

2015•2016  
FACULTEIT RECHTEN  
*master in de rechten*

Masterproef  
De rol van het gelijkheidsbeginsel bij overheidsopdrachten en PPS-projecten

Promotor :  
Prof. dr. Alexander DE BECKER

Fabian Swennen  
*Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten*

De transnationale Universiteit Limburg is een uniek samenwerkingsverband van twee universiteiten in twee landen: de Universiteit Hasselt en Maastricht University.



Universiteit Hasselt | Campus Hasselt | Martelarenlaan 42 | BE-3500 Hasselt  
Universiteit Hasselt | Campus Diepenbeek | Agoralaan Gebouw D | BE-3590 Diepenbeek



2015•2016  
FACULTEIT RECHTEN  
*master in de rechten*

## Masterproef

De rol van het gelijkheidsbeginsel bij  
overheidsopdrachten en PPS-projecten

Promotor :  
Prof. dr. Alexander DE BECKER

Fabian Swennen

*Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten*



## **Samenvatting**

Gelijke gevallen dienen gelijk behandeld te worden, ongelijke gevallen dienen ongelijk behandeld te worden. Dit is de Aristotelische gelijkheidsformule, die tot op heden nog steeds aanschouwd kan worden als een fundamenteel uitgangspunt van het gelijkheidsbeginsel. In deze masterscriptie wordt de rol van het gelijkheidsbeginsel onderzocht in het overheidsopdrachtencontentieux en bij publiek-private samenwerking. De belangrijkste karakteristieken van overheidsopdrachten en PPS-projecten worden beschreven en de verschilpunten worden bondig aangekaart. Dit bleek een noodzakelijke stap in mijn rechtswetenschappelijk onderzoek, aangezien het gelijkheidsbeginsel niet op een geheel identieke manier wordt gewaarborgd bij deze overeenkomsten. Dit verschil komt vooral tot uiting bij de fases die de voorbereiding vormen voor de werkelijke procedures tot het toewijzen van opdrachten aan ondernemers. Uit de meest recente overheidsopdrachtenrichtlijn 2014/24/EU en het wetsontwerp van de nieuwe basiswet voor overheidsopdrachten leid ik duidelijk af dat er in de toekomst nog meer belang gehecht zal worden aan de inachtnaam van het gelijkheidsbeginsel.

Uit mijn analyse van rechtspraak van de Raad van State is gebleken dat het gelijkheidsbeginsel helaas niet altijd gerespecteerd wordt door de aanbestedende overheid tijdens het doorlopen van de gunningsprocedures. Een miskennis van het gelijkheidsbeginsel komt het meest voor bij overheidsopdrachten die gegund worden via de onderhandelingsprocedure met of zonder bekendmaking en in mindere mate bij de aanbesteding en de offerteaanvraag. Ongelijktijdige en selectieve informatieverstrekking aan inschrijvers constitueert een schending van het gelijkheidsbeginsel, indien dit inschrijvers bevoordeelt ten nadele van anderen. Dit doet zich onder meer voor wanneer een inschrijver op basis van bijkomende inlichtingen haar offerte gericht kan afstemmen op de wensen van de overheid en andere inschrijvers deze kans niet hebben gekregen. Selectieve informatieverlening impliceert echter niet altijd een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel. Een niet met het bestek conforme offerte van een inschrijver verkiezen ten koste van een offerte die geheel conform is met de bestekbepalingen, wordt aanzien als een schromelijke overtreding van het gelijkheidsbeginsel. Dit zijn enkele voorbeelden die illustreren dat de aanbestedende overheid niet altijd de betrokken inschrijvers gelijke kansen biedt. De rechtspraakanalyse toont tevens de nauwe verwevenheid van het gelijkheidsbeginsel met het mededingingsbeginsel en het transparantiebeginsel aan.

Uit de grondige studie van drie dossiers over PPS-projecten, die gerealiseerd werden aan de hand van de overheidsopdrachtenreglementering, is gebleken dat de overheid koste nog moeite bespaart om de gelijke behandeling van inschrijvers te waarborgen. Zo werd reeds voor de start van de procedure duidelijkheid geschept over de weging van de gunningscriteria. De weging werkt uitgedrukt binnen een vork. De beoordelingsmethodes worden duidelijk gecommuniceerd voor de aanvang van de gunningsprocedures. Bij de hantering van de onderhandelingsprocedure en de concurrentiedialoog wordt door de overheid fel ingezet op gelijktijdige informatieverlening en gelijkwaardige betrekking van alle inschrijvers in de dialogen en onderhandelingen.



## **Dankwoord**

Deze masterscriptie is het resultaat van een intens rechtswetenschappelijk onderzoek. Het is het eindproduct van een maandenlang denkproces. Het veelvuldig consulteren, onderzoeken en verwerken van bronnen was een werk van lange adem. Desalniettemin vond ik het schrijven van dit werkstuk een uitermate leerrijke en boeiende ervaring. Het onderzoek waaronder de rechtspraakanalyse en het ontleden van aanbestedingsdossiers was zeer verrijkend. Het is opmerkelijk hoezeer deze masterscriptie mijn onderzoekvaardigheden heeft aangescherpt en verbeterd. Ik ben ervan overtuigd dat dit werkstuk een degelijk sluitstuk vormt voor mijn masteropleiding aan deze universiteit.

Ik wens graag mijn promotor, professor dr. Alexander De Becker uitvoerig te bedanken voor zijn deskundig advies en de tips die hij me heeft aangereikt. Voorts wens ik mijn dank te betuigen aan mevrouw Elke Van de Walle en mevrouw Eline Michels van de Participatiemaatschappij Vlaanderen voor het ter beschikking stellen van aanbestedingsdossiers, die onontbeerlijk waren voor mijn onderzoek. Daarnaast gaat mijn dankbaarheid eveneens uit naar mijn ouders, vrienden en vriendinnen. Hun onvoorwaardelijke steun en de occasionele peptalk hebben een niet te onderschatten bijdrage geleverd aan de totstandkoming van deze masterscriptie. Ik hoop dat deze masterscriptie door de lezer als boeiend en intrigerend wordt ervaren.



## **Inhoudsopgave**

Samenvatting .....	I
Dankwoord .....	III
Inhoudsopgave .....	V
Inleiding.....	1
Hoofdstuk 1. Het gelijkheidsbeginsel.....	3
1.1 Typering als grondwettelijk beginsel .....	3
1.2 Toepassing van het gelijkheidsbeginsel op overheidsopdrachten en PPS-projecten .....	6
Hoofdstuk 2. Overheidsopdrachten .....	11
2.1 Definiëring van het begrip en omschrijving van belangrijke karakteristieken.....	11
2.2 Soorten overheidsopdrachten .....	13
2.3 Invloed van Europese regelgeving op het Belgische overheidsopdrachtenrecht.....	14
2.4 De procedures tot plaatsing van een overheidsopdracht.....	19
Afdeling 1. Marktverkenning en bekendmaking van de opdracht .....	19
Afdeling 2. Onderscheid selectie- en gunningscriteria .....	20
Afdeling 3. Uitsluitingsgronden in het kader van het toegangsrecht en de kwalitatieve selectie .....	22
Afdeling 4. Gunningswijzen .....	23
§1. Aanbesteding en offerteaanvraag.....	23
§2. Onderhandelingsprocedure .....	24
§3. Concurrentiedialoog .....	25
§4 Innovatiepartnerschap.....	26
§5. Specifieke of aanvullende opdrachten en procedures.....	26
§6. Concessie voor openbare werken .....	27
Hoofdstuk 3. De rol van het gelijkheidsbeginsel in het overheidsopdrachtenrecht .....	29
3.1 Analyse van de rechtspraak.....	29
3.2 Onderzoeksresultaten en persoonlijke bevindingen van de rechtspraakanalyse .....	44
Hoofdstuk 4. Publiek-private Samenwerking .....	49
4.1 Definiëring van het begrip en opsomming kenmerken .....	49
4.2 Vlaamse regelgeving: PPS-decreet .....	54
4.3 Regeling op Europees niveau: Groenboek over publiek-private samenwerking .....	56
4.4 Onderscheid tussen een PPS-project en een klassieke overheidsopdracht.....	58



4.5 Marktverkenning en -raadpleging als voorbereidende fase.....	59
4.6 Fases van de totstandkoming van een PPS-project .....	61
Hoofdstuk 5. De rol van het gelijkheidsbeginsel bij PPS-projecten .....	63
Conclusie .....	69
Bibliografie .....	73

## **Inleiding**

Deze masterscriptie behelst de rol van het gelijkheidsbeginsel bij overheidsopdrachten en PPS-projecten. Het onderzoeken of de overheid (overheidsbedrijven inclusief) de private contractpartners al dan niet gelijk behandelt tijdens de gunningsprocedures van overheidsopdrachten en de fases van de totstandkoming van PPS-projecten vormt dusdanig het speerpunt en de kern van dit werkstuk. Het is dan ook deze problematiek die ik wens aan te kaarten. De onderzoeksvraag van deze masterscriptie luidt als volgt: "Wat is de rol van het gelijkheidsbeginsel in de gunningsprocedures bij overheidsopdrachten en de fases bij de totstandkoming van een PPS-project?" Een eerste logische stap betreft het bondig omschrijven van het gelijkheidsbeginsel in het kader van het toepassingsgebied binnen het bestuursrecht. Het is immers van belang om het gelijkheidsbeginsel vanuit een andere invalshoek te bekijken en dit dus niet louter beschouwen als een beginsel van behoorlijk bestuur. In het kader van deze masterscriptie zal het gelijkheidsbeginsel hier vooral benaderd worden als grondwettelijk beginsel en niet zozeer als een van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Het volgende onderdeel bestrijkt een beschrijvende en rechtshistorische behandeling van overheidsopdrachten. In deze passage zal ik bondig de recente wetswijzigingen aanhalen en de impact hiervan op de regelgeving, met aandacht voor de impulsen van Europese richtlijnen ter zake. Specifieke kenmerken en modaliteiten zullen eveneens toegelicht worden. De hoofdstukken gerelateerd aan het leerstuk overheidsopdrachten zullen zich beperken tot de klassieke sectoren (werken, leveringen en diensten) van deze opdrachten en niet de sectoren van defensie, watervoorzieningen en consoorten omvatten. De ratio legis van dit onderdeel betreft de weergave van de huidige stand van zaken van de regelgeving aangaande overheidsopdrachten. Hoewel dit geen zwaartepunt betreft in mijn scriptie zal ik er desalniettemin de nodige aandacht aan besteden. In de volgende passage worden de gunningsprocedures van overheidsopdrachten bondig omschreven. In het daaropvolgende hoofdstuk analyseer ik de rechtspraak van de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak. Deze analyse zou me in staat dienen te stellen een controle uit te voeren omtrent de respectering van het gelijkheidsbeginsel door de (aanbestedende) overheid bij overheidsopdrachten.

In het volgende hoofdstuk zal ik mij toespitsen op Publiek-Private Samenwerking. De definiëring, de kenmerken en modaliteiten van Publiek-Private Samenwerking zullen behandeld worden. Enkel het Europees Groenboek en het Vlaamse rechtskader en bijgevolg de Vlaamse regelgeving zullen in dit rechtswetenschappelijk onderzoek aan bod komen. Voorts zal ik de rol van het Kenniscentrum voor PPS bondig schetsen. Vervolgens zal ik de toepassing van het gelijkheidsbeginsel op projecten, die tot stand zijn gekomen door Publiek-Private Samenwerking aan de hand van aanbestedingsdossiers beoordelen. Deze werden mij ter beschikking gesteld door de Participatiemaatschappij Vlaanderen. Tijdens het bestuderen van de aanbestedingsdossiers zal ik ook trachten te achterhalen welke waarborgen aangaande de inachtnaam van het principe van de gelijke behandeling worden voorzien voor potentiële private partijen.

De focus ligt op de wijze waarop de aanbestedende overheid de nodige waarborgen biedt voor de gelijke behandeling van alle kandidaat-inschrijvers. Voorts wens ik te peilen naar de vergelijkbaarheid tussen PPS-projecten en overheidsopdrachten door duidelijk de verschilpunten te accentueren in de structuren van beide contractvormen. Er bestaan wel degelijk maatregelen/procedures bij beide vormen van overheidsovereenkomsten, die een gelijke behandeling van alle kandidaten dienen te garanderen. In die zin is het interessant om de wenselijkheid te bestuderen van bijkomende maatregelen die de respectering van het gelijkheidsbeginsel versterken. Zou de toepassing van deze maatregel bovenop de reeds bestaande procedures, een positieve impact hebben op het respecteren van het gelijkheidsbeginsel tijdens de totstandkoming van een PPS-project of een overheidsopdracht? De conclusies die ik zal trekken uit de geanalyseerde rechtspraak van de Raad van State en de aanbestedingsdossiers van een aantal PPS-projecten zullen vermoedelijk duidelijk maken in welke mate nood is aan bijkomende maatregelen in het juridisch kader van overheidsopdrachten. Misschien is er zelfs geen nood aan effectieve wetgevende maatregelen, maar dienen de bestaande procedures die de gelijkheid dienen te garanderen, gewoon beter opgevolgd te worden en betreft het hier louter een toepassingsprobleem van de bestaande maatregelen.

In de laatste passage van de scriptie wordt een algemene conclusie weergegeven van alle resultaten en bevindingen uit het rechtswetenschappelijk werk. Voorts zal hier een antwoord worden geboden op de centrale onderzoeksvraag.

## **Hoofdstuk 1. Het gelijkheidsbeginsel**

### **1.1 Typering als grondwettelijk beginsel**

Alvorens over te gaan tot de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in de gunningsprocedures van overheidsopdrachten en de marktconsultatiefase bij PPS-projecten is het aangewezen om bondig het gelijkheidsbeginsel te karakteriseren. In deze masterscriptie wordt het gelijkheidsbeginsel besproken en gehanteerd als een grondwettelijk beginsel. Het gelijkheidsbeginsel wordt eveneens steevast vermeld als een van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Voornamelijk het grondwettelijk aspect zal aan bod komen in dit werkstuk. Ik zal tevens een tipje van de sluier oplichten omtrent de toepassing van het gelijkheidsbeginsel bij overheidsopdrachten en Publiek-Private Samenwerking. In deze masterscriptie wordt onderzocht in welke mate de aanbestedende overheid de verscheidene kandidaten en inschrijvers gelijk behandelt.

