



Actualia  
overheidsopdrachten  
elk trimester

## In dit nummer:

1. Europese regelgeving
2. Nationale wetgeving
3. Rechtspraak
4. Rechtsleer

## 1. Europese regelgeving

### Nieuwe aanbestedingsdrempels

Per 1 januari 2010 gelden nieuwe Europese drempelbedragen voor de Overheidsopdrachtenrichtlijnen 2004/17/EG (Nutssectoren) en 2004/18/EG (Klassieke Sectoren) en dit voor de jaren 2010 en 2011. Deze nieuwe drempelbedragen zijn bijgevolg ook van toepassing voor de nationale regelgeving.

Hierna volgen de nieuwe drempelbedragen.

#### **Tabel 1 – Drempelbedragen Klassieke Sectoren 2010-2011**

<b>Federaal (bedragen in euro)</b>	-	<b>Decentraal (bedragen in euro)</b>
Werken 4.845.000 (i.p.v. 5.150.000)	-	4.845.000 (i.p.v. 5.150.000)
Leveringen 125.000 (i.p.v. 133.000)	-	197.000 (i.p.v. 206.000)
Diensten 125.000 (i.p.v. 133.000)	-	197.000 (i.p.v. 206.000)

#### **Tabel 2 – Drempelbedragen Nutssectoren 2010-2011**

Bedragen in euro

Werken  
4.845.000 (i.p.v. 5.150.000)

Leveringen  
387.000 (i.p.v. 412.000)

Diensten  
387.000 (i.p.v. 412.000)

## 2. Nationale wetgeving

### **Koninklijk besluit van 29 september 2009 tot wijziging van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en van sommige koninklijke besluiten tot uitvoering van deze wet**

*Vindplaats: B.S. 2 oktober 2009*

Ingevolge de arresten van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 23 april 2009 in de zaken C-287/07 en C-292/07, Commissie/België, moeten een aantal aanpassingen worden aangebracht in de bestaande wetgeving overheidsopdrachten om deze in overeenstemming te brengen met de interpretatie gegeven in die arresten.

Daartoe wijzigt het Koninklijk besluit van 29 september 2009 tot wijziging van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en van sommige koninklijke besluiten tot uitvoering van deze wet de wet van 24 december 1993 met toepassing met name van de artikelen 1, § 1, tweede lid, 2, tweede lid, 5, 27, 43, § 1, eerste lid, 59, § 1, en 65, eerste lid, van deze wet, volgens dewelke de Koning de nodige maatregelen kan nemen om te voorzien in de omzetting van de verplichte bepalingen van het Verdrag en van de internationale akten die eruit voortvloeien.

Het Koninklijk besluit van 29 september 2009 wijzigt ook enkele bepalingen van de koninklijke besluiten van 8 januari 1996, 10 januari 1996 en 18 juni 1996, onder meer om, althans wat betreft de uitvoeringsbesluiten, de nieuwe bepalingen van het koninklijk besluit van 23 november 2007 eveneens toepasselijk te maken op de opdrachten beneden de drempels voor de Europese bekendmaking. Dit laatste gebeurt vanuit een bekommernis voor de samenhang en de vereenvoudiging van de reglementaire teksten.

1. Belangrijkste wijzigingen aangebracht in de Overheidsopdrachtenwet 1993

Er wordt een precisering aangebracht in de overheidsopdrachtenwet om erop te wijzen dat de onregelmatigheid van een offerte met name kan voortvloeien uit de vaststelling door de aanbestedende overheid dat de voorgestelde oplossingen in de offerte niet gelijkwaardig zijn aan de technische specificaties of niet voldoen aan de vastgestelde prestatie-eisen of functionele eisen.

Artikel 41bis van de Overheidsopdrachtenwet 1993 wordt aangevuld met een paragraaf die verduidelijkt dat dezelfde gunningscriteria moeten worden gebruikt zowel voor het sluiten van een raamovereenkomst als voor de gunning van de op deze raamovereenkomst gebaseerde opdrachten. Volgens deze bepaling mag de raamovereenkomst bovendien niet worden misbruikt om mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen.

Bijlage 1 van de wet – bevattende de lijst van beroepswerkzaamheden in de klasse 50 (bouwnijverheid) – en Bijlage 2 van de wet – bevattende de lijst van de diensten gebaseerd op de centrale classificatie van producten (CPC) van de Verenigde Naties – worden vervangen.

