvoir adjudicateur et une société privée indépendante de lui – Création, à égalité de participation, d'une entreprise commune fournissant des prestations de services de santé – Engagement des partenaires d'acquiescer auprès de l'entreprise commune, pendant une période transitoire de quatre ans, les services de santé dont ils doivent faire bénéficier leurs employés

Richtlijn 2004/18 maakt geen onderscheid tussen overheidsopdrachten die door een aanbestedende dienst worden geplaatst ter vervulling van zijn taak om te voorzien in behoeften van algemeen belang, en die welke geen verband houden met deze taak, zoals *in casu* de nakoming van een verplichting die hij als werkgever heeft ten aanzien van zijn werknemers

Een overheidsinstantie kan de op haar rustende taken van algemeen belang met haar eigen middelen vervullen, zonder dat zij een beroep hoeft te doen op externe lichamen die niet tot haar diensten behoren, en zij kan dit ook doen in samenwerking met andere overheidsinstanties doen. Een dergelijke overheidsinstantie heeft de keuze om economische activiteiten zelf te verrichten dan wel aan derde toe te vertrouwen, bijvoorbeeld aan een entiteit met gemengd kapitaal die in het kader van een publiek-private samenwerking is opgericht. Bovendien vindt het recht van de Unie inzake overheidsopdrachten geen toepassing wanneer de aanbestedende dienst op de entiteit waaraan de opdracht wordt toegewezen, toezicht uitoefent als op zijn eigen diensten en deze entiteit tegelijkertijd het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van de dienst die haar beheerst. De participatie – ook een minderheidsparticipatie – van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap waarin ook een aanbestedende dienst participeert, sluit echter uit dat

deze dienst op deze onderneming toezicht kan uitoefenen zoals op zijn eigen diensten.

De oprichting door een aanbestedende dienst en een private onderneming van een gezamenlijke onderneming valt als zodanig niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18. Achter een kapitaalverrichting mag echter niet in feite de gunning van een als overheidsopdracht dan wel als concessieovereenkomst te kwalificeren contract aan een private partner schuilgaan. Wanneer een private entiteit en een aanbestedende dienst samenwerken in het kader van een entiteit met gemengd kapitaal, is dit geen reden om de regels inzake overheidsopdracht niet na te leven wanneer aan die private entiteit of de entiteit met gemengd kapitaal een dergelijke opdracht wordt gegund.

In het geval van een gemengde overeenkomst waarvan de verschillende onderdelen onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden en dus een ondeelbaar geheel vormen, moet deze overeenkomst, voor de juridische kwalificatie ervan volgens de regels inzake overheidsopdrachten, in haar geheel als een eenheid worden onderzocht en moet dit worden beoordeeld op basis van de regels die van toepassing zijn op het onderdeel dat het hoofdvoorwerp of het overwegende element van de overeenkomst vormt. Er dient dus te worden nagegaan of het onderdeel dat bestaat in de verlening van diensten van gezondheidszorg ten behoeve van de werknemers van Oulun kaupunki en dat in de regel onder deze richtlijn valt, van deze overeenkomst

kan worden gescheiden. De uitgedrukte of vermoede bedoeling van de contractpartijen om de verschillende onderdelen van een gemengde overeenkomst als onscheidbaar te beschouwen is niet voldoende, maar deze bedoeling moet blijken uit objectieve gegevens die deze bedoeling kunnen

rechtvaardigen en een grondslag kunnen zijn voor de noodzaak om een enkele overeenkomst te sluiten. In geval het onderdeel inzake het uitvoeren van een overheidsopdracht of een concessieovereenkomst afscheidbaar is, dan is enkel op dit onderdeel de reglementering toepasselijk.

**HvJ (2^{de} k.), 17 februari 2011,
Europese Commissie tegen Cypriotische republiek, C-251/09
**C.J.U.E. (2^e ch.), 17 février 2011,
*Commission européenne contre République de Chypre, C-251/09*****

Overheidsopdrachten van leveringen en werken – Sector water, energie, vervoer en telecommunicatie – Richtlijn 93/38/EEG – Bekendmaking – Gunningscriteria – Gelijke behandeling van de inschrijvers – Transparantiebeginsel – Richtlijn 92/13/EEG – Beroepsprocedure – Motiveringsplicht betreffende de beslissing om een inschrijver te weren

Marchés publics de fournitures et de travaux – Secteur de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications – Directive 93/38/CEE – Avis de marché – Critères d'attribution – Égalité de traitement entre les soumissionnaires – Principe de transparence – Directive 92/13/CEE – Procédure de recours – Obligation de motiver une décision d'écarter un soumissionnaire

Le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires implique une obligation de transparence, afin de permettre de vérifier son respect. Les principes d'égalité de traitement et de transparence signifient, notamment, que les soumissionnaires doivent se trouver sur un pied d'égalité aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées par le pouvoir adjudicateur. Cela implique, plus particulièrement, que les critères d'attribution doivent être formulés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement

diligents de les interpréter de la même manière et que, lors d'une évaluation des offres, ces critères doivent être appliqués de manière objective et uniforme à tous les soumissionnaires.