Het gelijkheidsbeginsel en het hiermee gepaard gaande verbod op discriminatie is een van de basisprincipes van het Belgisch rechtstelsel.<sup>1</sup> Het beginsel ontleent zijn constitutioneel karakter aan diens verankering in artikel 10 en 11 van de Grondwet (voorts: Gw.). Artikel 172 Gw. is een bijzondere toepassing van artikel 10 Gw. en garandeert de werking van het gelijkheidsbeginsel in fiscale aangelegenheden. Artikel 10 Gw. behelst het algemeen beginsel van gelijkheid terwijl artikel 11 Gw. het discriminatieverbod bevat. Het verbod op discriminatie houdt in wezen hetzelfde in als het gelijkheidsbeginsel.<sup>2</sup> Het toenmalige Arbitragehof (huidig Grondwettelijk Hof) bevestigde dit door te stipuleren dat het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod de uitdrukking zijn van eenzelfde beginsel en als dusdanig onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn.<sup>3</sup> Het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod is tevens opgenomen in internationale verdragen. In artikel 14 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en artikel 26 van het internationaal verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten is het gelijkheidsbeginsel en het verbod op discriminatie neergelegd. Artikel 2 van het Verdrag betreffende de Europese Unie stipuleert uitdrukkelijk dat gelijkheid en non-discriminatie een van de kernwaarden is waarop de Europese Unie berust. Door de incorporatie van het gelijkheidsbeginsel in grondwettelijke en verdragsrechtelijke bepalingen, is het niet mogelijk voor de wetgever hiervan af te wijken.<sup>4</sup> Uit het gelijkheidsbeginsel vloeit voort dat de 'wet' iedereen gelijk moet behandelen. Feitelijke ongelijkheden dienen niet verplicht te worden weggewerkt door de wetgever. Artikel 10 Gw. houdt geen verplichting in voor de overheid om een bepaalde wetgeving aan te nemen, maar wel dat ze de aangenomen wetgeving ten aanzien van iedereen op een gelijke manier doet gelden.<sup>5</sup> "Het grondwetsartikel stipuleert het volgende: "Alle Belgen zijn gelijk voor de wet." Deze algemene bepaling toont aan dat het gelijkheidsbeginsel in de Belgische rechtsorde niet aan bepaalde rechten verbonden is.

---

<sup>1</sup> J. DE HERDT, "Queeste naar 'algemene beginselen van behoorlijk selecteren door het bestuur'. Vergelijkende studie van de algemene beginselen inzake selectie van het overheidspersoneel enerzijds en van aannemers, leveranciers en dienstverleners van overheidsopdrachten anderzijds", CDPK, 2008, afl. 41.

<sup>2</sup> J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMARKER, *Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 348.

<sup>3</sup> Arbitragehof 8 juli 1997, nr. 37/1997.

<sup>4</sup> J. THEUNIS, "Het gelijkheidsbeginsel" in I. OPDEBEECK en M. VAN DAMME, (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 201.

<sup>5</sup> J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMARKER, *Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2015, 348.

Het gelijkheidsbeginsel ondervindt geen beperkingen aangaande diens toepassingsgebied en strekt zich dus verder uit dan het louter genot van de rechten en vrijheden.<sup>6</sup> Bovendien dient de notie 'wet' in deze bepaling beschouwd te worden als een wet in materiële zin. Een logisch gevolg hieruit betreft dat er niet alleen gelijkheid is voor de wet, maar tevens voor het decreet, het Koninklijk Besluit, de verordening en dergelijke meer.<sup>7</sup> Het adagium *patere legem quam ipse fecisti* lijkt dan ook hier zonder meer aan de orde. Het adagium kan gezien worden als een toepassing van het gelijkheidsbeginsel. Het is immers vanzelfsprekend dat de administratieve overheden bij het nemen van individuele beslissingen en maatregelen gebonden zijn door de door hen eerder uitgevaardigde regelgeving.<sup>8</sup> <sup>9</sup> Het gelijkheidsbeginsel vereist steeds een comparatief element. Zo is het beginsel geschonden wanneer er voor een verschil in behandeling tussen twee of meer personen, situaties of gevallen geen objectieve en redelijke verantwoording voorhanden is.<sup>10</sup>

Gelijke gevallen dienen immers gelijk behandeld te worden en ongelijke gevallen ongelijk. Deze formule, ook wel bekend als de Aristotelische gelijkheidsformule, was de oorspronkelijke methode om het gelijkheidsbeginsel te interpreteren.<sup>11</sup> <sup>12</sup> Deze interpretatie was echter onderhevig aan een evolutie: het gelijkheidsbeginsel wordt door het Grondwettelijk Hof op een andere wijze ingevuld. De huidige opvatting van het Grondwettelijk Hof luidt als volgt: "De grondwettelijke regels van de gelijkheid en niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen bepaalde categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is."<sup>13</sup> Het Hof stelde voorts dat: "het bestaan van een dergelijke verantwoording wordt beoordeeld 'rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen.'<sup>14</sup> <sup>15</sup> Het Hof gaf bovendien uitsluitel wanneer er sprake is van een schending van het beginsel. Volgens het Hof is het gelijkheidsbeginsel geschonden wanneer "vaststaat dat er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel".<sup>16</sup> De partij die een mogelijke schending van het gelijkheidsbeginsel wenst aan te kaarten, dient hiervoor voldoende en concrete elementen aan te brengen.<sup>17</sup> Het is aan de verzoekende partij om voldoende bewijzen aan te voeren die wijzen op een schending van het beginsel. De verzoekende partij dient aannemelijk te maken dat zij ongelijk behandeld wordt ten aanzien van andere personen, die in een gelijke of minstens gelijkaardige situatie verkeren.<sup>18</sup> Het is duidelijk dat hier sprake is van een toepassing van het adagium *actori incumbit probatio*.

---

<sup>6</sup> J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAKER, *Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 349.

<sup>7</sup> J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAKER, *Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 349.

<sup>8</sup> A. VAN MENSEL, *Het Beginsel van Behoorlijk Bestuur*, Gent, Mys & Breesch uitgevers, 1997, 139.

<sup>9</sup> J. THEUNIS, "Het gelijkheidsbeginsel" in I. OPDEBEECK en M. VAN DAMME, (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 205.

<sup>10</sup> S. SOTTIAUX, "Het gelijkheidsbeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen", *RW* 27 december 2008, 691.

<sup>11</sup> S. SOTTIAUX, "Het gelijkheidsbeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen", *RW* 27 december 2008, 690.

<sup>12</sup> J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAKER, *Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 350.

<sup>13</sup> Arbitragehof 8 juli 1997, nr. 37/1997.

<sup>14</sup> Arbitragehof 8 juli 1997, nr. 37/1997.

<sup>15</sup> Arbitragehof 13 januari 1994, nr. 1/1994.

<sup>16</sup> Arbitragehof 13 januari 1994, nr. 1/1994.

<sup>17</sup> R. TIJS, *Algemeen bestuursrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 249.

<sup>18</sup> R. TIJS, *Algemeen bestuursrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 249.

Bij de beoordeling van een norm, waarvan wordt vermoed dat deze strijdig is met artikelen 10 en 11 Gw. dient eerst te worden nagegaan of 'de categorieën van personen ten aanzien van wie een ongelijkheid wordt aangevoerd vergeleken kunnen worden'.<sup>19</sup>

Het gelijkheidsbeginsel heeft betrekking op rechtsgelijkheid en niet op feitelijke gelijkheid. Dit impliceert dat ongelijke, feitelijke toestanden mogelijks op ongelijke wijze worden behandeld.<sup>20</sup>

Het gelijkheidsbeginsel is gerespecteerd wanneer gelijke feitelijke situaties door de wet op dezelfde wijze worden behandeld. Dit wordt gelabeld als het objectiviteitscriterium. Aan het beginsel is eveneens tegemoetgekomen wanneer voldaan is aan het pertinentiecriterium. Dit criterium beklemtoont dat het objectieve onderscheid tussen verschillende situaties redelijkerwijze in verband dient te staan met het beoogde doel. Hiermee wordt aangetoond dat het mogelijk is dat ongelijke situaties mogelijks ongelijk worden behandeld.<sup>21</sup> Om te vermijden dat het beginsel niet overschreden wordt, is het aangewezen dat men enkel een ongelijke behandeling noodzakelijkerwijze invoert ten einde een geoorloofd doel na te streven. Dit is bekend als het teleologisch criterium. Voorts is er geen sprake van een schending van het beginsel van gelijkheid wanneer het gemaakte onderscheid in verhouding staat met het beoogde doel. Dit criterium wordt het evenredigheidscriterium genoemd.<sup>22</sup>

Bovenstaande criteria worden beschouwd als toetsingstenen om de verenigbaarheid van een norm met het gelijkheidsbeginsel gefaseerd te onderzoeken. Het onderzoek verloopt in vijf fases: de vergelijkbaarheidstoets, de toetsing aan het teleologisch criterium, aan het objectiviteitscriterium, aan het pertinentiecriterium en aan het evenredigheidscriterium.<sup>23</sup> Bij de fase van de vergelijkbaarheidstoets wordt er onderzocht of er sprake is van een verschil in behandeling tussen vergelijkbare categorieën van personen. Het verschil in behandeling mag geen gevolg zijn van een feitelijke situatie, maar dient te wijten te zijn aan een betwiste norm over handeling uitgevoerd door de overheid. Wanneer de oorsprong van het verschil in behandeling terug te traceren is in de Grondwet, kan men de schending van het gelijkheidsbeginsel niet aanvechten.<sup>24</sup> Hetgeen eveneens niet strijdig is met het gelijkheidsbeginsel betreft het verschillend regelen van twee verschillende (niet-vergelijkbare) categorieën. Bij de tweede fase onderzoekt men of het verschil in behandeling noodzakelijk is ter verwezenlijking van een geoorloofd doel. Het doel dient legitiem te zijn, betrekking te hebben op een of meer aspecten van het algemeen belang en het dient niet strijdig te zijn met andere fundamentele (inter)nationale rechten en vrijheden.<sup>25</sup> In de derde fase wordt er onderzoek verricht naar de objectiviteit van het onderscheid en of deze al dan niet berust op een zakelijke vaststelling, waarbij geen enkele vorm van persoonlijke appreciatie valt te bespeuren.<sup>26</sup>

---

<sup>19</sup> Arbitragehof 7 maart 1991, nr. 3/1991.

<sup>20</sup> A. VAN MENSEL, *Het Beginsel van Behoorlijk Bestuur*, Gent, Mys & Breesch uitgevers, 1997, 130.

<sup>21</sup> A. VAN MENSEL, *Het Beginsel van Behoorlijk Bestuur*, Gent, Mys & Breesch uitgevers, 1997, 130.

<sup>22</sup> A. VAN MENSEL, *Het Beginsel van Behoorlijk Bestuur*, Gent, Mys & Breesch uitgevers, 1997, 130.

<sup>23</sup> J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAKER, *Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 351.

<sup>24</sup> J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAKER, *Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 352.

<sup>25</sup> J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAKER, *Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 358.

<sup>26</sup> J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAKER, *Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 359.

Bij de fase van toetsen van het verschil in behandeling aan het pertinentiecriteria wordt gecontroleerd of er een redelijke verantwoording is voor dit onderscheid. Het onderscheid dient iets bij te brengen tot de realisatie van het geoorloofd doel.<sup>27</sup> Het gemaakte onderscheid dient adequaat en relevant te zijn ten aanzien van het doel. Concreet komt het erop neer dat het onderscheid in verband staat met het beoogde doel. Het laatste criterium betreft het evenredigheidscriterium of het criterium van de proportionaliteit. In deze laatste fase onderzoekt men of het gemaakte onderscheid in een evenredige verhouding staat tot het beoogde doel.<sup>28 29</sup> De beperkingen op de gelijke behandeling van personen in soortgelijke omstandigheden, mogen niet verder gaan dan noodzakelijk om het beoogde doel te verwezenlijken. Bij de beoordeling van de evenredigheid/proportionaliteit wordt voornamelijk rekening gehouden met de zwaarte van de gevolgen van de genomen overheidsmaatregelen.<sup>30</sup> Des te zwaarder de gevolgen zijn, des te groter de kans is dat de maatregel als disproportioneel kan worden beschouwd. Wanneer fundamentele beginselen in het gedrang zijn door de maatregel die een onderscheid oplegt, zal de proportionaliteitstoets strenger worden uitgevoerd. Indien geen fundamentele beginselen worden aangetast door de maatregel, dan verloopt de beoordeling van de evenredigheid via een marginale toetsing door de rechter.<sup>31</sup> De rechter mag in het kader van de marginale toetsing enkel controleren of de genomen maatregelen al dan niet kennelijk onevenredig zijn ten aanzien van het na te streven doel. De rechter mag zich echter nooit in de plaats van het bestuur stellen.<sup>32</sup> Het voorgaande impliceert dat het gelijkheidsbeginsel ondanks diens constitutionele en verdragsrechtelijke verankering geen absoluut beginsel is.

## **1.2 Toepassing van het gelijkheidsbeginsel op overheidsopdrachten en PPS-projecten**

In deze passage wordt bondig aangehaald op welke manier het gelijkheidsbeginsel zijn toepassing vindt bij twee bekende manieren van contracteren met de overheid: de leer van de overheidsopdrachten en Publiek-Private Samenwerking. De toepassing en doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in deze domeinen zal extensiever behandeld worden in de passages waar de resultaten van de analyses van rechtspraak en aanbestedingsdossiers worden uiteengezet. Zoals hierboven reeds aangehaald, ligt de focus van het rechtswetenschappelijk onderzoek in het kader van deze scriptie op de gelijke behandeling van kandidaat-inschrijvers tijdens de gunningsprocedures van overheidsopdrachten en de fases bij de totstandkoming van een PPS-project.

---

<sup>27</sup> J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMARKER, *Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 360.

<sup>28</sup> J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMARKER, *Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 361.

<sup>29</sup> A.L. DURVIAUX, "Le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence dans l'attribution des marchés et contrats publics" in A.L. DURVIAUX, Y. MZRIQUE en A. VANDEBURIE (eds.) *Contracts publics*, Limal, Anthemis, 2014, (7) 12.

<sup>30</sup> J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMARKER, *Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 361.

<sup>31</sup> J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMARKER, *Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 362.

<sup>32</sup> J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMARKER, *Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 362.

Het gelijkheidsbeginsel als such dient gerespecteerd te worden door de aanbestedende overheid in alle fases bij het gunnen van overheidsopdrachten en het toekennen van projecten in het kader van PPS. Het gelijkheidsbeginsel is een fundamenteel beginsel met een grondwettelijke verankering in de Belgische interne rechtsorde (supra). Het beginsel is tevens geïncorporeerd in de Overheidsopdrachtenwetgeving, meer specifiek in de Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006. Artikel 5 stipuleert uitdrukkelijk dat de aanbestedende overheden de aannemers, leveranciers en de dienstverleners op gelijke, niet-discriminerende en transparante wijze dienen te behandelen.<sup>33</sup> De gelijke behandeling van kandidaat-inschrijvers bij de gunning van overheidsopdrachten is een bijzondere toepassing van het algemeen beginsel van gelijke behandeling.<sup>34</sup>

De aanbestedende overheid kan niet anders dan de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie respecteren bij het gunnen van een overheidsopdracht, gelet op het feit dat de overheidsopdrachtenreglementering dit vereist. Deze beginselen zijn niet alleen gefundeerd op het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod vervat in artikelen 10 en 11 Gw., maar vinden eveneens een basis in het Unierecht en in rechtspraak van het Europees Hof van Justitie.<sup>35</sup> De gelijke behandeling van inschrijvers kan men aanzien als een in leidmotief van Richtlijn 2004/18/EG en diens opvolger Richtlijn 2014/24/EU. In overweging 2 van de preambule van Richtlijn 2004/18/EG wordt uitdrukkelijk gestipuleerd dat bij het plaatsen van overheidsopdrachten rekening dient gehouden te worden met de basisbeginselen van het VWEU, de vrijheid van vestiging, het vrij verkeer van goederen, diensten, kapitaal en personen en de daarvan afgeleide beginselen waaronder de gelijke behandeling en het discriminatieverbod ressorteert.<sup>36</sup> Artikel 2 van de richtlijn beklemtoont nogmaals dat aanbestedende diensten alle ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze dienen te behandelen. Deze bewoordingen vindt men eveneens terug in overweging 1 van preambule van Richtlijn 2014/24/EU, de meest recente met betrekking tot overheidsopdrachten.<sup>37</sup> In beide richtlijnen is er veelvuldig aandacht besteed aan het belang van het eerbiedigen van het gelijkheidsbeginsel. In de verscheidene artikelen die de verscheidene gunningsmethodes en procedures beschrijven, is het duidelijk merkbaar dat het beginsel van de gelijke behandeling van kandidaat-inschrijvers hoog in het vaandel wordt gedragen. Een meer uitgebreide toelichting van deze bepalingen volgt in het volgende onderdeel van deze masterscriptie, bij de bespreking van alle mogelijke procedures waarop een overheidsopdracht geplaatst wordt.