2. Opsomming van de belangrijkste wijzigingen doorgevoerd in het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996

De belangrijkste wijzigingen doorgevoerd in het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 zijn de volgende:

Bij de raming van het opdrachtbedrag dient rekening te worden gehouden met de eventuele opties en eventuele verlengingen van de opdracht;

De kandidaatstellingen die per fax of e-mail worden ingediend moeten enkel binnen een bepaalde termijn schriftelijk worden bevestigd als die termijn en die verplichting in de bekendmaking zijn vermeld; telefonische kandidaatstellingen dienen evenwel in alle geval schriftelijk te worden bevestigd binnen de indieningstermijn;

Bij het berekenen van de indieningstermijnen dient rekening te worden gehouden

# EBP-Tenderletter

met de complexiteit van de opdracht en de nodige tijd voor het opmaken van een offerte

Het proces-verbaal van gegunde Europese opdracht wordt aangevuld met een 6<sup>o</sup> over de afwijzing van abnormaal lage offertes

In geval van selectiebeperking wordt ook voor de onderhandelingsprocedures met bekendmaking gespecificeerd dat het aantal gegadigden voldoende moet zijn om een daadwerkelijke mededinging te waarborgen;

De gehanteerde kwalitatieve selectiecriteria moeten verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht

De bepalingen van het koninklijk besluit die van toepassing zijn voor overheidsopdrachten die de Europese drempels hebben bereikt en die betrekking hebben op de normen inzake milieubeheer; de kwaliteitsnormen; de technische en beroepsbekwaamheid; normen inzake milieubeheer; normen inzake kwaliteitsbewaking; technische specificaties en normen worden nu ook toepasselijk gemaakt op de opdrachten beneden de Europese drempel.

Bij een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking gesteund op dwingende spoed, de ingeroepen omstandigheden in geen geval aan de overheid mogen te wijten zijn.

Een nieuw artikel regelt het verloop van de onderhandelingen bij een Europees bekendgemaakte onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

Het gebruik van elektronische middelen wordt versoepeld.

Inzake de uitsluitingsgronden wordt de regeling die van toepassing is voor overheidsopdrachten die de Europese drempels hebben bereikt, nu ook toepasselijk gemaakt op de opdrachten beneden de Europese drempel.

Daarnaast brengt het Koninklijk Besluit van 29 september 2009 nog preciseringen aan m.b.t. de algemene selectieregels, de verplichte uitsluitingsgronden, de prijsvraag voor ontwerpen, de verplichtingen inzake fiscaliteit, milieubescherming, arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden, de opening

Voor een volledig overzicht van de wijzig-

ingen doorgevoerd in de wet van 24 december 1993, zie de artikelen 2 tot 9 van het koninklijk besluit van 29 september 2009 (B.S. 2 oktober 1996, pp. 65819-65820) en de relevante passages in het Verslag aan de Koning (B.S. 2 oktober 1996, pp. 65795-65796).

Voor een volledig overzicht van de wijzigingen doorgevoerd in het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996, zie de artikelen 10 tot 66 van het wijzigend Koninklijk Besluit van 29 september 1996 (B.S. 2 oktober 1996, pp. 65820-65829) en de relevante passages in het Verslag aan de Koning bij het ontwerp van voormeld wijzigend besluit (B.S. 2 oktober 1996, pp. 65796-65804).

Voor een volledig overzicht van de wijzigingen doorgevoerd in het Koninklijk Besluit van 10 januari 1996, zie de artikelen 67 tot 114 van het wijzigend Koninklijk Besluit van 29 september 1996 (B.S. 2 oktober 1996, pp. 65829-65837) en de relevante passages in het Verslag aan de Koning bij het ontwerp van voormeld wijzigend besluit (B.S. 2 oktober 1996, pp. 65804-65805).

Voor een volledig overzicht van de wijzigingen doorgevoerd in het Koninklijk Besluit van 18 juni 1996, zie de artikelen 115 tot 130 van het wijzigend Koninklijk Besluit van 29 september 1996 (B.S. 2 oktober 1996, pp. 65837-65842) en de relevante passages in het Verslag aan de Koning bij het ontwerp van voormeld wijzigend besluit (B.S. 2 oktober 1996, p. 65806).

4. Inwerkingtreding van het Koninklijk Besluit van 29 september 2009

Het Koninklijk Besluit van 29 september 2009 treedt in werking op 1 november 2009, met uitzondering van de artikelen 49 tot 52 en de artikelen 97 tot 100 die in werking treden op 1 januari 2010. De overheidsopdrachten, de opdrachten en de prijsvragen voor ontwerpen gepubliceerd vóór deze datum of waarvoor, bij ontstentenis van een bekendmaking van aankondiging, vóór deze datum uitgenodigd wordt om zich kandidaat te stellen of om een offerte in te dienen, blijven onderworpen aan de wettelijke en reglementaire bepalingen.



De tekst nog eens rustig laten nalezen door een deskundige is altijd een goed idee!



