

Periodieke informatie van de site <http://www.marchespublics.be>

Inhoud :

1. PPS – In house overeenkomst – Gemeende onderneming – Lopende privatisering – Toepassing regelgeving inzake overheidsopdrachten
2. PPS – Betaalbare openbare parking – Concessie van openbare diensten – Niet toepasbaarheid van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten – Naleving van de beginselen van gelijkheid en transparantie
3. PPS – Overeenkomst tussen een aanbestedende overheid en een vennootschap waarin zij een deelneming heeft – Notie van toezicht zoals op haar eigen diensten
4. PPS – Concessie voor het beheer van de openbare dienst van gasdistributie – Verplichting van transparantie – Objectief criterium om een niet mededinging te rechtvaardigen
5. PPS – Inrichting van een gemengde onderneming - overheidsopdrachten

Terhulpesteenweg 178 B - 1170 Brussel

Tel : 32(02)743.69.00 Fax : 32(02)743.69.01 <mailto:patrick.thiel@cms-db.com> – <http://www.cms-db.com>

**1. PPS – IN HOUSE OVEREENKOMST – GEMENGDE ONDERNEMING – LOPENDE PRIVATISERING - TOEPASSING VAN DE REGELS INZAKE OVERHEIDSOPDRACHTEN**

Een oproep tot inschrijving is niet verplicht in het kader van de gunning van een overheidsopdracht voor aanneming van diensten betreffende het inzamelen en het verwerken van afvalstoffen zelfs indien de medecontractant een entiteit is die juridisch van de aanbestedende dienst onderscheiden is, wanneer de aanbestedende dienst, op de aannemer van de diensten – de betrokken entiteit – toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten en dit lichaam tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het overheidsorgaan of de overheidsorganen die haar beheersen

Indien de « in house » gunning procedure tegelijkertijd wordt gevoerd met het zoeken naar privaat kapitaal voor deze gemengde onderneming en indien de overeenkomst voor het aannemen van diensten maar na het inkomen van het privaat kapitaal in de gemene onderneming, dan valt de overeenkomst niettemin onder de toepassing van de regelgeving inzake overheidsopdrachten.

De doelstelling van deze regelgeving, zijnde het vrij verrichten van diensten en een opening tot een vrije en onvervalste mededinging in alle lidstaten, zou in het gedrang worden gebracht indien het voor de aanbestedende overheden mogelijk zou zijn om handelingen te gebruiken die de gunning van opdrachten aan gemene ondernemingen verhullen. Zelfs indien om redenen van rechtszekerheid de eventuele verplichting van de aanbestedende dienst om een openbare aanbesteding te organiseren in het algemeen moet worden beoordeeld op basis van de op het moment van de gunning van de betrokken overheidsopdracht heersende omstandigheden, vereisen de bijzondere omstandigheden van onderhavige zaak dat rekening wordt gehouden met gebeurtenissen die zich daarna hebben voorgedaan (Hof van Justitie, zaak nr. C-29/04 du 10 november 2005).

**2. PPS – BETAALDE OPENBARE PARKING – CONCESSIE VAN DIENSTEN – NIET TOEPASBAARHEID VAN DE RICHTLIJNEN INZAKE OVERHEIDSOPDRACHTEN – NALEVING VAN DE BEGINSLEN VAN GELIJKHEID EN TRANSPARANTIE**

De gunning van het beheer van een betaalde openbare parkeerplaats aan een dienstverlener, die hiervoor wordt vergoed door middel van door de gebruikers van deze parkeerplaats betaalde gelden is een concessie voor openbare diensten waarop de richtlijn 92/50 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening niet van toepassing is.

De artikelen 43 EG en 49 EG, alsmede de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie verzetten zich tegen de gunning, zonder oproep tot mededinging, van een concessie voor openbare diensten door een overheidsinstantie aan een uit de omzetting van een speciale onderneming van deze overheidsinstantie ontstane aandelenvennootschap, waarvan het maatschappelijk doel tot belangrijke nieuwe gebieden is verruimd, het kapitaal op korte termijn verplicht moet worden opengesteld voor ander kapitaal, het territoriale werkterrein is uitgebreid tot geheel het land en het buitenland en de raad van bestuur bijzonder ruime beheersbevoegdheden heeft die hij zelfstandig kan uitoefenen (Hof van Justitie, zaak C-458/03 van 13 oktober 2005).

**3. PPS – OVEREENKOMST TUSSEN EEN AANBESTEDENDE OVERHEID EN EEN VENNOOTSCHAP WAARIN ZIJ EEN DEELNEMING HEEFT - NOTIE VAN TOEZICHT ZOALS OP HAAR EIGEN DIENSTEN**

De procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten zijn van toepassing wanneer een aanbestedende overheid een overeenkomst ten bezwarende titel wenst te sluiten betreffende diensten die onder de toepassing van de reglementering inzake overheidsopdrachten vallen met een entiteit die juridisch van haar te onderscheiden valt en waarvan de overheid samen met één of meerdere privaatrechtelijke vennootschappen deelneemt in het kapitaal.