In het arrest Überschar beklemtoonde het Hof van Justitie dat het "algemene gelijkheidsbeginsel, met het verbod op discriminatie als verbijzondering van het beginsel, één van de grondprincipes van het gemeenschapsrecht wordt beschouwd.

---

<sup>33</sup> Wet 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, BS 15 februari 2007, 7388.

<sup>34</sup> K. WAUTERS, *Rechtsbescherming en overheidsovereenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 83.

<sup>35</sup> A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 186.

<sup>36</sup> Richtlijn Europees Parlement en Raad E.G., nr. 2004/18, 31 maart 2004, betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, *Pb. L.* 30 april 2004, 134.

<sup>37</sup> Richtlijn van het Europees Parlement de Raad, nr. 2014/24, 26 februari 2014, betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, *Pb. L.* 28 maart 2014, 94.



Het Hof van Justitie vermeldde eveneens dat het niet toegestaan is dat gelijke omstandigheden verschillend worden behandeld tenzij dat verschil objectief gerechtvaardigd is. Het Hof beklemtoonde hierbij dat voorgaande als vaste rechtspraak dient aanzien te worden.<sup>38</sup> Het beginsel van de gelijke behandeling dient beschouwd te worden als een democratische garantie, die zowel de Europese instellingen als de lidstaten gebiedt om geen ongerechtvaardigd onderscheid te maken.<sup>39</sup>

Dat de gelijke behandeling van inschrijvers inherent is aan de gunning van overheidsopdrachten bleek ook uit het oordeel van het Hof van Justitie in het Storebaelt-arrest, waarbij het Hof tevens benadrukte dat het beginsel de grondslag vormde voor Richtlijn 71/305/EEG van 26 juli 1971 aangaande de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten.<sup>40</sup> Het Hof stipuleerde dat "ook al wordt in de richtlijn het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers niet uitdrukkelijk genoemd, de verplichting om dit beginsel te eerbiedigen, volgt uit de hoofddoelstelling van deze richtlijn, die de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten beoogt".<sup>41</sup> In de arresten Concordia Bus Finland en Fabricom bevestigde het Hof van Justitie het eerder ingenomen standpunt door te beklemtonen dat "de eerbiediging van het gelijkheidsbeginsel beantwoordt aan de hoofddoelstelling van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten, die er met name op gericht zijn de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging te bevorderen op de betrokken gebieden en die gunningscriteria vaststellen die deze mededinging moeten waarborgen".<sup>42 43</sup>

Het Hof van Justitie heeft het beroep op mededinging bij het gunnen van overheidsopdrachten afgeleid uit het gelijkheidsbeginsel.<sup>44</sup> Deze redenering vindt ook weerklank in de Belgische overheidsopdrachtenreglementering. Artikel 5 tweede lid van de Overheidsopdrachtenwet stipuleert uitdrukkelijk dat overheidsopdrachten worden gegund na mededinging, terwijl eerste lid zinspeelt op de gelijke behandeling van inschrijvers. Ik concludeer uit het voorgaande dat er wel degelijk sprake is van een samenhangend verband tussen het gelijkheidsbeginsel en het mededingingsbeginsel. De gelijke behandeling van inschrijvers door de aanbestedende overheid is een *conditio sine qua non* voor het gunnen van overheidsopdrachten op basis van het principe van (vrije) mededinging.

Daarnaast bestaat er ook een connectie tussen het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel.<sup>45 46</sup> Het Hof van Justitie heeft in het arrest EVN en Wienstrom bepaald dat het beginsel van gelijke behandeling een verplichting tot transparantie met zich meebrengt.

---

<sup>38</sup> HvJ 8 oktober 1980, nr. C-810/79, ECLI:EU:C:1980:228,Überschar.

<sup>39</sup> K. WAUTERS, *Rechtsbescherming en overheidsovereenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 83.

<sup>40</sup> HvJ 22 juni 1993, nr. C-243/89, ECLI:EU:C:1993:257, Commissie/Denemarken.

<sup>41</sup> HvJ 22 juni 1993, nr. C-243/89, ECLI:EU:C:1993:257, Commissie/Denemarken.

<sup>42</sup> HvJ 17 september 2002, nr. C-513/99, ECLI:EU:C:2002:495, Concordia Bus Finland.

<sup>43</sup> HvJ 3 maart 2005, nr. C-21/03 en C-34/03, ECLI:EU:2005:127, Fabricom.

<sup>44</sup> J. DE HERDT, "Queeste naar 'algemene beginselen van behoorlijk selecteren door het bestuur'. Vergelijkende studie van de algemene beginselen inzake selectie van het overheids personeel enerzijds en van aannemers, leveranciers en dienstverleners van overheidsopdrachten anderzijds", *CDPK*, 2008, afl. 41, 43.

<sup>45</sup> P. THIEL, *Mémento marchés publics et PPP*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2015, 656.

<sup>46</sup> W. TIMMERMANS en T. BRUYNINCKX, "Gunningscriteria en transparantie bij overheidsopdrachten", *NJW* 29 april 2009, 338.

Deze verplichting dient om een controle mogelijk te maken of het beginsel van de gelijke behandeling wel wordt nageleefd. Deze controle op de naleving van het beginsel "houdt tevens in dat aanbestedingsprocedures op hun onpartijdigheid kunnen worden getoetst" dixit het Hof.<sup>47</sup> Het gelijkheidsbeginsel impliceert als dusdanig een transparantiebeginsel om de gelijkheid van de kansen van alle kandidaten te verzekeren. Hoe doorzichtiger de procedure hoe groter de kans dat het gelijkheidsbeginsel gerespecteerd zal worden, aangezien de controle hierop vergemakkelijkt wordt.<sup>48</sup> Des te minder de aanbestedende overheden transparant te werk gaan, des te meer ze de schijn wekken dat het beginsel van gelijke behandeling en onpartijdigheid niet gerespecteerd worden.<sup>49</sup>

In het arrest SIAC Construction maakte het Hof gewag van een voorwaarde die gekoppeld dient te worden aan de verplichting tot het eerbiedigen van het gelijkheidsbeginsel. Alvorens te oordelen of het gelijkheidsbeginsel al dan niet geschonden werd, is het aangewezen eerst na te gaan of "de inschrijvers zich in een gelijke positie bevinden, zowel in de fase van voorbereiding van hun aanbiedingen als bij de beoordeling ervan door de aanbestedende dienst".<sup>50</sup> In dit arrest wordt verwezen naar eerder geveld oordeel van het Hof in de zaak Commissie/België van 25 april 1996, waarbij het Hof stipuleerde dat de procedure van de vergelijking van de aanbiedingen steeds in conformiteit dient te zijn met het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers.<sup>51</sup> In het Storebaelt-arrest vermeldde het Hof van Justitie dat het beginsel van gelijke behandeling eveneens een rol speelt wanneer de aanbestedende overheid voorschriften in het bestek heeft genomen.

Het beginsel van gelijke behandeling vereist dat alle offertes dienen te beantwoorden aan de voorschriften opdat een objectieve vergelijking tussen deze offertes mogelijk wordt.<sup>52</sup> Zo verbiedt het gelijkheidsbeginsel dat regelmatige offertes vergeleken worden met onregelmatige offertes, aangezien een objectieve vergelijking niet mogelijk is in dergelijke gevallen.<sup>53</sup> Met betrekking tot de toepassing van het gelijkheidsbeginsel op overheidsopdrachten op Europees niveau baseerde het Hof van Justitie zich op een aantal artikelen uit het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (voorts: VWEU).

Het Hof steunde onder meer op artikel 34 VWEU (verbod op kwantitatieve invoerbepalingen en maatregelen van gelijke werking), artikel 45 VWEU (vrij verkeer van werknemers), artikel 49 VWEU (vrijheid van vestiging) en artikel 56 VWEU (vrij verkeer van diensten).<sup>54</sup> De gelijke behandeling van inschrijvers wordt dusdanig beschouwd als één van de grondpijlers van de interne markt en garandeert een economische unie.<sup>55</sup>

---

<sup>47</sup> HvJ 4 december 2003, C-448/01, ECLI:EU:2003:651, EVN en Wienstrom.

<sup>48</sup> J. DE HERDT, "Queeste naar 'algemene beginselen van behoorlijk selecteren door het bestuur'. Vergelijkende studie van de algemene beginselen inzake selectie van het overheids personeel enerzijds en van aannemers, leveranciers en dienstverleners van overheidsopdrachten anderzijds", CDPK, 2008, afl. 41, 43.

<sup>49</sup> W. TIMMERMANS en T. BRUYNINCKX, "Gunningscriteria en transparantie bij overheidsopdrachten", *NJW* 29 april 2009, 339.

<sup>50</sup> HvJ 18 oktober 2001, C-19/00, ECLI:EU:2001:553, SIAC Construction Ltd.

<sup>51</sup> HvJ 25 april 1996, C-87/94, ECLI:EU:1996:161, Commissie/België.

<sup>52</sup> HvJ 22 juni 1993, nr. C-243/89, ECLI:EU:C:1993:257, Commissie/Denemarken.

<sup>53</sup> THIEL, P., *Mémento marchés publics et PPP*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2015, 656.

<sup>54</sup> D. D'HOOGHE, (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 2009, 59-60.

<sup>55</sup> K. WAUTERS, *Rechtsbescherming en overheidsvereenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 83.

Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG bepalen net zoals hun voorgangers expliciet dat het gelijkheidsbeginsel nageleefd dient te worden bij het gunnen van overheidsopdrachten.<sup>56</sup>

In het contentieux van de overheidsopdrachten impliceert het gelijkheidsbeginsel dusdanig dat door de aanbestedende overheid op geen enkel moment in de gunningsprocedure beslissingen mogen worden genomen, die tot gevolg hebben dat bepaalde inschrijvers bevoorreed of benadeeld worden zonder enige objectieve en pertinente verantwoording.<sup>57</sup> Elke ondernemer, leverancier of dienstverlener die zich mogelijk wenst in te inschrijven voor een overheidsopdracht dienen op de hoogte te zijn van de spelregels. Deze spelregels dienen voor elke mogelijke inschrijver op dezelfde wijze worden toegepast.<sup>58</sup> Met spelregels wordt onder meer bedoeld informatie met betrekking tot het voorwerp van de opdracht, de gunningswijze waarvoor de aanbestedende overheid heeft gekozen, de inhoudelijke als vormelijke voorwaarden om mee te kunnen dingen, de selectie- en gunningscriteria.<sup>59</sup> Informatie over deze aspecten van de overheidsopdracht dient dusdanig aan elke potentiële inschrijver kenbaar worden gemaakt.

Het gelijkheidsbeginsel speelt eveneens een rol bij projecten die gerealiseerd zijn geworden via Publiek-Private Samenwerking. Op grond van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel is de aanbestedende overheid verplicht om de private rechtspersonen op gelijke wijze te behandelen.<sup>60</sup> Het Vlaamse rechtskader waar binnen Publiek-Private Samenwerking kan worden verwezenlijkt, bestaande uit het Decreet inzake Intergemeentelijke Samenwerking, het PMV-decreet, het Kaderdecreet Bestuurlijk Beleid, het PPS-decreet en in mindere mate het Gemeentedecreet zijn gegrond op de Europese beginselen van de vrije mededinging en gelijkheid.<sup>61</sup> Het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel vereist de principiële inmededingingstelling van PPS-projecten. Het is immers de bedoeling dat iedere marktspeler en dusdanig elke potentiële private contractpartner een gelijke kans krijgt van de aanbestedende overheid om een voorstel te doen.<sup>62</sup> Zoals ik reeds eerder heb kenbaar gemaakt, zal een extensievere toelichting aangaande de toepassing van het gelijkheidsbeginsel bij overheidsopdrachten en PPS-projecten worden gegeven bij de hoofdstukken die de analyses van rechtspraak en aanbestedingsdossiers omvatten.

---

<sup>56</sup> D. D'HOOGHE, (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 2009, 59-60.

<sup>57</sup> A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 186.

<sup>58</sup> A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 186.

<sup>59</sup> D. BATSELE, T. MORTIER en M. SCARCEZ, *Algemeen Administratief Recht*, Brussel, Bruylant, 2012, 186.

<sup>60</sup> P. FLAMEY, S. KNAEPEN, *Publiek – private samenwerking (PPS): De fundamentele juridische spelregels en hun afdwingbaarheid: leidraad voor overheden en projectontwikkelaars*, Brugge, Die Keure, 2005, 20.

<sup>61</sup> P. FLAMEY, S. KNAEPEN, *Publiek – private samenwerking (PPS): De fundamentele juridische spelregels en hun afdwingbaarheid: leidraad voor overheden en projectontwikkelaars*, Brugge, Die Keure, 2005, 20.

<sup>62</sup> P. FLAMEY, S. KNAEPEN, *Publiek – private samenwerking (PPS): De fundamentele juridische spelregels en hun afdwingbaarheid: leidraad voor overheden en projectontwikkelaars*, Brugge, Die Keure, 2005, 21.

## **Hoofdstuk 2. Overheidsopdrachten**

### **2.1 Definiëring van het begrip en omschrijving van belangrijke karakteristieken**

Alvorens over te gaan tot een beknopte rechtshistorische beschrijving en een stand van zaken in de meest recente ontwikkelingen van de Overheidsopdrachtenwetgeving, lijkt het aangewezen om eerst het begrip overheidsopdracht en diens belangrijkste aspecten te schetsen. Volgens artikel 3,1<sup>o</sup> van de Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006 (voorts: Overheidsopdrachtenwet) wordt een overheidsopdracht gedefinieerd als volgt: een overeenkomst onder bezwarende titel, die wordt gesloten tussen een of meer aannemers, leveranciers of dienstverleners en een of meer aanbestedende overheden of overheidsbedrijven en die betrekking hebben op het uitvoeren van werken, het leveren van producten of het verlenen van diensten. Deze definitie vindt men in exact dezelfde bewoordingen terug in artikel 1, 2<sup>de</sup> lid van Richtlijn 2004/18/EG en artikel 2, eerste lid, 5<sup>o</sup> Richtlijn 2014/24/EG.