**EBP**

## 3. Rechtspraak Raad van State

### 3.1 Hof van Justitie

**Hof van Justitie, 10 september 2009, SEA, zaak C-573/07, Overheidsopdrachten – Aanbestedingsprocedures – Opdracht betreffende dienst van ophaling, transport en verwijdering van stadafval – Gunning zonder aanbesteding – “In house”-opdracht? – Gunning aan aandelenvennootschap waarvan kapitaal volledig in handen is van overheidslichamen maar waarvan statuten voorzien in mogelijkheid van participatie door particuliere investeerders**

In het kader van een aanbesteding werd aan Sea een opdracht gegund voor het verrichten van de dienst van ophaling, transport en verwijdering van vast stads- en soortgelijk afval op het grondgebied van de Comune di Ponte Nossa; zij verrichtte de betrokken dienst gedurende drie jaar, namelijk van 1 januari 2004 tot en met 31 december 2006.

Setco is een aandelenvennootschap in handen van een aantal gemeenten van Val Seriana, met als meerderheidsaandeelhoudster de Comune di Clusone.

Bij besluit van 16 december 2006 besliste de Comune di Ponte Nossa een minderheidsparticipatie te nemen in Setco met de bedoeling om de dienst in kwestie vanaf 1 januari 2007 rechtstreeks aan deze vennootschap te gunnen.

Bij besluit van 30 december 2006 gunde de Comune di Ponte Nossa de dienst van ophaling, transport en verwijdering van vast stads- en soortgelijk afval op haar grondgebied met ingang van 1 januari 2007 rechtstreeks aan Setco, zonder voorafgaande aanbestedingsprocedure.

Op 2 januari 2007 stelde Sea tegen de besluiten van de Comune di Ponte Nossa van 16 en 30 december 2006 beroep in bij het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia.

Sea betoogde met name dat de Comune di Ponte Nossa, door de betrokken dienst

rechtstreeks aan Setco te gunnen de artikelen 43 EG, 49 EG en 86 EG heeft geschonden, omdat zij op Setco geen toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten, welk toezicht wordt vereist voor de onderhandse gunning van een dienst aan een onderneming in handen van de aanbestedende dienst. (vereiste om van een zgn. “in house”-opdracht te kunnen spreken).

In het kader van de gerechtelijke procedure heeft het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia het Hof van Justitie een prejudiciële vraag gesteld m.b.t. de (al dan niet) toepasselijkheid van de zgn. “in house”-rechtsfiguur.

Het Hof van Justitie heeft in zijn arrest van 10 september 2009 als volgt recht gesproken:

Volgens de rechtspraak van het Hof is een oproep tot inschrijving niet verplicht in het geval dat een overeenkomst onder bezwarende titel wordt gesloten met een entiteit die rechtens onderscheiden is van het plaatselijke lichaam dat de aanbestedende dienst is, wanneer dat lichaam op die entiteit toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en die entiteit het merendeel van haar activiteiten verricht ten behoeve van het lichaam dat haar beheerst of de lichamen die haar beheersen.

Ook al zijn bepaalde overeenkomsten van de werkingssfeer van de gemeenschapsrichtlijnen inzake overheidsopdrachten uitgesloten, zijn de aanbestedende diensten die deze overeenkomsten sluiten, niettemin de fundamentele regels van de EG-Verdrag in acht moeten nemen.

Wat de aanbesteding van overheidsopdrachten voor diensten betreft, moeten de aanbestedende diensten met name de artikelen 43 EG en 49 EG alsmede het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in acht nemen, alsook de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting.

#### Onze opleidingen

- Overheidsopdrachten van diensten

- hoe een correct lastenboek opstellen?

- De wetgeving OO in de praktijk

- de onderhandelingsprocedure

En nog veel meer!

[Ontdek ze hier](#)



EBP

# EBP-Tenderletter

De toepassing van de in de artikelen 12 EG, 43 EG en 49 EG neergelegde regels alsmede van de algemene beginselen waarvan zij de bijzondere uitdrukking vormen, is evenwel uitgesloten, wanneer het territoriale lichaam dat de aanbestedende dienst is, op de entiteit waaraan de opdracht wordt toegewezen toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze entiteit tegelijkertijd het merendeel van haar activiteiten verricht ten behoeve van de overheid die haar beheerst of de overheden die haar beheersen.

In de verwijzingsbeslissing wordt de vraag opgeworpen of een aanbestedende dienst op een vennootschap waarvan hij aandeelhouder is en waarmee hij een overeenkomst wil sluiten, toezicht kan uitoefenen zoals op zijn eigen diensten, wanneer de mogelijkheid bestaat dat particuliere investeerders een participatie nemen in het kapitaal van de betrokken vennootschap, hoewel dit in de praktijk nog niet is gebeurd.