L'objectif de la directive 92/13 est de garantir que les décisions illégales des pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et aussi rapides que possible. Néanmoins, la motivation de la décision de rejet d'une offre doit être communiquée aux soumissionnaires concernés, en temps utile, afin que les soumissionnaires évincés aient la possibilité d'introduire efficacement un recours.

**HvJ (3^{de} k.), 10 maart 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler tegen Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau, C-274/09*
C.J.U.E. (3^e ch.), 10 mars 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler contre Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau, C-274/09***

Overheidsopdrachten – Richtlijn 2004/18/EG – Concessie voor openbare diensten – Diensten van medische spoedhulp – Onderscheid tussen "overheidsopdracht voor diensten" en "concessieovereenkomst voor diensten"
Marchés publics – Directive 2004/18/CE – Concession de service public – Services de secours – Distinction entre « marché public de services » et « concession de services »

De vraag of er sprake is van een concessieovereenkomst voor diensten dan wel van een overheidsopdracht voor diensten, dient uitsluitend op basis van het Unierecht te worden beoordeeld.

Uit de vergelijking van de definities van overheidsopdracht voor diensten en concessieovereenkomst voor diensten volgt dat het verschil tussen een overheidsopdracht voor diensten en een con-

cessieovereenkomst voor diensten is gelegen in de tegenprestatie voor de dienstverlening. De opdracht voor diensten behelst een tegenprestatie die, ook al is dit niet de enige tegenprestatie, door de aanbestedende dienst rechtstreeks aan de dienstverrichter wordt betaald, terwijl bij een concessieovereenkomst voor diensten de tegenprestatie voor de dienstverlening bestaat in het recht om de dienst te exploiteren, al dan niet gepaard gaande met een prijs. In geval van een overeenkomst inzake het verrichten van diensten voldoet de omstandigheid dat de opdrachtnemer niet rechtstreeks door de aanbestedende dienst wordt vergoed, maar het recht heeft om vergoedingen van derden te innen, aan het vereiste van een tegenprestatie.

De concessieovereenkomst voor diensten impliceert dat de opdrachtnemer het aan de exploitatie van de betrokken diensten verbonden risico draagt. De omstandigheid dat het aan de verlening van de dienst verbonden risico niet wordt overgedragen op de dienstverrichter, duidt erop dat de bedoelde transactie een overheidsopdracht voor diensten vormt en niet een concessieovereenkomst voor diensten. Hieraan doet niet af dat de hoogte van de gebruiksvergoedingen niet eenzijdig wordt vastgesteld door de verrichter van diensten van medische spoedhulp, maar bij wege van overeenkomst met de socialezekerheidsorganen die zelf de hoedanigheid van aanbestedende dienst hebben, en dat die vergoedingen niet rechtstreeks door de gebruikers van die diensten aan de gekozen dienstverrichter worden betaald, maar in regelmatige deelbetalingen worden uitgekeerd door een centraal betalingsorgaan dat die vergoedingen moet innen en uitbetalen. Dit neemt namelijk niet weg dat alle vergoedingen van de dienstverrichter afkomstig zijn van andere subjecten dan de aanbestedende dienst die hem de opdracht heeft gegund.

Het aan de exploitatie verbonden risico kan weliswaar van meet aan erg beperkt zijn, maar voor de kwalificatie als concessieovereenkomst voor diensten is vereist dat de aanbestedende dienst het op hem rustende risico in zijn geheel of althans voor een aanzienlijk deel overdraagt op de concessiehouder. Wanneer de vergoeding van de dienstverrichter uitsluitend van derden afkomstig is, volstaat voor de conclusie dat er sprake is van een concessieovereenkomst voor diensten dat de aanbestedende dienst een "erg beperkt" exploitatierisico overdraagt. Voor bepaalde activiteitensectoren, met name sectoren die verband houden met activiteiten

van openbaar nut, gelden regelingen die een beperking van de economische risico's tot gevolg kunnen hebben. In het bijzonder moet het te goeder trouw handelende aanbestedende diensten blijven vrijstaan om de dienstverrichting door middel van een concessie te verzekeren wanneer zij van mening zijn dat zulks de beste manier is om de betrokken openbare dienst te verzekeren, zelfs wanneer het aan de exploitatie verbonden risico erg beperkt is. In dergelijke sectoren hebben de aanbestedende diensten geen enkele invloed op de wijze waarop de dienst publiekrechtelijk is georganiseerd en derhalve op de omvang van het over te dragen risico, en het zou voorts niet redelijk zijn om van een concessieverlenende overheidsinstantie te verlangen dat zij strengere mededingingsvoorwaarden met een groter economisch risico in het leven roept dan die waarvan op grond van de voor de betrokken sector geldende regeling in die sector sprake is.