Voorgaande begripsomschrijving geeft de vier fundamentele kenmerken van een overheidsopdracht weer. In de definitie wordt eerst en vooral gewag gemaakt van het bestaan van een overeenkomst. De overheidsopdrachtenreglementering is enkel toepasselijk op de gevallen wanneer de aanbestedende overheid beslist om voor de realisatie van werken, leveringen of diensten via een overeenkomst een beroep te doen op een derde.<sup>63</sup> <sup>64</sup> Met andere woorden enkel wanneer de aanbestedende overheid ervoor kiest om een bepaalde handeling bij overeenkomst aan een derde is de wetgeving omtrent overheidsopdrachten van toepassing. De overheidsopdrachtenwetgeving vindt geen toepassing op opdrachten die de aanbestedende overheid toevertrouwt aan een andere afdeling of onderdeel van dezelfde overheidsrechtspersoon, zelfs wanneer laatstgenoemde beschikt over een relatief grote autonomie.<sup>65</sup> Een dergelijke overeenkomst tussen een derde en de aanbestedende overheid berust op wilsovereenstemming.<sup>66</sup> Werken, leveringen en diensten, die worden toegewezen op grond van een eenzijdige beslissing van de aanbestedende overheid zijn niet aan de overheidsopdrachtenwetgeving onderhevig.<sup>67</sup>

Een tweede kenmerk van een overheidsopdracht is dat het een overeenkomst ten bezwarende titel betreft. Een overheidsopdracht is als dusdanig een overeenkomst die niet alleen rechten, maar ook verplichtingen met zich meebrengt voor de betrokken contractspartijen. Naar analogie met het Belgische verbintenissenrecht (artikel 1106 BW) rust op iedere betrokken partij de verplichting om iets te doen of iets niet te doen. Een logische deductie betreft dan ook dat overeenkomsten 'om niet' buiten het toepassingsgebied van de overheidsopdrachtenwetgeving te vallen en dusdanig niet gekwalificeerd kunnen worden als een overheidsopdracht.<sup>68</sup>

---

<sup>63</sup> F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, "Toepassingsgebied" in D'HOOGHE en N. KIEKENS (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, (47) 86.

<sup>64</sup> BATSELE, D., MORTIER, T. en SCARCEZ, M., *Manuel de droit administratif*, Brussel, Bruylant, 2010, 519.

<sup>65</sup> F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, "Toepassingsgebied" in D'HOOGHE en N. KIEKENS (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, (47) 87-88.

<sup>66</sup> F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, "Toepassingsgebied" in D'HOOGHE en N. KIEKENS (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, (47) 88.

<sup>67</sup> F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, "Toepassingsgebied" in D'HOOGHE en N. KIEKENS (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, (47) 90.

<sup>68</sup> F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, "Toepassingsgebied" in D'HOOGHE en N. KIEKENS (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, (47) 93.

De consequentie van een dergelijke overeenkomst ten bezwarende titel betreft dat de opdrachtnemer zich direct of indirect ertoe verbindt over te gaan tot de uitvoering van de overheidsopdracht. De aanbestedende overheid kan de uitvoering van deze verbintenis in rechte afdwingen. In ruil voor de geleverde prestatie van de opdrachtnemer verstrekt de aanbestedende overheid een directe financiële tegenprestatie in de vorm van een in geld waardeerbare vergoeding.<sup>69</sup>

Het sluiten van een overeenkomst met een ondernemer (een derde), die de hoedanigheid kan aannemen van aannemer, leverancier of dienstverlener naar gelang de aard van de te leveren prestatie is een derde fundamenteel kenmerk.<sup>70</sup> Wanneer kan een potentiële private contractant als een ondernemer aanzien worden? Volgens artikel 2,10° Richtlijn 2014/24/EU is een ondernemer 'elke natuurlijk of rechtspersoon of openbaar lichaam, of een combinatie van deze personen en/of lichamen, met inbegrip van alle tijdelijke samenwerkingsverbanden van ondernemingen, die de uitvoering van werken en/of een werk, de levering van producten en of het verlenen van diensten op de markt aanbiedt'.<sup>71</sup> De begripsomschrijving vervat in Richtlijn 2014/24/EU sluit niet uit dat entiteiten met een publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid de hoedanigheid van ondernemer kunnen bekleden. Het is dus in het overheidsopdrachtenrecht mogelijk dat een ondernemer een publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtsvorm aanneemt.<sup>72</sup> Voorts is het eveneens mogelijk dat een aanbestedende overheid een overheidsopdracht gunt aan een andere overheid, op voorwaarde dat laatstgenoemde een onderscheiden overheidspersoon is en geen afdeling van eerstgenoemde (cfr. supra). De aannemer, leverancier of dienstverlener hoeft niet noodzakelijk over rechtspersoonlijkheid te beschikken en mag zelfs de uitvoering van de prestatie deels of volledig uitbesteden aan dochtermaatschappijen of andere onderaannemers.<sup>73</sup>

Het vierde en laatste kenmerk heeft betrekking op het voorwerp van de overheidsopdracht. Zo dient een opdracht verband te houden met de uitvoering van werken, leveringen en diensten alvorens de overheidsopdrachtenreglementering hierop toepasselijk kan zijn. Dit kenmerk verwijst naar de drie soorten overheidsopdrachten. De overheidsopdrachtenreglementering vindt vanzelfsprekend geen toepassing op overheidsovereenkomsten die werken, leveringen of diensten niet als voorwerp hebben. Zo ressorteren de volgende overeenkomsten niet onder het toepassingsgebied van de Overheidsopdrachtenwet: subsidieovereenkomsten, domeinconcessies, verenigings- of vennootschapsovereenkomsten en overeenkomsten waarbij de overheid goederen verkoopt of met zakelijke of persoonlijke zekerheden (huur, opstal, erfpacht) bezwaart.<sup>74 75</sup>

---

<sup>69</sup> F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, "Toepassingsgebied" in D'HOOGHE en N. KIEKENS (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, (47) 93.

<sup>70</sup> F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, "Toepassingsgebied" in D'HOOGHE en N. KIEKENS (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, (47) 95.

<sup>71</sup> Richtlijn van het Europees Parlement de Raad, nr. 2014/24, 26 februari 2014, betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, *Pb. L.* 28 maart 2014, 94.

<sup>72</sup> F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, "Toepassingsgebied" in D'HOOGHE en N. KIEKENS (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, (47) 96.

<sup>73</sup> F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, "Toepassingsgebied" in D'HOOGHE en N. KIEKENS (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, (47) 96.

<sup>74</sup> F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, "Toepassingsgebied" in D'HOOGHE en N. KIEKENS (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, (47) 97.

<sup>75</sup> A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 197.

## **2.2 Soorten overheidsopdrachten**

De definitie van een overheidsopdracht voor werken wordt door de Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006 in artikel 3,2° als volgt bepaald: "de overheidsopdracht die betrekking heeft op hetzij het uitvoeren, hetzij zowel het ontwerpen als het uitvoeren van werken in het kader van één van de in bijlage I van deze wet vermelde werkzaamheden of van een bouwwerk, dan wel het laten uitvoeren, met welke middelen ook, van een bouwwerk dat aan de door de aanbestedende overheid of het overheidsbedrijf vastgestelde behoefte voldoet". Volgens datzelfde artikel dient een bouwwerk beschouwd te worden als een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken. Een dergelijk bouwwerk dient een economische of technische functie te vervullen.<sup>76</sup> Voorbeelden van werkzaamheden die een overheidsopdracht voor werken tot voorwerp kan hebben betreffen onder meer: bouwnijverheid, slopen van gebouwen, grondverzet, proefboringen, weg- en waterbouw en dergelijke meer.<sup>77</sup>

Een overheidsopdracht voor leveringen wordt door artikel 3,4° Overheidsopdrachtenwet als volgt gedefinieerd: "een andere overheidsopdracht dan een overheidsopdracht voor werken, die betrekking heeft op de aankoop, leasing, huur of huurkoop, met of zonder koopoptie, van producten". Het wetsartikel vermeldt eveneens dat een overheidsopdracht voor leveringen eveneens de volgende handelingen kan betreffen: de aankoop, leasing, huur of huurkoop, met of zonder koopoptie voor productie. De finaliteit van een overheidsopdracht van dit type betreft het beschikken over een roerend goed voor een significant deel van zijn economisch bestaan, ongeacht de juridische vorm hiervan.<sup>78</sup>

Een overheidsopdracht voor diensten is vervat in artikel 3,4° Overheidsopdrachtenwet en de begripsomschrijving wordt als volgt geformuleerd: "een andere overheidsopdracht voor dan een overheidsopdracht voor werken of leveringen, die betrekking heeft op het verlenen van de in bijlage II van deze wet bedoelde diensten". Een overheidsopdracht die de leveringen van een van de diensten vermeld in bijlage II voor ogen heeft, wordt gekwalificeerd als een overheidsopdracht voor diensten, indien de waarde van de diensten in kwestie hoger is dan deze van de leveringen.<sup>79</sup> Een analoge redenering dringt zich op wanneer er sprake is van een overheidsopdracht waarvan de verlening van diensten het hoofdoorwerp vormt en een van de in bijlage I vermelde werkzaamheden louter bijkomstig is. Het wetsartikel bepaalt dat in deze hypothese de opdracht dient gekwalificeerd te worden als een overheidsopdracht voor diensten.<sup>80</sup> Voorbeelden van diensten zijn zoals hierboven aangehaald terug te vinden in de bijlage II van de Overheidsopdrachtenwet en betreffen onder andere: luchtvervoer van passagiers en vracht, telecommunicatie, markt- en opinieonderzoek, diensten in verband met computers, enz.<sup>81</sup>

---

<sup>76</sup> Artikel 3,2° Overheidsopdrachtenwet.

<sup>77</sup> Bijlage I bij Wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, [www.publictendering.com/pdf/legislation/15-16062006.pdf](http://www.publictendering.com/pdf/legislation/15-16062006.pdf).

<sup>78</sup> L. WESTHOVENS, *Zakboekje Overheidsopdrachten*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, 49.

<sup>79</sup> Artikel 3, 4° eerste lid Overheidsopdrachtenwet

<sup>80</sup> Artikel 3, 4° tweede lid Overheidsopdrachtenwet

<sup>81</sup> Bijlage II bij Wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, [www.publictendering.com/pdf/legislation/15-16062006.pdf](http://www.publictendering.com/pdf/legislation/15-16062006.pdf).

### **2.3 Invloed van Europese regelgeving op het Belgische overheidsopdrachtenrecht**

In deze passage wordt bondig de rechtshistorische evoluties onder impuls van Europese regelgeving geschetst. De huidige stand van zaken en de toekomstige ontwikkelingen, waarbij in het bijzonder wordt gedoeld op het wetsontwerp inzake overheidsopdrachten d.d. 4 januari 2016, zullen eveneens aangekaart worden. Ik leg vooral de klemtoon op de bespreking van de geëvolueerde wetgeving aangaande de klassieke sectoren van de overheidsopdrachten.

Het contentieux van de overheidsopdrachten wordt geregeld op federaal niveau. Artikel 6, §1 VI, derde en vierde lid van de Bijzondere wet tot hervorming der instellingen omschrijft de principiële bevoegdheid van de federale overheid om de algemene regels vast te stellen inzake overheidsopdrachten.<sup>82</sup> De federale overheid stelt deze algemene regels vast in het kader van de vooropgestelde doelstelling van de Gewesten om in economische aangelegenheden hun bevoegdheden uit te oefenen met inachtneming van het vrij verkeer van goederen, diensten, personen en kapitalen en van de vrijheid van handel en nijverheid. De Gewesten dienen eveneens bij hun bevoegdheidsoefening rekening te houden met het algemeen normatief kader van de economische unie en de monetaire eenheid, hetgeen vastgesteld is door of krachtens de wet en door of krachtens internationale verdragen.<sup>83</sup>

De Belgische Overheidsopdrachtenwetgeving heeft door talrijke wetswijzigingen en hervormingen onder impuls van Europese richtlijnen een significante evolutie gekend. Zo werd de wet van 24 december 1993 opgeheven en vervangen door de wet van 15 juni 2006, die richtlijn 2004/18/EG heeft omgezet in de interne Belgische rechtsorde.<sup>84</sup> In de eerste overweging van de preambule van richtlijn 2004/18/EG wordt uitdrukkelijk medegedeeld dat de richtlijn de werkelijke integratie vormt van drie afzonderlijke richtlijnen voor opdrachten van werken, leveringen en diensten. De regelingen vervat in richtlijn 93/36/EEG, richtlijn 93/37/EEG en richtlijn 92/50/EEG werden samen geïntegreerd in één tekst.<sup>85</sup> Twee nieuwe aanbestedingsrichtlijnen hebben geldingskracht sinds 30 april 2004: richtlijn 2004/18/EG en richtlijn 2004/17/EG. Eerstgenoemde richtlijn strekt ertoe de gunningsprocedures van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren (overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten) te coördineren. Laatstgenoemde is een specifieke richtlijn die coördinatiebepalingen omvat voor de gunningsprocedures van overheidsopdrachten in de sectoren van water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten.<sup>86</sup> Richtlijn 2004/18/EG ziet toe op de ontwikkeling van een effectieve (eerlijke) en zo groot mogelijke mate van mededinging binnen het domein van de overheidsopdrachten.<sup>87</sup>

---

<sup>82</sup> Bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, *BS* 15 augustus 1980, 9434.

<sup>83</sup> Artikel 6, §1, VI, 3<sup>de</sup> en 4<sup>de</sup> lid BWHI.

<sup>84</sup> Wet 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, *BS* 22 februari 1994, 1308.

<sup>85</sup> Preambule (1), richtlijn Europees Parlement en Raad E.G., nr. 2004/18, 31 maart 2004, betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, *Pb. L.* 30 april 2004, 134.

<sup>86</sup> Richtlijn Europees Parlement en Raad E.G. nr. 2004/17, 31 maart 2004, houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, *Pb. L.* 30 april 2004, 134.

<sup>87</sup> C. DE KONINCK en T. RONSE, *Droit Européen Des Marchés Publics: Les Directives communautaires et 25 années de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2009, 253.

Beide richtlijnen zijn omgezet in de Belgische rechtsorde door de Belgische wetgever in de Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006 en de wet van 16 juni 2006.<sup>88 89</sup> Het Koninklijk Besluit betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 15 juli 2011 en het Koninklijk Besluit van 16 juli 2012 met betrekking tot plaatsing van overheidsopdrachten in de specifieke sectoren voorzien in de gedeeltelijke omzetting van respectievelijk richtlijn 2004/18/EG en richtlijn 2004/17/EG.<sup>90 91</sup> De Belgische wetgever heeft pas na een periode van 2 jaar de richtlijnen omgezet in nationaal recht. De bijhorende koninklijke uitvoeringsbesluiten werden reeds ettelijke jaren later opgesteld. De inwerkingtreding van de Overheidsopdrachtenwet en de twee uitvoeringsbesluiten werden door het Koninklijk Besluit van 2 juni 2013 geregeld en vastgesteld op 1 juli 2013.<sup>92</sup> Het heeft dus enige tijd geduurd vooraleer de Overheidsopdrachtenwet officieel van kracht was in de Belgische rechtsorde. De totstandkoming van nieuwe uitvoeringsbesluiten van deze basiswet vormt vermoedelijk een verklaring voor het feit dat de inwerkingtreding van de wet enige tijd in beslag nam. Artikel 5 van het uitvoeringsbesluit vermeldt de opheffing van een aantal verouderde uitvoeringsbesluiten, die gepaard gingen met de wet van 24 december 1993. Het Koninklijk Besluit van 2011 voorziet in specifieke voorschriften voor het gunnen/plaatsen van overheidsopdrachten en vervangt het uitvoeringsbesluit van 8 januari 1996. Het KB voorziet in de uitvoeringsmodaliteiten van titel II van de Overheidsopdrachtenwet, dewelke niet alleen in regelgeving voorziet voor overheidsopdrachten, maar eveneens voor concessies van openbare werken.<sup>93</sup>

De overheidsopdrachtenwetgeving is redelijk sensitief aan wetswijzigingen en hervormingen. De Overheidsopdrachtenwet werd ongeveer een vijftal jaar geleden aangepast door de wet van 5 augustus 2011. Deze wet voert geen fundamentele wijzigingen door aan de overheidsopdrachtenreglementering en brengt voornamelijk een aantal terminologische aanpassingen aan. Zo stipuleert artikel 49,1° dat in artikel 62,1° Overheidsopdrachtenwet de term "Europese Gemeenschap" wordt vervangen door "Europese Unie". Verscheidene artikelen van de wet van 5 augustus 2011 maken gewag van de vervanging van het begrip "gunnen" door "plaatsen". Er kan vanuit gegaan worden dat deze wet een minimalistische impact heeft op de Overheidsopdrachtenwet. De analyse van de wet van 13 augustus 2011, die voorziet in de gedeeltelijke omzetting van richtlijn 2009/81/EG, zal verder niet aan bod komen gelet op het feit dat het toepassingsgebied zich niet toespitst op overheidsopdrachten van de klassieke sector. Deze wet focust immers op overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied.<sup>94</sup>

---

<sup>88</sup> Artikel 1 Overheidsopdrachtenwet.