Wanneer het kapitaal van een vennootschap op het moment dat de betrokken opdracht daaraan wordt gegund, volledig in handen is van de aanbestedende dienst, alleen of samen met andere overheidsinstanties, kan met de openstelling van dat kapitaal voor particuliere investeerders slechts rekening worden gehouden indien er op dat moment een concreet kortetermijnperspectief van een dergelijke openstelling bestaat.

Hieruit volgt dat in een situatie als die in het hoofdgeding, waarin het kapitaal van de voor de opdracht geselecteerde vennootschap volledig in handen van de overheid is en er geen enkele concrete aanwijzing bestaat dat dit kapitaal wel dra voor particuliere aandeelhouders zal worden opengesteld, de mogelijkheid op zich voor particulieren om een participatie in het kapitaal van die vennootschap te nemen, niet volstaat voor de conclusie dat de voorwaarde inzake het toezicht door de overheidsinstantie niet is vervuld.

De vraag rijst dan of, in het geval dat een overheidsinstantie minderheidsaandeelhouder wordt van een aandelenven-

nootschap waarvan het kapitaal volledig in handen van de overheid is, met het oog op de gunning van het beheer van een openbare dienst daaraan, het toezicht dat de aandeelhoudende overheidsinstanties op die vennootschap uitoefenen, wil het kunnen worden gekwalificeerd als toezicht zoals op hun eigen diensten, door elk van deze instanties individueel moet worden uitgeoefend dan wel of dat toezicht door de betrokken instanties gezamenlijk mag worden uitgeoefend.

Wanneer meerdere overheidsinstanties ervoor kiezen om hun openbare dienstverplichtingen via een gemeenschappelijke vennootschap uit te voeren, is het namelijk normaal gezien uitgesloten dat een van deze instanties die slechts een minderheidsbelang in die vennootschap heeft, alleen een beslissend toezicht uitoefent op de beslissingen van die vennootschap. Indien werd geëist dat het toezicht van een overheidsinstantie in een dergelijk geval individueel is, zou dit tot gevolg hebben dat in de meeste gevallen waarin een overheidsinstantie zou willen toetreden tot een vennootschap in handen van andere overheidsinstanties met het oog op de gunning, aan die vennootschap, van het beheer van een openbare dienst, een oproep tot mededinging moet worden gedaan.

Wanneer een overheidsinstantie minderheidsaandeelhouder wordt van een aandelenvennootschap waarvan het kapitaal volledig in handen is van de overheid, met het oog op de gunning, aan die vennootschap, van het beheer van een openbare dienst, kan het toezicht dat de aandeelhoudende overheidsinstanties op die vennootschap uitoefenen worden gekwalificeerd als toezicht zoals op hun eigen diensten indien het door die instanties gezamenlijk wordt uitgeoefend.

Statutaire bepalingen als die van de voor de opdracht geselecteerde vennootschap aan de orde in het hoofdinging, moeten, gelet op de omvang van de toezichts- en beslissingsbevoegdheden die daarbij worden toegekend aan de comités die zij instellen alsmede op de omstandigheid dat die comités bestaan uit afgevaardigden van de aandeelhoudende lichamen, worden geacht deze lichamen in staat te stellen om via die comités een doorslaggevende invloed zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van die vennootschap uit te oefenen.

Gelet op een en ander, moet op de gestelde vraag worden geantwoord:

De artikelen 43 EG en 49 EG, het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit alsmede de daaruit voortvloeiende transparantieplichting verzetten zich niet tegen de onderhandse aanbesteding van een overheidsopdracht voor diensten aan een aandelenvennootschap waarvan het kapitaal volledig in handen van de overheid is, wanneer het overheidslichaam dat de aanbestedende dienst is op die vennootschap toezicht uitoefent zoals op

zijn eigen diensten en die vennootschap het merendeel van haar activiteiten verricht ten behoeve van het lichaam dat haar beheerst of de lichamen die haar beheersen.

Onder voorbehoud van toetsing door de verwijzende rechter van de doeltreffendheid van de betrokken statutaire bepalingen, kan het toezicht dat de aandeelhoudende lichamen op die vennootschap uitoefenen, worden aangemerkt als toezicht zoals op hun eigen diensten, in omstandigheden als die van de zaak in het hoofdinging, waar:

de activiteiten van die vennootschap beperkt zijn tot het grondgebied van die lichamen en het merendeel daarvan wordt verricht te hunner behoefte, en die lichamen via statutaire organen bestaande uit hun vertegenwoordigers een doorslaggevende invloed zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van die vennootschap uitoefenen.

EBP

NEW

Is uw publicatie  
conform?



Onze experts  
kijken het  
voor u na!