De afzonderlijke entiteit moet volgens de privaatrechtelijke regels functioneren.

Er is niettemin geen sprake van een overheidsopdracht indien de overheid, die een aanbestedende overheid is:

- op het betrokken onderscheiden entiteit toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten en
- dit lichaam tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het overheidsorgaan of de overheidsorganen die hem beheersen.

Deze twee criteria zijn cumulatief.

De deelneming, ook al is het slechts voor minder dan de helft, van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap waarin ook de betrokken aanbestedende dienst deelneemt, sluit hoe dan ook uit dat die aanbestedende dienst op die vennootschap toezicht kan uitoefenen zoals op zijn eigen diensten.

De plaatsing van privé-kapitaal in een onderneming beantwoordt aan bijzondere overwegingen verband houdend met particuliere belangen. Dit privé-kapitaal streeft andere doelstellingen na dan overwegingen die specifiek zijn aan het nastreven van doelstellingen van openbaar belang.

De gunning van een overheidsopdracht aan een gemengde onderneming zonder oproep tot inschrijving zou ingaan tegen de doelstelling van een vrije en onvervalste mededinging en tegen het in de overheidsopdrachten richtlijnen bedoelde beginsel van gelijke behandeling van de belanghebbenden, met name omdat een dergelijke procedure een particuliere onderneming die deelneemt in het kapitaal van die onderneming zou bevoordelen tegenover haar concurrenten (Hof van justitie, Stad Halle, zaak C-26/03 van 11 januari 2005).

De toewijzing van een concessie voor het beheer van de openbare dienst van gasdistributie valt niet onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten. Bij gebrek aan een dergelijke regeling moeten de gevolgen van het gemeenschapsrecht voor de toewijzing van dergelijke concessies worden onderzocht in het licht van het primaire recht en, inzonderheid, van de door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden.

**4. PPS – CONCESSIE VOOR HET  
BEHEER VAN DE OPENBARE DIENST  
VAN GASDISTRIBUTIE – VERPLICHTING  
VAN TRANSPARANTIE – OBJECTIEF  
CRITERIUM OM EEN NIET MEDEDINGING  
TE RECHTVAARDIGEN**

Aangezien ook een onderneming in een andere lidstaat in deze concessie geïnteresseerd kan zijn, levert de toewijzing, zonder enige transparantie, van deze concessie een ongelijke behandeling in het nadeel van de onderneming in de andere lidstaat op aangezien deze onderneming immers geen reële mogelijkheid heeft om haar interesse voor deze concessie te tonen.

Behoudens objectieve rechtvaardiging vormt een dergelijke ongelijke behandeling een verboden indirecte discriminatie op grond van nationaliteit

Wat het hoofdgeding betreft, kan niet redelijkerwijs worden aangenomen dat, wegens bijzondere omstandigheden zoals de zeer geringe economische betekenis van de betrokken concessie, een onderneming in een andere lidstaat niet geïnteresseerd zou zijn in deze concessie.

In deze omstandigheden moet de verwijzende rechter nagaan of bij de toewijzing van de concessie is voldaan aan de eisen van transparantie, die, zonder een verplichting tot het volgen van een aanbestedingsprocedure in te houden, een onderneming in een andere lidstaat met name in staat moeten stellen, toegang te krijgen tot alle relevante informatie betreffende deze concessie vóór de toewijzing ervan, zodat deze onderneming, indien zij dat zou hebben gewild, haar interesse voor deze concessie had kunnen tonen.

De omstandigheid alleen dat de aanbestedende overheid een deelneming van 0,97 % in het kapitaal van de derde onderneming bezit levert geen objectieve rechtvaardigingsgrond op om een verschil van behandeling te rechtvaardigen (Hof van justitie, zaak C-231/03 van 21 jullie 2005)

De verrichting waardoor een aanbestedende overheid een overeenkomst onder bezwarende titel sluit betreffende werken, leveringen of diensten die onder de toepassing van de reglementering inzake overheidsopdrachten vallen, is een overheidsopdracht. De omstandigheid dat de verrichting wordt uitgevoerd door de oprichting van een gemeente onderneming en niet door het eenvoudig sluiten van een overeenkomst heeft geen invloed op het feit dat het een overeenkomst ten bezwarende titel is die onder de toepassing van de regelgeving inzake overheidsopdrachten valt (R.v.St., nr 145.163 van 30 mei 2005).

**5. PPS – INRICHTING VAN EEN  
GEMENDE ONDERNEMING -  
OVERHEIDSOPDRACHTEN**