<sup>89</sup> Wet 16 juni 2006 betreffende de gunning, informatie aan kandidaten en inschrijvers en wachttermijn inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, *BS* 15 februari 2007, 7355.

<sup>90</sup> KB 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren, *BS* 9 augustus 2011, 44.862.

<sup>91</sup> KB 16 juli 2012 plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren, *BS* 11 februari 2013, 6.880.

<sup>92</sup> KB 2 juni 2013 tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 en van de koninklijke besluiten ervan, *BS* 5 juni 2013, 35534.

<sup>93</sup> C. DE KONINCK, P. FLAMEY en J. BOSQUET, *De plaatsing van overheidsopdrachten*, Mechelen, Kluwer, 2013, 4.

<sup>94</sup> Wet 13 augustus 2011 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie – en veiligheidsgebied, *BS* 1 februari 2012, 7592.



De wet van 15 mei 2014 brengt eveneens geen noemenswaardige veranderingen teweeg aan de Overheidsopdrachtenwet.<sup>95</sup> Zo blijft de structuur van de wet onaangeroerd en vinden er louter enkele terminologische aanpassingen plaats. Zo maakt artikel 2 van deze wet gewag van volgende begripwijziging: in artikel 18 Overheidsopdracht worden de woorden "deze wet is niet toepasselijk op" vervangen door "niet onder toepassing van de bepalingen van deze wet, met uitzondering van artikel 41/1, vallen de".

Een significante evolutie heeft plaatsgevonden met de intrekking en de vervanging van Richtlijn 2004/18/EG en de Richtlijn 2004/17/EG door respectievelijk Richtlijn 2014/24/EU en Richtlijn 2014/25/EU.<sup>96</sup> Enkel de impact van Richtlijn 2014/24/EU op de bestaande overheidsopdrachtenreglementering zal aangekaart worden in deze passage, aangezien deze richtlijn zich toespitst op overheidsopdrachten van de klassieke sectoren.<sup>97</sup> Deze richtlijn innoveerde de overheidsopdrachtenrichtlijn 2004/18/EG met een aantal frappante wijzigingen. Zo werd het onderscheid tussen prioritaire (A-diensten) diensten en niet-prioritaire diensten (B-diensten). Daarenboven wordt in Titel III: Bijzondere Aanbestedingsregelingen (artikel 74 -82 van de richtlijn) een afzonderlijk regime voorzien voor sociale diensten en andere specifieke diensten, waaronder culturele diensten en diensten op gebied van gezondheid.<sup>98</sup> Voorts wordt een nieuwe gunningsprocedure ingevoerd, innovatiepartnerschap genaamd. Artikel 31, eerste lid bepaalt dat in deze procedure "elke aannemer naar aanleiding van de aankondiging van een opdracht een verzoek tot deelname kan indienen door verstrekking van de door de aanbestedende dienst gevraagde informatie voor de kwalitatieve selectie". Tevens worden de gronden voor de hantering van een aantal gunningsprocedures versoepeld. Deze versoepeling heeft vooral betrekking op de onderhandelingsprocedure met bekendmaking en de concurrentiedialoog.<sup>99</sup> <sup>100</sup> Voorts komt er een verduidelijking omtrent op welk moment een wijziging van een bestaand contract resulteert in een nieuw contract.<sup>101</sup> De mogelijkheden om beroep te doen op elektronische informatie- en communicatiemiddelen tijdens de gunningsprocedures worden verruimd, hetgeen onder meer duidelijk wordt in de bewoording van overweging (52) van de preambule van de richtlijn. Voorts wordt er benadrukt op welke momenten er sprake kan zijn van een samenwerking tussen publieke entiteiten zonder toepassing van de nieuwe overheidsopdrachtenrichtlijn.<sup>102</sup> <sup>103</sup>

---

<sup>95</sup> Wet 15 mei 2014 tot wijziging van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 en van de wet van 13 augustus 2011 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, *BS* 28 mei 2014, 41617.

<sup>96</sup> Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad, nr. 2014/25/EU, 26 februari 2014, betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG voor de EER relevante tekst, *Pb.L* 28 maart 2014, 243.

<sup>97</sup> Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad, nr. 2014/24, 26 februari 2014, betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, *Pb. L.* 28 maart 2014, 65.

<sup>98</sup> D. D'HOOGHE en J. VRANCKX, "Algemeen kader" in D'HOOGHE en N. KIEKENS (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, (1) 10.

<sup>99</sup> Preambule overweging (42) Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>100</sup> D. D'HOOGHE en J. VRANCKX, "Algemeen Kader" in D'HOOGHE en N. KIEKENS (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, (1) 11.

<sup>101</sup> Artikel 72 Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>102</sup> Cfr. onder meer overweging (33) preambule Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>103</sup> D. D'HOOGHE en J. VRANCKX, "Algemeen Kader" in D'HOOGHE en N. KIEKENS (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, (1) 11.

Een eveneens opmerkelijke verandering betreft de modernisatie van de gunningsprocedures door een verkorting van de termijnen en een versoepeling van het onderscheid tussen selectie- en gunningscriteria.<sup>104</sup> De toegang van kleine of middelgrote ondernemingen (KMO's) wordt volgens D'Hooghe en Vranckx eveneens vereenvoudigd door een vermindering van de administratieve lasten en de aanmoediging van de opsplitsing van overheidsopdrachten in percelen aan te moedigen.<sup>105</sup> Voorts creëert de nieuwe overheidsopdrachtenrichtlijn ruimte voor de inachtnaam van maatschappelijke en milieucriteria.<sup>106</sup>

De omzettingstermijn bedraagt 24 maanden, hetgeen impliceert dat de lidstaten twee jaar de tijd hebben om de richtlijn te implementeren in nationaal recht. Artikel 90 van de richtlijn vermeldt uitdrukkelijk dat de lidstaten tot 18 april 2016 de tijd hebben om de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen te reguleren om aan de richtlijn te voldoen. Artikel 91 laat weinig aan de verbeelding over, want het vermeldt uitdrukkelijk dat Richtlijn 2004/18/EG met ingang van 18 april 2016 wordt ingetrokken. In concreto komt het erop neer dat België ervoor dient te zorgen dat een nieuwe (federale) wet van kracht is tegen bovenvermelde deadline, die de gehele regeling van Richtlijn 2014/24/EU omvat. Uit de raadpleging van de database van de parlementaire stukken op de website van de Kamer van Volksvertegenwoordigers is gebleken dat de Belgische (federale) wetgever wel degelijk gehoor heeft gegeven aan de verplichting tot omzetting en de nadere deadline van de omzettingstermijn. Zo is er een wetsontwerp d.d. 4 januari 2016 hangende in de Kamer, dat erop gericht is om de nieuwe overheidsopdrachtenrichtlijn voor de klassieke sectoren en deze voor de speciale sectoren (Richtlijn 2014/25/EU) om te zetten. Het voorontwerp van de toekomstige overheidsopdrachtenwet werd door de ministerraad op initiatief van premier Charles Michel op 24 december 2015 goedgekeurd. De Commissie Overheidsopdrachten heeft zich nadien over het voorontwerp gebogen.<sup>107</sup>

In de memorie van toelichting wordt gewag gemaakt van de ratio legis van de richtlijnen en de nieuwigheden die deze met zich meebrengen. Een aantal innovaties van richtlijn 2014/24/EU zijn reeds ter sprake gekomen. De nieuwe overheidsopdrachtenrichtlijnen hebben als oogmerk de aanbesteders in staat te stellen overheidsopdrachten beter te hanteren als instrument ter ondersteuning van gemeenschappelijke maatschappelijke doeleinden.<sup>108</sup> Met inachtneming van een aantal aspecten voortvloeiende uit Europese rechtspraak en met het oog op het doen toenemen van de rechtszekerheid, werden een aantal basisbegrippen- en concepten verduidelijkt. Bij de omzetting van deze richtlijn engageert de Belgische wetgever zich rekening te houden met alle objectieven die de Europese Unie voor ogen heeft met diens Europa 2020-strategie, waarbij gestreefd wordt naar slimme, duurzame en inclusieve groei.<sup>109</sup>

---

<sup>104</sup> Cfr. Onder meer overweging (80) preambule Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>105</sup> D. D'HOOGHE en J. VRANCKX, "Algemeen Kader" in D'HOOGHE en N. KIEKENS (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, (1) 11.

<sup>106</sup> Cfr. onder meer overweging (97) preambule Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>107</sup> S. DELAFORTRIE en C. SPRINGAEL, *Omzetting van twee Europese richtlijnen inzake overheidsopdrachten*, <http://www.presscenter.be/nl/pressrelease/20150924/omzetting-van-twee-europese-richtlijnen-inzake-overheidsopdrachten>.

<sup>108</sup> Wetsontwerp inzake overheidsopdrachten, *Parl. St.* Kamer 2016, nr. 1541/001, 4.

<sup>109</sup> Wetsontwerp inzake overheidsopdrachten, *Parl. St.* Kamer 2016, nr. 1541/001, 5.

Om deze strategie te verwezenlijken poogt de Europese Unie overheidsopdrachten te hanteren als een soort van marktinstrumenten, waarbij overheidsmiddelen optimaal besteed dienen te worden.

Naast het verruimen van de toegang van de kleine en middelgrote ondernemingen tot overheidsopdrachten werd een versoepelende maatregel aangeboden in de vorm van een eenmalige regularisatiemogelijkheid voor de kandidaten of inschrijvers ten opzichte van hun fiscale of sociale schulden. Deze versoepeling speelt vooral in hun voordeel van KMO's.<sup>110</sup> Daarenboven werd ter bevordering van de rechtszekerheid voor het eerst uitzonderingen, ontwikkeld door jurisprudentie, in het kader van quasi-inhouse opdrachten en de publiek-publieke samenwerking beschreven in de reglementering. Dergelijke samenwerkingscontracten worden door middel van specifieke bepalingen uitgesloten van het toepassingsgebied van de nieuwe overheidsopdrachtenrichtlijn. Het is een opvallend gegeven dat Richtlijn 2014/24/EU een significant aantal uitsluitingen doorvoert.<sup>111</sup> Niet alleen quasi-inhouse en publiek-publieke samenwerking zijn uitgesloten, een hele resem aan diensten ressorteert eveneens niet langer onder het toepassingsgebied van de richtlijn. Zo vinden onder meer de volgende diensten geen toepassing onder de overheidsopdrachtenreglementering: arbeidsovereenkomsten, huurovereenkomsten, leningen, de verkoop of overdracht van financiële instrumenten, arbitrage- en bemiddelingsovereenkomsten, een aantal rechtskundige diensten en contracten aangaande de productie, coproductie, aankoop en ontwikkeling van programmamateriaal bestemd voor audiovisuele mediadiensten.<sup>112</sup>

Na een grondige blik te hebben geworpen op de concordantietabel vervat in bijlage XV van Richtlijn 2014/24/EU, concludeer ik dat veel bepalingen van Richtlijn 2004/18/EG inhoudelijk ongewijzigd zijn gebleven. Voornamelijk de artikelen die de basisbeginselen, de begripsomschrijvingen, de kenmerken en de gunningsprocedures in globo weergeven, zijn in grote mate hetzelfde gebleven. VAN GARSSE haalde echter terecht aan dat er gesleuteld werd aan de definities en dat een aantal verduidelijkingen werden aangebracht via de preambule. Deze wijzigingen hadden voornamelijk tot doel de concepten te verhelderen en inzichten uit de rechtspraak van het Hof van Justitie te verwerken.<sup>113</sup> De Belgische wetgever heeft dit in het wetsontwerp kenbaar gemaakt. Dit dient gekadreerd te worden in het streven naar het behoud van een zekere continuïteit tussen de oude en nieuwe wetgeving.<sup>114</sup> De Belgische wetgever streefde bij de omzetting van deze richtlijnen naar een zo groot mogelijke evenwichtige balans tussen de rechten en plichten van de inschrijver en de aanbestedende overheid.<sup>115</sup> De nieuwe basiswet van de overheidsopdrachtenreglementering vertoont een soortgelijke structurele opbouw als de huidige overheidsopdrachtenwet, maar vertoont vanzelfsprekend een aantal afwijkingen. Zo zal de nieuwe wet eveneens een aanvang nemen met de weergave van kerndefinities, kenmerken en de fundamentele basisbeginselen waaronder het beginsel van de gelijke behandeling alvorens over te gaan tot de uitvoerige vermelding van de plaatsingsprocedures (i.e. de nieuwe benaming voor de gunningsprocedures).

---

<sup>110</sup> Wetsontwerp inzake overheidsopdrachten, *Parl. St.* Kamer 2016, nr. 1541/001, 5.

<sup>111</sup> S. VAN GARSSE, "Kroniek Overheidsopdrachten 2015", *TBP* 2015/9, 529.

<sup>112</sup> Artikel 10 Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>113</sup> S. VAN GARSSE, "Kroniek Overheidsopdrachten 2015", *TBP* 2015/9, 529.

<sup>114</sup> Wetsontwerp inzake overheidsopdrachten, *Parl. St.* Kamer 2016, nr. 1541/001, 5.

<sup>115</sup> Wetsontwerp inzake overheidsopdrachten, *Parl. St.* Kamer 2016, nr. 1541/001, 6.

Hetgeen mij vooral in het oog springt is de in artikel 35 vermelde paradigmaverschuiving. De openbare en de niet-openbare aanbestedingsprocedures, beschouwd als strikte procedures, krijgen niet meer zo frequent de voorkeur op andere methodes voor de gunning van overheidsopdrachten. In tegenstelling tot de huidige wetgeving, zal er in de toekomst meer de klemtoon worden gelegd op de bevordering van de onderhandelings- en dialoogelementen. In concreto komt het erop neer dat voor het gunnen/plaatsen van overheidsopdrachten vaker beroep zal worden gedaan op volgende plaatsingsprocedures: het innovatiepartnerschap, de concurrentiegerichte dialoog en de mededingingsprocedure met onderhandeling.<sup>116</sup> Laatstgenoemde procedure betreft in feite een nieuwe benaming van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking. In de huidige overheidsopdrachtenwet is er sprake van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking en zonder bekendmaking.<sup>117</sup> De ratio legis van deze naamswijziging wordt eveneens verklaard in het wetsontwerp.