[Meer informatie](#)

**Hof van Justitie, 10 september 2009, Eurawasser, zaak C-206/08, Procedures voor plaatsen van opdrachten in sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten – Openbare dienst van drinkwatervoorziening en behandeling van afvalwater – Concessieovereenkomst voor diensten – Begrip – Overdracht van aan exploitatie van betrokken dienst verbonden risico op opdrachtnemer**

In het kader van een geschil met betrekking tot de toewijzing van een concessie van diensten op het gebied van de watervoorziening en de behandeling van afvalwater heeft de nationale (Duitse) rechter het Hof van Justitie de prejudiciële vragen gesteld:

1) moet een overeenkomst inzake het verrichten van diensten (in casu diensten op het gebied van de watervoor-

ziening en de behandeling van afvalwater) volgens welke de opdrachtnemer geen rechtstreekse vergoeding van de aanbestedende dienst ontvangt, maar het recht heeft om op privaatrechtelijke basis vergoedingen van derden te innen, alleen op deze grond worden gekwalificeerd als concessieovereenkomst voor diensten en niet als overeenkomst tot het verrichten van diensten onder bezwarende titel in de zin van overheidsopdrachtenrichtlijn nutssectoren

# EBP-Tenderletter

2) Is er sprake van een concessieovereenkomst voor diensten indien, op grond van de wijze waarop de dienst publiekrechtelijk is georganiseerd (verplichting tot aansluiting en gebruik, prijscalculatie volgens het kostendekkingsbeginsel), het aan de betrokken dienst verbonden exploitatierisico weliswaar van meet aan, dus ook wanneer de aanbestedende dienst de dienst zelf zou verrichten, aanzienlijk is beperkt, maar de opdrachtnemer dit beperkte risico niettemin geheel of althans vrijwel geheel op zich neemt?

In zijn arrest van 10 september 2009 heeft het Hof van Justitie voor recht verklaard dat de omstandigheid dat de opdracht-

nemer in het kader van een overeenkomst inzake het verrichten van diensten niet rechtstreeks door de aanbestedende dienst wordt vergoed, maar het recht heeft om vergoedingen van derden te innen, volstaat om deze overeenkomst aan te merken als „concessieovereenkomst voor diensten”, wanneer de opdrachtnemer het op de aanbestedende dienst rustende exploitatierisico in zijn geheel of althans voor een aanzienlijk deel op zich neemt, ook al is dit risico op grond van de wijze waarop de dienst publiekrechtelijk is georganiseerd, van meet aan zeer beperkt.

---

**Hof van Justitie, 15 oktober 2009, Acoset, zaak C-196/08, Artikelen 43 EG, 49 EG en 86 EG – Plaatsing van overheidsopdrachten – Gunning van waterdienst aan gemengde vennootschap – Openbare procedure – Aanwijzing van particuliere partner die wordt belast met exploitatie van dienst – Gunning buiten regels voor plaatsing van overheidsopdrachten om – Totstandkomen van PPS-constructie**

In zijn arrest van 15 oktober 2009 heeft Het Hof van Justitie m.b.t. een verzoek om een prejudiciële beslissing, ingediend door het Tribunale amministrativo regionale della Sicilia (Italië), met betrekking tot de totstandkoming van een PPS-constructie waarbij eerst de particuliere partner van de gemengde vennootschap wordt geselecteerd en vervolgens de concessie aan deze vennootschap wordt gegund, als volgt recht gesproken:

Zoals opgemerkt in punt 2.1 van de Interpretatieve mededeling van de Commissie over de toepassing van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten op geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerking (geïnstitutionaliseerde PPS) (PB 2008, C 91, blz. 4) is het feit dat een private entiteit en een aanbestedende dienst samenwerken in het kader van een entiteit met gemengd kapitaal, geen reden om de regels inzake concessieovereenkomsten niet na te leven wanneer

aan die private entiteit of de entiteit met gemengd kapitaal een concessieovereenkomst wordt gegund.

Een dubbele aanbestedingsprocedure valt evenwel niet goed te rijmen met de beoogde vermindering van procedurele formaliteiten, daar immers bij de oprichting van geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerkingsconstructies als die in het hoofdgeding, zowel de selectie van de private economische partner als de gunning van de concessie aan de alleen daartoe op te richten gemengde kapitaalonderneming in één procedure wordt geregeld.

Het ontbreken van een oproep tot inschrijving in het kader van de gunning van diensten lijkt weliswaar onverenigbaar met de artikelen 43 EG en 49 EG alsook met het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel, maar de selectie van de particuliere partner met inachtneming van de in de punten 46 tot en met 49 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte vereisten en de keuze van de criteria voor de selectie van de particuliere partner kunnen deze situatie verhelpen, daar de gegadigden naast hun capaciteit om aandeelhouder te worden vooral hun technische geschiktheid voor de uitvoering van de dienst en de economische en andere voordelen van hun offerte moeten bewijzen.