In dit verband moet worden opgemerkt dat het economische exploitatierisico van de dienst moet worden opgevat als het risico van blootstelling aan de grillen van de markt, dat zijn neerslag kan vinden in het gevaar voor mededinging van andere marktdeelnemers, het gevaar voor wanverhouding tussen vraag en aanbod van diensten, het risico van insolventie van degenen die de verrichte diensten moeten betalen, het risico dat de exploitatiekosten niet volledig door de inkomsten worden gedekt of ook het risico van aansprakelijkheid voor schade wegens gebrekkige dienstverlening. Daarentegen zijn risico's als dewelke zijn verbonden aan een slecht beheer of beoordelingsfouten van de marktdeelnemer niet bepalend voor de kwalificatie van een overeenkomst als overheidsopdracht voor diensten of als concessieovereenkomst voor diensten, nu dergelijke risico's immers inherent zijn aan elke overeenkomst, ongeacht of het daarbij gaat om een overheidsopdracht voor diensten dan wel om een concessieovereenkomst voor diensten.

Bij de gunning van concessieovereenkomsten voor diensten die niet binnen de werkingssfeer van één van de richtlijnen vallen, waarbij de wetgever van de Unie de materie van de overheidsopdrachten heeft geregeld, dienen de openbare autoriteiten, die dergelijke overeenkomsten sluiten, de fundamentele regels van het VWEU, met name de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU, en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting in acht te nemen, wanneer de betrokken overeenkomst een zeker grensoverschrijdend belang vertoont.

HvJ (3^{de} k.), 17 maart 2011, *Strong Segurança SA tegen Município de Sintra, Securitas-Serviços e Tecnologia de Segurança, C-95/10*
C.J.U.E. (3^e ch.), 17 mars 2011, *Strong Segurança SA contre Município de Sintra, Securitas-Serviços e Tecnologia de Segurança, C-95/10*

Overheidsopdrachten voor diensten – Richtlijn 2004/18/EG – Artikel 47, lid 2 – Rechtstreekse werking – Toepasbaarheid op in bijlage II B bij de richtlijn bedoelde diensten

Marchés publics de services – Directive 2004/18/CE – Article 47, paragraphe 2 – Effet direct – Applicabilité aux services relevant de l'annexe II B de la directive

De in de bijlagen II A en II B bij richtlijn 2004/18 opgenomen indeling van diensten is conform met het systeem van deze richtlijn, welke in een toepassing van genoemde richtlijn op twee niveaus voorziet.

Wanneer opdrachten betrekking hebben op diensten die onder bijlage II B vallen zijn de aanbestedende diensten uitsluitend verplicht, onder verwijzing naar de nationale normen ter omzetting van de Europese normen, de technische specificaties aan te geven die moeten worden opgenomen in de algemene of contractuele documenten die bij iedere opdracht horen, en aan het Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen een aankondiging te zenden met de uitslag van de procedure voor het plaatsen van deze opdrachten. Opdrachten voor in bijlage II B bedoelde diensten hebben, gelet op hun specifieke aard, *a priori* geen voldoende grensoverschrijdend belang. De gunning ervan vindt plaats na een aanbestedingsprocedure die ondernemingen uit andere lidstaten de mogelijkheid dient te bieden kennis te nemen van de aankondiging van de opdracht en een offerte in te dienen. Dergelijke opdrachten met een duidelijk

grensoverschrijdend belang dienen de algemene beginselen van transparantie en gelijke behandeling in de zin van de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU te eerbiedigen.

Het beginsel van gelijke behandeling kan niet leiden tot een overeenkomstige toepassing van specifieke bepalingen uit de richtlijnen op diensten uit bijlage II B. Zo zou het risico kunnen ontstaan dat elk nuttig effect wordt ontnomen aan het door richtlijn 2004/18 ingestelde onderscheid tussen de in bijlagen II A en II B bedoelde diensten en de toepassing van deze richtlijn op twee niveaus. De opdrachten voor de in bijlage II B bij richtlijn 2004/18 vermelde diensten hebben een specifieke aard. Zo hebben ten minste enkele van deze diensten bijzondere kenmerken die rechtvaardigen dat de aanbestedende dienst de individuele inschrijvingen van de gegadigden op een geïndividualiseerde en specifieke manier onderzoekt. Dit is bijvoorbeeld het geval voor de "rechtskundige diensten", de diensten inzake "arbeidsbemiddeling" en het "onderwijs" of nog de diensten met betrekking tot "opsporing en beveiliging".