Teneinde conform te wezen met de terminologie van Richtlijn 2014/24/EU en een rechtstreekse verwijzing naar Europese formuleren te faciliteren is het aangewezen om een terminologisch onderscheid te maken tussen de klassieke en speciale sectoren. In artikel 47 Richtlijn 2014/25/EU ziet men immers dat de onderhandelingsprocedure met bekendmaking nu benoemd wordt als de onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging voor de speciale sectoren. Terwijl artikel 29 Richtlijn 2014/24/EU de onderhandelingsprocedure met bekendmaking voortaan de benaming mededingingsprocedure met onderhandeling zal dragen. In artikel 32 van diezelfde richtlijn blijkt dat de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking eveneens een naamswijziging onderging, zij het slechts miniem. Voortaan wordt de procedure benoemd als de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. Het wetsontwerp omvat in tegenstelling tot de huidige Overheidsopdrachtenwet een afzonderlijke titel 'Bestuur' en waarin het onder meer monitoringsactiviteiten vaststelt met betrekking tot de controle van de toepassing van de overheidsopdrachtenreglementering door bevoegde instanties.

## **2.4 De procedures tot plaatsing van een overheidsopdracht**

### **Afdeling 1. Marktverkenning en bekendmaking van de opdracht**

In de fase van de marktverkenning zal de aanbestedende overheid voor het aanvangen van de werkelijke gunningsprocedure de markt verkennen. Deze verkenning voltrekt zich met het oog op het opstellen van de nodige opdrachtdocumenten en de vereiste specificaties. Een conditio sine qua non voor deze voorbereidende fase betreft dat onder geen enkel beding de marktverkenning een concurrentieverstorend effect heeft.<sup>118</sup> In artikel 40 van de nieuwe overheidsopdrachtenrichtlijn en artikel 51 van het wetsontwerp hanteert men niet langer de term 'marktverkenning' maar wordt het vervangen door 'voorafgaande marktconsultaties'.

---

<sup>116</sup> Wetsontwerp inzake overheidsopdrachten, *Parl. St.* Kamer 2016, nr. 1541/001, 69.

<sup>117</sup> Artikel 26 Overheidsopdrachtenwet.

<sup>118</sup> Artikel 5 KB 25 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren.

De nieuwe bepaling in het wetsontwerp is in grote lijnen analoog met de huidige en beklemtoont het dubbele oogmerk van de marktconsultaties. De aanbestedende overheid wenst op deze manier de gunning/plaatsing van haar overheidsopdracht voor te bereiden en zich eveneens op de hoogte te houden van innovaties en ontwikkelingen van producten en technieken. De aanbestedende overheid verkrijgt deze informatie door tijdens de marktconsultaties adviezen op te vragen aan publieke of private instellingen, aan deskundigen of marktdeelnemers.<sup>119</sup> De toekomstige bepaling verstrengt bovendien de toepassingsvoorwaarde van deze voorbereidende fase. Een voorafgaande marktconsultatie mag niet concurrentieverstorend zijn, maar dient tevens het discriminatieverbod en het transparantiebeginsel te respecteren.<sup>120</sup> Hieruit lijkt mijns inziens dat het principe van de gelijke behandeling van inschrijvers in elke fase van de gunningsprocedure gerespecteerd dient te worden. Vooral in een voorbereidende fase zoals de marktverkenning is het cruciaal dat alle inschrijvers gelijke kansen krijgen om hun kandidatuur in te stellen. Deze fase gaat vooraf aan de aanvang van de plaatsingsprocedure en mag niet resulteren in vooronderhandelingen met bepaalde ondernemingen.

Alvorens een overheidsopdracht wordt gegund/geplaatst, dient de opdracht eerst bekendgemaakt te worden.<sup>121</sup> De gelding van deze bekendmakingsplicht is afhankelijk van de gekozen procedure en dient zeker niet nageleefd te worden voor alle procedures. Opdrachten die geplaatst worden door middel van het doorlopen van een openbare procedure, een beperkte procedure of een onderhandelingsprocedure met bekendmaking, dienen aangekondigd te worden in het Bulletin der Aanbestedingen.<sup>122</sup> Opdrachten die de Europese drempelbedragen overschrijden dienen tevens bekendgemaakt te worden in het Publicatieblad van de Europese Unie. Artikel 32 van het uitvoeringsbesluit van 25 juli 2011 vermeldt de volgende drempelbedragen: 5.225.000 euro voor overheidsopdrachten voor werken, 209.000 euro voor de overheidsopdrachten voor leveringen en voor diensten. Alvorens over te gaan tot de uitdieping van de verscheidene wijzen voor het gunnen van overheidsopdrachten, wens ik eerst bondig het onderscheid aan te kaarten tussen de selectie- en gunningscriteria. Vervolgens licht ik een aantal onverenigbaarheden toe die ertoe kunnen strekken dat bepaalde kandidaat-inschrijvers worden geweerd van de selectiefase tijdens een aanbestedingsprocedure.

#### Afdeling 2. Onderscheid selectie- en gunningscriteria

Een onderscheid tussen de selectie en de gunning bij overheidsopdrachten wordt niet alleen in de Europese richtlijnen gemaakt, maar tevens in de Belgische regelgeving. Hoewel er ontegensprekelijk sprake is van een connectie tussen deze criteria, verschilt hun doelstelling wezenlijk.

---

<sup>119</sup> Wetsontwerp inzake overheidsopdrachten, *Parl. St. Kamer* 2016, nr. 1541/001, 98.

<sup>120</sup> Wetsontwerp inzake overheidsopdrachten, *Parl. St. Kamer* 2016, nr. 1541/001, 99.

<sup>121</sup> Artikel 19 Overheidsopdrachtenwet.

<sup>122</sup> A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 229.

De gunning van de opdracht strekt zich tot de intrinsieke waarde van de neergelegde offerte, terwijl de selectie betrekking heeft op de geschiktheid en bekwaamheid van de inschrijvers.<sup>123</sup> Volgens de Overheidsopdrachtenwet betekent selectie het volgende: "de beslissing van de aanbestedende overheid tot keuze van de kandidaten of inschrijvers op grond van het toegangsrecht en de kwalitatieve selectie".<sup>124</sup> Kwalitatieve selectiecriteria stellen de aanbestedende overheid dusdanig in staat om de bekwaamheid van de inschrijvers te beoordelen. Dergelijke criteria hebben louter betrekking op de algemene bekwaamheid van de inschrijvers zelf en kunnen als dusdanig niet wettig als gunningscriteria worden gehanteerd.<sup>125</sup> De gunning van een opdracht wordt als volgt beschreven: "de beslissing van de aanbestedende overheid of het overheidsbedrijf om de gekozen inschrijver aan te wijzen".<sup>126</sup> Het is dan ook niet meer dan vanzelfsprekend dat de gunningscriteria dienen onderscheiden te worden van de selectiecriteria. De keuze van de medecontractant door de aanbestedende overheid, wordt opgedeeld in twee fasen: de selectie- en de gunningsfase.<sup>127</sup> De selectiefase kan op haar beurt opgesplitst worden in twee fasen. De eerste fase, beter bekend als de betrouwbaarheidsselectie, betreft de uitsluiting van inschrijvers, die niet als betrouwbaar worden aanzien. De tweede fase, de kwalitatieve selectie genaamd, omvat de selectie van inschrijvers, die uit technisch, financieel en economisch oogpunt geschikt zijn om de opdracht uit te voeren.<sup>128</sup> <sup>129</sup> De inschrijver aan zich staat dusdanig centraal bij de selectiecriteria. Met de beoordeling van de bekwaamheid van de inschrijver wordt dus onderzocht of hij in staat is om de opdracht tot een goed einde te brengen en of hij zich al dan niet in een uitsluitingspositie bevindt.<sup>130</sup>

Gunningscriteria worden opgenomen in het bestek en hebben betrekking op de aard van de te verrichten prestatie of de uitvoeringswijze ervan. Bij dit type van criteria dient een onderscheid gemaakt te worden tussen de aanbesteding en de offerteaanvraag. Bij de aanbesteding zal de aanbestedende overheid de overheidsopdracht gunnen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.<sup>131</sup> Bij de offerteaanvraag wordt de overheidsopdracht gegund aan de inschrijver die de regelmatige offerte heeft ingediend die de economisch voordeligste is vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid, waarbij de gunningscriteria in acht worden genomen.<sup>132</sup> De gunningscriteria staan een objectieve vergelijking van de offertes op basis van een waardeoordeel toe. Voorbeelden van de gunningscriteria zijn terug te vinden in artikel 25, 2<sup>de</sup> lid Overheidsopdrachtenwet en betreffen onder andere: kwaliteit, prijs, technische waarde, esthetische en functionele kenmerken, milieukenmerken, sociale overwegingen en gebruikskosten.

---

<sup>123</sup> S. VAN GARSSE, "Het onderscheid tussen selectie – en gunningscriteria bij overheidsopdrachten", *Rechtskundig Weekblad* 2007-2008, 1248; K. WAUTERS. en T. CAMBIER, "Le droit d'accès aux marchés publics et la sélection qualitative", *CDPK* 2012, 388.

<sup>124</sup> Artikel 2,8° Overheidsopdrachtenwet.

<sup>125</sup> S. VAN GARSSE, "Het onderscheid tussen selectie – en gunningscriteria bij overheidsopdrachten", *Rechtskundig Weekblad* 2007-2008, 1248.

<sup>126</sup> Artikel 3,16° Overheidsopdrachtenwet.

<sup>127</sup> A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 214.

<sup>128</sup> A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 214.

<sup>129</sup> K. WAUTERS en T. CAMBIER, "Le droit d'accès aux marchés publics et la sélection qualitative", *CDPK* 2012, 391.

<sup>130</sup> S. VAN GARSSE, "Het onderscheid tussen selectie – en gunningscriteria bij overheidsopdrachten", *Rechtskundig Weekblad* 2007-2008, 1248.

<sup>131</sup> Artikel 24 Overheidsopdrachtenwet.

<sup>132</sup> Artikel 25, 1<sup>ste</sup> lid Overheidsopdrachtenwet.

Gunningscriteria kunnen door aanbestedende overheden onderverdeeld worden in tal van subgunningscriteria, die ieder afzonderlijk geëvalueerd dienen te worden. Dergelijke afzonderlijke evaluaties impliceren dat de afzonderlijke wegingscoëfficiënten gepaard gaan met deze subgunningscriteria.<sup>133</sup>

Het gelijkheidsbeginsel en hieruit voortvloeiende transparantiebeginsel vereisen dat kandidaat-inschrijvers bij het opstellen van hun offerte, kennis dienen te krijgen van de criteria, die in aanmerking worden genomen voor het determineren van de economisch voordeligste aanbidding.<sup>134</sup> <sup>135</sup> Het gelijkheidsbeginsel speelt immers een rol doorheen de verschillende fases van de gunningsprocedure van een overheidsopdracht en niet louter bij de gunning van de opdracht an sich. Zo zou het ontbreken van inlichtingen over de voorwaarden van de selectieprocedure een gebrek aan openbaarmaking impliceren. Dit zou resulteren in het uitsluiten van potentiële inschrijvers die mogelijks, indien zij kennis hadden van alle voorwaarden, tot deelname aan de gunningsprocedure zouden besluiten.<sup>136</sup> Het is hierdoor van pertinent belang dat het gelijkheidsbeginsel en het hiermee gepaard gaande beginsel van transparantie reeds verzekerd worden in de fases die voorafgaan aan de feitelijke gunning en zelfs bij de deelneming aan de aanbesteding. Het onderscheiden van selectie- en gunningscriteria is niet in alle gevallen een evidentie, zo blijkt onder meer uit het arrest NV G.S./ Stad Gent en NV C. van 12 juli 2007. De Raad van State oordeelde dat criteria met betrekking tot ervaring in een specifieke sector in beginsel niet als gunningscriteria mogen beschouwd worden. Ervaring in de sector als toetsingsgegeven betreft normaliter niet de intrinsieke waarde van de offerte, maar heeft betrekking op de geschiktheid van inschrijvers. Toch oordeelde de Raad van State dat de criteria ervaring en referenties mogelijks als gunningscriteria mogen beschouwd worden, indien "daardoor de intrinsieke kwaliteit van de offertes in het licht van de specificiteit van de opdracht kan worden aangetoond".<sup>137</sup> In concreto komt het erop neer dat de specificiteit van de overheidsopdracht het mogelijk kan maken dat gepeild wordt naar de persoon van de ontwerper en diens ervaring.<sup>138</sup>

### Afdeling 3. Uitsluitingsgronden in het kader van het toegangsrecht en de kwalitatieve selectie

Er bestaan beperkingen op de mogelijkheid van ondernemers om zich kandidaat te stellen voor een overheidsopdracht. Een aantal wettelijke uitsluitingsgronden kunnen de toegang tot een overheidsopdracht voor kandidaat-inschrijvers ontzeggen. Dit is onder meer het geval indien de kandidaat of inschrijver veroordeeld werd door een rechterlijke beslissing met kracht van gewijsde, wegens deelname aan een criminele organisatie, omkoping, fraude of witwassen van geld.<sup>139</sup> <sup>140</sup>

---

<sup>133</sup> W. TIMMERMANS en T. BRUYNINCKX, "Gunningscriteria en transparantie bij overheidsopdrachten", *NJW* 29 april 2009, 346.

<sup>134</sup> W. TIMMERMANS en T. BRUYNINCKX, "Gunningscriteria en transparantie bij overheidsopdrachten", *NJW* 29 april 2009, 346.

<sup>135</sup> K. WAUTERS en T. CAMBIER, "Le droit d'accès aux marchés publics et la sélection qualitative", *CDPK* 2012, 391.

<sup>136</sup> W. TIMMERMANS en T. BRUYNINCKX, "Gunningscriteria en transparantie bij overheidsopdrachten", *NJW* 29 april 2009, 346.

<sup>137</sup> RvS, nr. 173.478, 12 juli 2007, NV G.S./Stad Gent en NV C.

<sup>138</sup> RvS, nr. 173.478, 12 juli 2007, NV G.S./Stad Gent en NV C.

<sup>139</sup> Artikel 20 Overheidsopdrachtenwet.

<sup>140</sup> WAUTERS, K. en CAMBIER, T., "Le droit d'accès aux marchés publics et la sélection qualitative", *CDPK* 2012, 394.

Indien de ondernemer zich aan een van deze wanbedrijven heeft schuldig gemaakt, dan zal hij geen enkele kans maken om de overheidsopdracht binnen te rijven. Richtlijn 2014/24/EU voegt nieuwe verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden toe. Voor de verplichte uitsluitingsgronden worden terroristische misdrijven, kinderarbeid en andere vormen van mensenhandel toegevoegd aan de lijst. Schendingen van bepalingen van het milieu-, sociaal- en arbeidsrecht, concurrentieverstorende handelingen en dergelijke meer zijn gronden die ertoe kunnen strekken dat kandidaat-ondernemers de toegang tot een overheidsopdracht wordt ontzegd.<sup>141 142</sup>

#### Afdeling 4. Gunningswijzen

Een van de eerste stappen bij het opstarten van de plaatsingsprocedure betreft de keuze van de gunningswijze. De overheidsopdrachtenreglementering omvat diverse methoden in de vorm van procedures, die gehanteerd kunnen worden voor de gunning van de overheidsopdracht. Een overheidsopdracht kan geplaatst worden door middel van de aanwending van de aanbesteding, de offerteaanvraag, de concurrentiedialoog, de onderhandelingsprocedure met en zonder aanbesteding. Voorts zijn er nog specifieke of aanvullende opdrachten en procedures waaronder de promotieopdracht.