# EBP-Tenderletter

Wanneer in een dergelijke situatie een dubbele procedure wordt gehanteerd waarbij eerst de particuliere partner van de gemengde vennootschap wordt geselecteerd en vervolgens de concessie aan deze vennootschap wordt gegund, zal dit wegens de inherente duur van dergelijke procedures en de rechtsonzekerheid over de gunning van de concessie aan de vooraf geselecteerde particuliere partner, de particuliere entiteiten en de overheidsinstanties ontmoedigen om een geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerking als die in het hoofding op te zetten.

Er dient te worden gepreciseerd dat een gemengde publiek-private vennootschap als die in het hoofding gedurende de volledige concessieduur hetzelfde statutair doel moet behouden en dat bij elke wezenlijke wijziging van de overeenkomst een aanbesteding moet worden uitgeschreven.

Concluderend: de artikelen 43 EG, 49 EG en 86 EG verzetten zich er niet tegen dat een openbare dienst als die in het hoofding die bepaalde voorafgaande werkzaamheden vereist, rechtstreeks wordt gegund aan een gemengde publiek-private vennootschap die speciaal is opgericht voor de verlening van deze dienst en een enkel statutair doel heeft, en waarbij de particuliere partner via een openbare aanbestedingsprocedure wordt geselecteerd na controle van de financiële, technische, operationele en beheersvereisten van de te verlenen dienst en de kenmerken van de offerte gelet op de te leveren prestaties, voor zover de betrokken aanbestedingsprocedure in overeenstemming is met de voor concessies geldende beginselen van vrije mededinging, transparantie en gelijke behandeling van het EG-Verdrag.

## EBP



Is uw publicatie conform?



Onze experts kijken het voor u na!

[Meer informatie](#)

**Hof van Justitie, 15 oktober 2009, Hochtief, zaak C-138/08, Procedures voor plaatsen van overheidsopdrachten voor uitvoering van werken – Procedures van gunning via onderhandelingen met bekendmaking van uitnodiging tot inschrijving – Verplichting om minimumaantal geschikte gegadigden toe te laten – Verplichting om werkelijke mededinging te garanderen**

Met een prejudiciële vraag wenste de verwijzende rechter te vernemen of de overheidsopdrachtenrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat een onderhandelingsprocedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht niet kan worden voortgezet wanneer er niet voldoende gegadigden zijn om de bij deze bepaling vastgestelde benedengrens van drie gegadigden te halen.

Het Hof van Justitie heeft als antwoord gegeven dat de overheidsopdrachtenrichtlijn moet aldus worden uitgelegd dat wanneer een opdracht wordt geplaatst volgens de procedure van gunning via onderhandelingen en het aantal ges-

chikte gegadigden de voor de betrokken procedure vastgestelde benedengrens niet bereikt, de aanbestedende dienst de procedure toch kan voortzetten door de geschikte gegadigde(n) uit te nodigen om over de voorwaarden van die opdracht te onderhandelen.

# EBP-Tenderletter

**Hof van Justitie, 29 oktober 2009,  
Europese Commissie t/ Duitsland,  
zaak C-536/07, Niet-nakoming –  
Overheidsopdrachten voor uitvoering  
van werken – Richtlijn 93/37/  
EEG – Overeenkomst tussen overheidsorgaan en particuliere onderneming  
betreffende verhuur aan dat  
orgaan van door deze onderneming  
te bouwen expositiehallen – Vergoeding  
van particuliere onderneming  
door betaling van maandelijkse huur**

De Europese Commissie verzocht het Hof van Justitie vast te stellen dat Duitsland de verplichtingen niet was nagekomen die op haar rusten krachtens de overheidsopdrachtenrichtlijn, doordat de stad Keulen met Grundstücksgesellschaft Köln Messe (een particuliere investeringsmaatschappij) op 6 augustus 2004 een overeenkomst „betreffende de huur van een stuk grond met vier expositiehallen” heeft gesloten zonder een Europese aanbesteding conform de genoemde bepalingen uit te schrijven.

Op 6 augustus 2004 sloten de stad Keulen en Grundstücksgesellschaft Köln Messe (hierna: Grundstücksgesellschaft) een overeenkomst „betreffende de huur van een stuk grond met vier expositiehallen”, waarbij Grundstücksgesellschaft de stad Keulen gedurende 30 jaar het gebruiksrecht op dat stuk grond en de daarop op te trekken gebouwen verleende tegen een maandelijkse huur van 1,725 miljoen EUR.

Volgens deze overeenkomst moest Grundstücksgesellschaft werken van ten minste gemiddelde kwaliteit uitvoeren en die conform de daarin vervatte specificaties inzake grootte, aard en inrichting ter beschikking stellen van de stad Keulen. De kosten voor deze bouwwerken bedroegen ongeveer 235 miljoen EUR. De vergoeding die de stad Keulen aan Grundstücksgesellschaft volgens de overeenkomst was verschuldigd, te weten de maandelijkse huur gedurende de 30-jarige looptijd van de overeenkomst, bedroeg in totaal ongeveer 600 miljoen EUR.

Volgens de Europese Commissie betrof het hier geen huurovereenkomst maar

een overheidsopdracht voor aanneming van werken die had moeten worden onderworpen aan de Europese bekendmakingsregels.

Het Hof van Justitie is de Europese Commissie in deze gedachtengang gevolgd:

Als territoriaal lichaam is de stad Keulen een aanbestedende dienst in de zin van de overheidsopdrachtenrichtlijn;

Alhoewel de tussen de stad Keulen en Grundstücksgesellschaft gesloten overeenkomst formeel als een „verhuurovereenkomst” wordt gekwalificeerd en inderdaad bestanddelen van een verhuurovereenkomst bevat, moet worden vastgesteld dat op die datum met de uitvoering van de betrokken bouwwerken nog niet eens was begonnen.

Bijgevolg kon het onmiddellijke doel van die overeenkomst niet de verhuur van gebouwen zijn met de oprichting waarvan nog niet was begonnen. Het voornaamste doel van die overeenkomst kon logischerwijs dus enkel de oprichting van die gebouwen zijn, die later op grond van een als „verhuurovereenkomst” gekwalificeerde contractuele verhouding ter beschikking van de stad Keulen moesten worden gesteld.

Vastgesteld zij voorts dat de betrokken werken zijn uitgevoerd overeenkomstig de zeer gedetailleerde specificaties die door de stad Keulen in de hoofdovereenkomst zijn opgegeven. Uit deze overeenkomst en de bijlagen daarbij blijkt dat die specificaties, waarbij een nauwkeurige beschrijving van de op te trekken gebouwen, de kwaliteit en de inrichting daarvan wordt gegeven, veel verder gaan dan de eisen die een huurder gewoonlijk aan een nieuw gebouw van een zekere grootte stelt. Bijgevolg zij geconcludeerd dat het voornaamste doel van de hoofdovereenkomst de bouw van de betrokken expositiehallen conform de door de stad Keulen vastgestelde eisen was.

Conclusie van het Hof: de betrokken overeenkomst moet dus als een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in de zin van de overheidsopdrachtenrichtlijn worden gekwalificeerd.

# EBP-Tenderletter

**Hof van Justitie, 12 november 2009, Europese Commissie t/ Griekenland, zaak C-199/07, Overheidsopdrachten – Aanbestedingsprocedures – Richtlijn 93/38/EEG – Aankondiging van opdracht – Uitvoeren van studie – Criteria voor kwalitatieve selectie en gunningscriteria – Vermenging van selectie- en gunningscriteria**

In de onderhavige zaak zijn de grieven van de Commissie gericht tegen een aantal bepalingen en voorwaarden in een aankondiging van opdracht van ERGA OSE AE (hierna: „ERGA OSE”), een openbaar bedrijf dat in handen is van de Griekse spoorautoriteit. De aankondiging had betrekking op het uitvoeren van een studie betreffende onroerende en elektromechanische projecten in het kader van de bouw van een spoorwegstation.

In de aankondiging van de opdracht werden de volgende gunningscriteria vermeld:

1. Bijzondere en algemene ervaring, met name ontwerpen in het kader van vergelijkbare projecten door adviesbureaus of adviseurs en hun wetenschappelijke medewerkers.
2. De reële mogelijkheid tot het verrichten van een studie volgens de geplande tijdschaal, gelet op de aangegane verplichtingen met betrekking tot andere studies, de wetenschappelijke en uitvoerende medewerkers die de studie in kwestie zullen uitvoeren, en de uitrusting in verband met het voorwerp van de studie,

De Europese Commissie betoogt dat punt 2, met als opschrift „gunningscriteria”, van onderdeel IV van de litigieuze aankondiging van opdracht op ontoelaatbare wijze criteria voor de kwalitatieve selectie van de inschrijvers verwacht met criteria voor de gunning van de opdracht.

In zijn arrest van 12 november 2009 heeft het Hof van Justitie als volgt recht gesproken:

De geschiktheid van de inschrijvers wordt door de aanbestedende diensten onderzocht overeenkomstig de criteria betreffende economische en financiële

draagkracht en technische bekwaamheid (de zogenoemde „criteria voor kwalitatieve selectie”).