Zowel de aanbesteding als de offerteaanvraag kunnen open of beperkt zijn.<sup>143</sup> Een intrinsiek kenmerk van alle open procedures betreft het feit dat het aan alle belanghebbenden is toegestaan om een offerte in te dienen. Een maximaal niveau van mededinging is op deze manier gegarandeerd, aangezien iedere onderneming de mogelijkheid heeft om zich in te schrijven. De opening van de offertes vindt plaats in een openbare zitting, een hoge graad van transparantie is dus verzekerd.<sup>144</sup> Bij de beperkte procedures mag niet elke onderneming een offerte indienen, dit was enkel bestemd voor de ondernemingen die hiervoor werden uitgenodigd en geselecteerd. Een beperkte procedure beslaat twee onderscheiden fasen: de algemene bekendmaking en de selectie. In de eerste fase voltrekt zich de kandidatuurstelling bij de ondernemingen die een uitnodiging wensen. In tweede fase worden de kandidaten geselecteerd.<sup>145</sup>

#### §1. Aanbesteding en offerteaanvraag

De aanbesteding en offerteaanvraag zijn standaardprocedures binnen de klassieke sectoren van het overheidsopdrachtencontentieux. De benamingen van deze procedures zijn niet terug te vinden in de Europese overheidsopdrachtenrichtlijnen en zijn dus een opdeling die enkel gemaakt worden door de Belgische wetgever.<sup>146</sup> Artikel 24 Overheidsopdrachtenwet stipuleert uitdrukkelijk dat de overheidsopdracht gegund dient te worden aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

---

<sup>141</sup> Artikel 57 Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>142</sup> Wetsontwerp inzake overheidsopdrachten, *Parl. St.* Kamer 2016, nr. 1541/001, 121.

<sup>143</sup> S. VAN GARSSE, "Overheidsopdrachten" in I. OPDEBEEK, en A. COOLSAET (eds.), *De formele motivering van bestuurshandeling*, Brugge, die Keure, 2013, (395) 409.

<sup>144</sup> N. KIEKENS, "Wijzen van gunnen" in D. D'HOOGHE en N. KIEKENS (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, (201) 205.

<sup>145</sup> N. KIEKENS, "Wijzen van gunnen" in D. D'HOOGHE en N. KIEKENS (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, (201) 205.

<sup>146</sup> N. KIEKENS, "Wijzen van gunnen" in D. D'HOOGHE en N. KIEKENS (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, (201) 209.



De inachtneming van het gunningscriterium 'prijs' is hierbij primordiaal, gelet op de doorslaggevende rol van dit criterium.

Bij de offerteaanvraag dient de overheidsopdracht gegund te worden aan de kandidaat-inschrijver die de economisch meest voordelige offerte heeft ingediend.<sup>147</sup> Artikel 25, tweede lid geeft een exemplatieve opsomming weer van een aantal gunningscriteria, die in aanmerking komen voor de determinatie van de economisch meest voordelige offerte.<sup>148</sup> Voorts stelt het wetsartikel dat de "criteria verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht en een objectieve vergelijking van de offertes mogelijk maken op basis van een waardeoordeel". Onder meer de volgende criteria worden vermeld in het desbetreffende artikel: kwaliteit, prijs, technische waarde, esthetische en functionele kenmerken, milieukenmerken, rentabiliteit, nazorg en technische bijstand. Het is duidelijk dat bij beide standaardprocedures de keuze van de medecontractant gebeurt op basis van de door de kandidaat-inschrijvers ingediende offertes. Het voeren van onderhandelingen tijdens het doorlopen van een van deze standaardprocedures is niet toegestaan. Onderhandelingen tussen ondernemer en aanbestedende overheid zijn enkel aan de orde in de onderhandelingsprocedure en in de dialoof fase van de concurrentiedialoof.<sup>149</sup> Specifieke regels met betrekking tot de vormelijke en inhoudelijke vereisten en andere modaliteiten waaraan de offertes dienen te voldoen in het kader van deze standaardprocedures, zijn geïncorporeerd in artikelen 80 tot en met 104 KB 15 juli 2011.

## §2. Onderhandelingsprocedure

De onderhandelingsprocedure kan met of zonder voorafgaande bekendmaking worden doorlopen in een beperkt aantal limitatief opgesomde gevallen. De aanbestedende overheid zal met een beperkt aantal geselecteerde ondernemers overleggen en onderhandelingen voeren, die uitmonden in vaststellen van contractuele voorwaarden.<sup>150</sup> Artikel 26 §1 Overheidsopdrachtenwet vermeldt de gevallen waarin een overheidsopdracht mag gegund/geplaatst worden via de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. De tweede paragraaf van het desbetreffende artikel stipuleert in welke gevallen de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking aangewend kan worden. In deze procedure is het aan elke deelnemer toegestaan een aanvraag tot deelneming in te dienen, maar waarbij alleen de geselecteerden ook daadwerkelijk een offerte mogen voorleggen. De geselecteerde ondernemers en de aanbestedende overheid onderhandelen over de voorwaarden van de overheidsopdracht. Bij de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking raadpleegt de aanbestedende overheid de door haar gekozen ondernemers en onderhandelt met een of meer van de geselecteerden voor de voorwaarden van de opdracht.<sup>151</sup> Het gelijkheidsbeginsel dient zowel in de onderhandelingsprocedure met bekendmaking als zonder bekendmaking in acht genomen te worden.

---

<sup>147</sup> Artikel 25 Overheidsopdrachtenwet.

<sup>148</sup> N. KIEKENS, "Wijzen van gunnen" in D. D'HOOGHE en N. KIEKENS (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, (201) 210.

<sup>149</sup> N. KIEKENS, "Wijzen van gunnen" in D. D'HOOGHE en N. KIEKENS (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, (201) 210.

<sup>150</sup> N. KIEKENS, "Wijzen van gunnen" in D. D'HOOGHE en N. KIEKENS (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, (201) 214.

<sup>151</sup> N. KIEKENS, "Wijzen van gunnen" in D. D'HOOGHE en N. KIEKENS (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, (201) 215.

Dit blijkt uit artikel 26 § 3 Overheidsopdrachtenwet waarin expliciet beklemtoond wordt dat de aanbestedende overheid de gelijke behandeling van alle inschrijvers dient te verzekeren. De overheid mag dusdanig geen discriminerende informatie verstrekken die bepaalde inschrijvers kan bevoordelen ten koste van anderen. In het volgende hoofdstuk zal blijken dat het gelijkheidsbeginsel van primordiaal belang is, aangezien in de onderhandelingsprocedure de overheid op min of meer gelijke voet optreedt als de geselecteerde ondernemer. Artikelen 105 tot en met 110 KB plaatsing van overheidsopdrachten bieden een verdiepende blik naar de bijpassende procedurele aspecten van het verloop van de onderhandelingsprocedure. Hierboven is reeds gewag gemaakt van de naamswijziging van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking. De nieuwe overheidsopdrachtenrichtlijn en het wetsontwerp van de nieuwe basiswet benoemen deze procedure voortaan als "de mededingingsprocedure met bekendmaking". De klemtoon wordt voornamelijk gelegd op mededinging om een duidelijk onderscheid met de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking te handhaven. De gevallen waarin deze procedure kan aangewend worden zijn versoepeld.<sup>152</sup>

### §3. Concurrentiedialoog

De concurrentiedialoog, geregeld in artikel 27 Overheidsopdrachtenwet, staat te boek als een procedure die bestemd is voor de plaatsing van bijzonder ingewikkelde opdrachten. Het is aan elke belanghebbende toegestaan om te participeren. Zoals de benaming van de procedure reeds doet vermoeden, treedt de aanbestedende overheid in dialoog met de voor deze procedure geselecteerde kandidaten met als doel een of meer oplossingen uit te werken, die aan de behoefte van de aanbestedende overheid voldoen. Op basis van de dialoog en de mogelijke oplossingen die hieruit voortvloeien wordt aan de geselecteerde kandidaten de kans geboden om een offerte in te dienen.<sup>153</sup> De aanbestedende overheid kan gewoonlijk enkel gebruik maken van de concurrentiedialoog bij een ingewikkelde opdracht, wanneer zij "objectief niet in staat is de technische middelen te bepalen die aan haar behoeften kunnen voldoen of te beoordelen wat de markt te bieden heeft op het vlak van technische, financiële of juridische oplossingen".<sup>154</sup> Deze gunningswijze wordt daarenboven vaak gehanteerd voor complexe projecten die voortvloeien uit publiek-private samenwerking, wanneer deze toegewezen worden aan ondernemers via de overheidsopdrachtenreglementering.<sup>155</sup> Dit wordt in het hoofdstuk over publiek-private samenwerking nader toegelicht. Het tweede lid van wetsartikel 27 sluit iedere vorm van twijfel uit: de gelijke behandeling van alle deelnemers tijdens de dialoog is een van de voorschriften die dient verzekerd te worden. Verdere specifieke modaliteiten omtrent de gunning via concurrentiedialoog zijn vervat in artikelen 111-114 koninklijk besluit 15 juli 2011. Artikel 120 juncto 39 van het nieuwe wetsontwerp inzake overheidsopdrachten stipuleert dat de toepassingsvoorwaarden vervat in artikel 27 Overheidsopdrachtenwet worden hernomen. Het toepassingsgebied van de concurrentiegerichte dialoog (i.e. de gewijzigde benaming voor 'concurrentiedialoog') ondergaat een significante verruiming.

---

<sup>152</sup> Wetsontwerp inzake overheidsopdrachten, *Parl. St.* Kamer 2016, nr. 1541/001, 73.

<sup>153</sup> N. KIEKENS, "Wijzen van gunnen" in D. D'HOOGHE en N. KIEKENS (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, (201) 240.

<sup>154</sup> Artikel 27 Overheidsopdrachtenwet.

<sup>155</sup> C. DUBOIS en J. DUVAL, "Le dialogue compétitif: une nouvelle procédure de passation pour des marchés complexes", CDPK 2012, 360.

Vanaf de inwerkingtreding van de nieuwe basiswet overheidsopdrachten kunnen volgende domeinen via deze procedure gegund worden: innovatieve projecten, omvangrijke geïntegreerde infrastructuurwerken, grote computernetwerken en projecten met een complexe en gestructureerde financiering.<sup>156</sup>

#### §4 Innovatiepartnerschap

Zoals reeds eerder aangehaald is het innovatiepartnerschap een nieuwe gunningsprocedure die ingevoerd wordt door de nieuwe overheidsopdrachtenrichtlijn. Vanaf 18 april 2016 beschikt de aanbestedende overheid dus over een nieuwe wijze om overheidsopdrachten te plaatsen. Volgens artikel 40 van het wetsontwerp is de procedure gericht op de "ontwikkeling van innovatieve producten, diensten of werken en de daaropvolgende aankoop van de daaruit resulterende werken, leveringen en diensten, wanneer niet kan worden voorzien in de behoefte van de aanbestedende overheid met de aankoop van reeds op de markt beschikbare werken, leveringen of diensten".

#### §5. Specifieke of aanvullende opdrachten en procedures

De promotieovereenkomst voor werken wordt als volgt gedefinieerd: "de overheidsopdracht die zowel betrekking heeft op het financieren als op het uitvoeren van werken en in voorkomend geval op elke dienstverlening in dat verband".<sup>157</sup> De toepassingsvoorwaarden van deze specifieke procedure zijn vervat in artikel 28 Overheidsopdrachtenwet. Dit wetsartikel bepaalt onder meer dat contractuele waarborgen van de promotor geëist kunnen worden. De promotor is voorts verplicht zijn verantwoordelijkheden op te nemen, die ten laste vallen van de aannemer en aan de wettelijke verplichtingen te voldoen, die gepaard gaan met de erkenning van de aannemers van werken.<sup>158</sup> In artikel 2, 55° en 56° van het nieuwe wetsontwerp wordt beklemtoond dat deze procedure ongewijzigd zal behouden blijven na de inwerkingtreding van de nieuwe basiswet.

In de overheidsopdrachten wordt volgende definitie toegekend aan het dynamisch aankoopstelsel: "het geheel proces voor het verwerven van leveringen en diensten voor courant gebruik, met algemeen op de markt beschikbare kenmerken, die overeenstemmen met de behoeften van de aanbestedende overheid of van het overheidsbedrijf, dat beperkt is in de tijd en gedurende de hele looptijd openstaat voor elke leverancier en dienstverlener, die voldoet aan de selectiecriteria en een indicatieve offerte heeft ingediend overeenkomstig de eisen van de opdrachtdocumenten".<sup>159</sup> Artikel 29 Overheidsopdrachtenwet bepaalt dat het gebruik van een dynamisch aankoopstelsel vereist dat "voor elke specifieke opdracht een open procedure en de aanwending van alle elektronische middelen in alle stadia van de procedure tot de gunning van de opdracht". Uit artikel 44 van het wetsontwerp inzake overheidsopdrachten kan gededuceerd worden dat de procedure grondig gewijzigd is. Zo is onder andere het toepassingsgebied van het dynamische aankoopstelsel uitgebreid tot opdrachten voor werken voor courant gebruik en dus niet langer alleen voor diensten en leveringen.<sup>160</sup>

---

<sup>156</sup> Wetsontwerp inzake overheidsopdrachten, *Parl. St.* Kamer 2016, nr. 1541/001, 78.

<sup>157</sup> Artikel 3, 11° Overheidsopdrachtenwet.

<sup>158</sup> Artikel 28 Overheidsopdrachtenwet.

<sup>159</sup> Artikel 3, 13° Overheidsopdrachtenwet.

<sup>160</sup> Wetsontwerp inzake overheidsopdrachten, *Parl. St.* Kamer 2016, nr. 1541/001, 90.

Een raamovereenkomst wordt door de overheidsopdrachtenwet gedefinieerd als “een overeenkomst tussen één of meer aanbestedende overheden of overheidsbedrijven en één of meer aannemers, leveranciers of dienstverleners met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te plaatsen overheidsopdrachten vast te leggen, met name wat betreft de beoogde hoeveelheden”.<sup>161</sup> Artikel 32 Overheidsopdrachtenwet verplicht de aanbestedende overheid om dezelfde gunningscriteria te hanteren bij de keuze van de partijen bij de raamovereenkomst en de plaatsing van de op deze overeenkomst gesteunde opdracht. Voorts mogen de in de raamovereenkomst vastgelegde voorwaarden niet gewijzigd worden doorheen de verdere verloop van de procedure. Artikel 43 van het wetsontwerp inzake overheidsopdrachten vermeldt dat de huidige regeling in gewijzigde vorm zal overgenomen worden in de nieuwe overheidsopdrachtenwet.

#### §6. Concessie voor openbare werken

De begripsomschrijving van een concessie voor openbare werken luidt als volgt: “de overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdrachten voor werken, behalve dat de tegenprestatie voor werken bestaat uit hetzij uitsluitend het recht het werk te exploiteren, hetzij dit recht gepaard gaande met een prijs”.<sup>162</sup> De toepassingsvoorwaarden en modaliteiten zijn vermeld in artikel 34 Overheidsopdrachtenwet.