De gunning van de opdracht geschiedt daarentegen op basis van de volgende criteria: hetzij de laagste prijs, hetzij de economisch voordeligste aanbieding.

Derhalve zijn uitgesloten als „gunningscriteria” criteria die er niet toe strekken om de economisch voordeligste aanbieding vast te stellen, maar die in wezen verband houden met de beoordeling van de geschiktheid van de inschrijvers om de betrokken opdracht uit te voeren.

In het onderhavige geding hebben de door de aanbestedende dienst in onderdeel IV, punt 2, van de litigieuze aankondiging van opdracht als „gunningscriteria” aangemerkte criteria betrekking op de ervaring en de reële mogelijkheid om de goede uitvoering van de betrokken opdracht te verzekeren. Het betreft hier criteria die verband houden met de geschiktheid van de inschrijvers om deze opdracht uit te voeren en dus geen „gunningscriteria” in de zin van artikel 34, lid 1, van richtlijn 93/38, hetgeen de Griekse autoriteiten overigens niet serieus hebben betwist.

Gelet op het voorgaande moet worden geconcludeerd dat punt 2 van onderdeel IV van de litigieuze aankondiging van opdracht in strijd is met de overheidsopdrachtenrichtlijn.

## 4. Rechtsleer

*DE CASTER, M., Eerste hulp bij overheidsopdrachten van lokale besturen, Vanden Broele, Brugge, 2009, 118 p.*

*DE KONINCK, C., FLAMEY, P., European Public Procurement Law. Part II – Remedies. The European Public Procurement Remedies Directives and 15 years of jurisprudence by the Court of Justice of the European Communities, Kluwer Law International, Austin-New York, 2009, 587p.*

*DE KONINCK, C., RONSE, T., Droit européen des marchés publics. Les directives communautaires et 25 années de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Recueil de textes et analyse, Kluwer, Waterloo, 2009, 741 p.*

*DE KONINCK, C., PELZER, W., RONSE, T., Europäisches Vergaberecht. 25 Jahre Rechtsprechung durch den Europäischen Gerichtshof. Texte und Analyse, Wien, Linde Verlag, 2009, 780p.*

*DE KONINCK, C., THIEL, P., Marchés publics 2009, Larcier, Brussel, 2009, 622 p.*

*DE ROY, D., « Justification et motivation des dérogations au cahier général des charges », JLMB 2009, aflevering/fascicule 32, 1502-1510 en/et <http://jlm.bi.larcier.be> (23 oktober 2009)*

*DE VALKENEER, C., « Marchés publics et droit pénal. Quelques réflexions de droit positif et de politique criminelle », in/dans : X., Liber amicorum Henri-D. Bosly. Loyauté, justice et vérité, La Chartre, Brussel, 2009, pp. 141-151*

*MONJAL, P., « Les collectivités territoriales et le droit communautaire: un droit à risque? Remarques sur l'instabilité du droit français des contrats publics d'affaires à travers l'exemple des conventions de maîtrise d'ouvrage déléguée (loi MOP de 1985) », Rev.trim.dr.eur. (FR) 2009, aflevering/fascicule 2, 287-314*

*THIBAUT, E., « Actualités de la jurisprudence de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat relative aux marchés publics », APT 2009, aflevering/fascicule 1, 23-70*

*THIEL, P., DUBOIS, C., « La passation et l'exécution de marchés publics de services d'assurances: mise en perspective au vu des caractéristiques du droit public », For.ass. 2009, aflevering/fascicule 96, 141-145*

*VAN DAMME, N., BERTRAND, V., MOISES, F., « Instruments de revalorisation urbaine, marchés publics et P.P.P », in/dans : X., Actualités du droit de l'aménagement du territoire et de l'environnement. Plans et permis, Louvain-la-Neuve, 2009, pp. 125-179.*

*X., "Belangenconflict bij overheidsopdrachten", NJW 2009, afl. 208, 672*

### DISCLAIMER

Hoewel bij de realisatie van deze nieuwsbrief een zo groot mogelijke nauwkeurigheid en correctheid werd nagestreefd, kan voor de aanwezigheid van eventuele (druk)fouten, onvolkomen- en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaardt EBP hiervoor geen aansprakelijkheid. De gebruiker van deze nieuwsbrief erkent en aanvaardt, door de loutere aanwending van de inhoud ervan, voormelde afwijzing van aansprakelijkheid.

### EBP

#### Ondersteuning bij overheidsopdrachten

Burg. E. Demunterlaan, 3

1090 Brussel

T: 02/420.68.60

F: 02/425.85.58

[www.ebp.be](http://www.ebp.be) - [info@ebp.be](mailto:info@ebp.be)