---

<sup>161</sup> Artikel 3, 15° Overheidsopdrachtenwet.

<sup>162</sup> Artikel 3,12° Overheidsopdrachtenwet.



## **Hoofdstuk 3. De rol van het gelijkheidsbeginsel in het overheidsopdrachtenrecht**

### **3.1 Analyse van de rechtspraak**

Ik heb in het eerste hoofdstuk van deze masterscriptie aangekaart dat het gelijkheidsbeginsel toegepast in het overheidsopdrachtencontentieux onder meer vereist dat inschrijvers zich in een gelijkaardige positie dienen te bevinden, zowel in de voorbereidingsfase van hun aanbiedingen als bij de beoordeling ervan door de aanbestedende overheid. Alle offertes dienen daarenboven in overeenstemming te zijn met de voorschriften vervat in het bestek, opdat een objectieve vergelijking tussen de inschrijvers mogelijk is.<sup>163</sup> Voorts is de aanbestedende overheid ertoe genoodzaakt bij de beoordeling van de offertes de aangewende gunningscriteria op objectieve en gelijke wijze toe te passen op alle inschrijvers.<sup>164</sup> In dit hoofdstuk worden arresten geveld door de Raad van State afdeling Bestuursrechtspraak grondig geanalyseerd en diepgaand onderzocht. Volstrekt binnen het onderzoekkader van deze scriptie heb ik de beoordelingen van de Raad van State aangaande de gelijke behandeling van inschrijvers in het overheidsopdrachtencontentieux bestudeerd. Met onderstaande analyses wordt beoogd de belangrijke rol van het gelijkheidsbeginsel in het overheidsopdrachtencontentieux kenbaar te maken.

De Raad van State oordeelde in een arrest van 2 juli 2013 dat de onderhandelingsprocedure met bekendmaking een flexibel kader biedt aan de aanbestedende overheid. De overheid kan immers met de inschrijvers onderhandelen en heeft daarenboven een grotere vrijheid om de procedure in te richten en te doorlopen.<sup>165</sup> Dergelijke flexibiliteit kan echter beperkt worden niet alleen door het wettelijk en reglementair kader, maar eveneens door de toepassing van het gelijkheidsbeginsel. De aanbestedende overheid is immers verplicht de gelijke behandeling van alle betrokkene inschrijvers tijdens de onderhandelingen te waarborgen. Zo is het absoluut not done dat de overheid discriminerende informatie vrijgeeft, die sommige inschrijvers kunnen bevoordelen tegenover andere.<sup>166</sup> In dit arrest blijkt dat de aanbestedende overheid zich engageerde om het gelijkheidsbeginsel te waarborgen tijdens de onderhandelingen met de inschrijvers. Hetgeen duidt op het feit dat de waarborg van het beginsel van gelijke behandeling een aanvang nam na de inschrijving van de ondernemers. Vanaf de inschrijving en tijdens de dialoofases werd de overheid geacht dit beginsel te respecteren. Ongelijktijdige informatieverstrekking en een ongelijke verdeling van de onderhandelingsduur constitueren een flagrante inbreuk op het gelijkheidsbeginsel.

Dat het gelijkheidsbeginsel als een beperking geldt op het flexibel karakter van de onderhandelingsprocedure werd reeds in een eerder arrest van 18 juni 2009 aangehaald door de Raad van State.<sup>167</sup> In deze zaak had de aanbestedende overheid het gelijkheidsbeginsel geschonden door in het raam van een onderhandelingsprocedure een offerte, die aanvankelijk enkel een niet-besteksconforme uitvoering van de opdracht bevatte, toch te hebben toegelaten.

---

<sup>163</sup> C. DE KONINCK, *Encyclopedie van het Overheidsopdrachtenrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2010, 158.

<sup>164</sup> C. DE KONINCK, *Encyclopedie van het Overheidsopdrachtenrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2010, 158.

<sup>165</sup> RvS 2 juli 2013, nr. 224.222, Strabag Real Estate GMBH, NV Sodexo Belgium, Barclays Infrastructure Funds Management Ltd/Regie der Gebouwen.

<sup>166</sup> RvS 2 juli 2013, nr. 224.222, Strabag Real Estate GMBH, NV Sodexo Belgium, Barclays Infrastructure Funds Management Ltd/Regie der Gebouwen.

<sup>167</sup> RvS 18 juni 2009 nr.194.337, Franki construct/NMBS Holding.

De schending van het gelijkheidsbeginsel berust op het feit dat de aanbestedende overheid een gelijkaardige offerte voorgesteld door de verzoekende partij niet heeft toegelaten.<sup>168</sup> Door deze handeling heeft de aanbestedende overheid ervoor gezorgd dat een objectieve vergelijking van de niet-toegelaten offerte met de andere ingediende offerte, die wel bij aanvang van de onderhandeling in overeenstemming waren met het bestek, niet meer mogelijk was.<sup>169</sup> De discretionaire bevoegdheid en dusdanig de beoordelingsvrijheid waarover de aanbestedende overheid beschikt bij de flexibele gunningsprocedure, wordt effectief gelimiteerd door het gelijkheidsbeginsel. De aanbestedende overheid kan haar discretionaire bevoegdheid onder geen enkel beding willekeurig uitoefenen tijdens het doorlopen van de onderhandelingsprocedure. Zelfs voor dat de daadwerkelijke onderhandelingsdialogen worden opgestart, dient het gelijkheidsbeginsel gerespecteerd te worden. Zo is het absoluut niet done dat een inschrijver wiens offerte een niet-bestekconforme uitvoering van de opdracht inhoudt, participeert aan de onderhandelingen. Dit toont duidelijk aan dat de aanbestedende overheid garant staat voor de gelijke behandeling van alle betrokken ondernemers vanaf hun kandidaatstelling.

Volgens de Raad van State is het gelijkheidsbeginsel geschonden indien de aanbestedende overheid vier inschrijvers de kans heeft aangeboden hun offerte aan te passen via een uitnodiging tot een tweede onderhandelingsprocedure en zelfs hiermee rekening te houden, zonder dat de andere niet uitgesloten inschrijvers uitdrukkelijk de kans kregen een aangepaste offerte in te dienen.<sup>170</sup> Uit dit arrest blijkt eens te meer dat de Raad van State van oordeel is dat er grenzen zijn aan de flexibiliteit van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking. Het gelijkheidsbeginsel dient doorheen de hele procedure gewaarborgd te worden door de aanbestedende overheid. Het staat buiten kijf dat de aanbestedende overheid voor een lastige evenwichtsoefening staat bij het structureren van de onderhandelingsprocedure. Het is allesbehalve een sinecure om een evenwicht te vinden tussen het waarborgen van het gelijkheidsbeginsel en gelijktijdig een voldoende flexibele wijze van aanbesteden te voorzien.

De Raad van State boog zich in de zaak NV DC Industrial/NV Waterwegen en Zeekanaal over het feit of het gelijkheidsbeginsel al dan niet geschonden zou zijn wanneer niet alle inschrijvers in dezelfde mate geïnformeerd worden alvorens een best and final offer in te dienen.<sup>171</sup> De aanbestedende overheid had tijdens de eerste onderhandelingsronde vier inschrijvers de kans gegeven om een verbeterde offerte in te dienen, nadat laatstgenoemden werden geïnformeerd voor welke posten zij een verbeterde eenheidsprijs wilde. Het werkelijke probleem was dat niet elke inschrijver deze informatie ontving van de aanbestedende overheid, waardoor sommigen hun offertes beter konden afstemmen op de wensen van de overheid. De Raad van State oordeelde dan ook mijns inziens terecht dat het gelijkheidsbeginsel met de voeten is getreden. Hoewel iedere inschrijver de kans kreeg om een best and final offer in te dienen, werden vier inschrijvers meer geïnformeerd en konden hierdoor gerichter een verbeterde offerte indienen.<sup>172</sup>

---

<sup>168</sup> RvS 18 juni 2009 nr.194.337, Franki construct/NMBS Holding.

<sup>169</sup> RvS 18 juni 2009, nr. 194.337, Franki construct/NMBS Holding.

<sup>170</sup> RvS 27 mei 2010, nr. 204.410, NV Mebumar België/Tussengemeentelijke Maatschappij der Vlaanderen voor watervoorziening.

<sup>171</sup> RvS 18 oktober 2011, nr. 215.797, NV DC Industrial/NV Waterwegen en Zeekanaal.

<sup>172</sup> RvS 18 oktober 2011, nr. 215.797, NV DC Industrial/NV Waterwegen en Zeekanaal.

Ik concludeer hieruit dat voortijdige en ongelijke informatieverstrekking aanleiding kan geven tot een ongelijke behandeling van de inschrijvers en dusdanig een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel. Uit het arrest blijkt duidelijk dat de reeds besproken evenwichtsoefening tussen waarborg van het gelijkheidsbeginsel en het op een flexibele manier aanbesteden nog uitdagender is bij de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Het is immers door deze variant van de onderhandelingsprocedure dat de overheid over nog meer marge/manoeuvrerruimte beschikt om "contacten te hebben met één of meerdere inschrijvers op verscheidene tijdstippen zolang de verdiensten van elke offerte worden onderzocht."<sup>173</sup> Deze variant kenmerkt zich door een groter flexibel gehalte dan de onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

In de zaak NV Intrum/CVBA Sibelga werd een overheidsopdracht voor diensten en gerechtelijke invorderingen via de onderhandelingsprocedure met bekendmaking gegund aan een inschrijver.<sup>174</sup> De verzoekende partij was van mening dat de aanbestedende overheid het beginsel van de gelijke behandeling en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel schond door de aangewende beoordelingsmethodologie niet vooraf aan de inschrijvers bekend te maken.<sup>175</sup> De Raad van State vermeldt echter dat conform het vigerende recht er geen verplichting rust op de aanbestedende overheid om de beoordelingsmethode vooraf kenbaar te maken. De beoordelingsmethode bekendmaken na de fase van de opening der offertes doet geen afbreuk aan het beginsel van de gelijke behandeling en het hiermee gepaard gaande transparantiebeginsel. De Raad van State oordeelt dat de bekendmaking van de methodiek na de opening van de offertes geen aanleiding geeft tot een andere beoordeling van de offertes.<sup>176</sup> Voorts kan men in casu moeilijk opmerken dat het beginsel van de gelijke behandeling van inschrijvers geschonden is, gelet op het feit dat geen enkele inschrijver notie had van de beoordelingsmethodologie. Mijn inziens lijkt hier inderdaad geen sprake te zijn van een schending van het beginsel van de gelijke behandeling. Indien niet elke inschrijver op hetzelfde moment werd gebriefd dan lijkt me een schending van het beginsel van gelijke behandeling zeker mogelijk.

In BVBA Buro Center/Gemeenschapsonderwijs werd de plaatsing van een overheidsopdracht aangaande een huur en all-in onderhoudscontract door middel van de offerteaanvraag ter betwisting voorgelegd aan de Raad van State.<sup>177</sup> De Raad van State oordeelt in dit arrest dat het gelijkheidsbeginsel geschonden wordt wanneer de aanbestedende overheid de offerte verkiest van een inschrijver, wetende dat deze offerte strijdig is met de vooropgestelde essentiële bestekvereisten. Indien de aanbestedende overheid ondanks het feit dat er andere inschrijvers zijn met offertes die wel voldoen aan de bestekbepalingen, toch de offerte opteert die in gebreke is met deze bepalingen, dan benadeelt zij de overige inschrijvers.<sup>178</sup> Het beginsel van de gelijke behandeling van inschrijvers is schromelijk met de voeten getreden. Gelet op het feit dat hier gekozen werd om de opdracht via de offerteaanvraag te gunnen, wordt het gelijkheidsbeginsel gewaarborgd door verscheidene offertes objectief te vergelijken op basis van de gunningscriteria.

---

<sup>173</sup> RvS 18 oktober 2011, nr. 215.797, NV DC Industrial/NV Waterwegen en Zeekanaal.

<sup>174</sup> RvS 14 januari 2014, nr. 226.031, NV Intrum/CVBA Sibelga.

<sup>175</sup> RvS 14 januari 2014, nr. 226.031, NV Intrum/CVBA Sibelga.

<sup>176</sup> RvS 14 januari 2014, nr. 226.031, NV Intrum/CVBA Sibelga.

<sup>177</sup> RvS 3 mei 2012, nr. 219.168, BVBA Buro Center/ Gemeenschapsonderwijs.

<sup>178</sup> RvS 3 mei 2012, nr. 219.168, BVBA Buro Center/ Gemeenschapsonderwijs.



De gelijke behandeling van alle betrokken ondernemers wordt ook bij deze gunningswijze pas in acht genomen na de inschrijving.

De Raad van State oordeelt in een ander arrest dat er geen sprake is van de schending van het beginsel van de eerlijke mededinging en het hiermee gepaard gaande gelijkheidsbeginsel, wanneer er sprake is van een structurele verwevenheid tussen het opdrachtgevend bestuur en de inschrijver, die geselecteerd wordt voor de uitvoering van de overheidsopdracht.<sup>179</sup> Hierbij dient een belangrijke kantmelding gemaakt te worden: de inschrijver mag onder geen beding een concurrentieel voordeel hebben genoten. In dit arrest wordt aangetoond dat het gelijkheidsbeginsel eveneens in acht genomen dient te worden bij de plaatsing van een overheidsopdracht via een algemene aanbesteding.

In het arrest Labonorm betoogde de verzoekende partij dat de aanbestedende overheid het gelijkheidsbeginsel schond, doordat zij het bestek op maat van één inschrijver geschreven heeft. Voor de plaatsing van de overheidsopdracht die betrekking had op het uitrusten van laboratoria, vereiste de aanbestedende overheid dat de inschrijvers over een ISO-certificaat beschikten.<sup>180</sup> Met de aanwending van dit selectie criterium zou de overheid volgens de verzoeker een bedrijf bevoordelen, aangezien geen enkel ander bedrijf over dergelijke certificering beschikte. Het tegendeel bleek echter het geval te zijn, meerdere inschrijvers beschikten immers over het nodige certificaat.<sup>181</sup> Dit arrest dient gekaderd te worden in een breder spectrum met name de discussie of de eis tot voorlegging van certificaten, attesten etc. op basis van artikel 69, 1<sup>o</sup>, 2<sup>o</sup> en 30 KB 15 juli 2011 een schending van het gelijkheids- en mededingingsbeginsel kan uitmaken. De eis tot voorlegging van certificaten, attesten en dergelijke meer is in principe toegelaten zolang er maar geen schending is van het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van vrije mededinging. De certificaten en attesten die hier als selectiecriteria worden aangewend, dienen objectief en relevant te zijn.<sup>182</sup> De certificaten en attesten die in het raam van selectiecriteria worden vereist, dienen daarenboven in verhouding te staan met de aard, omvang en complexiteit van de opdracht.<sup>183</sup> <sup>184</sup> De Raad van State legt in casu de klemtoon op deze belangrijke toepassingsvoorwaarde voor selectiecriteria.<sup>185</sup> De eis tot voorlegging van dergelijke certificaten en eisen in het raam van selectiecriteria geven in bepaalde gevallen aanleiding tot een schending van het gelijkheidsbeginsel.

---

<sup>179</sup> RvS 4 juni 1997, nr. 66.538, NV Kumpen en NV Betonac/Vlaams Gewest.

<sup>180</sup> RvS 15 juli 2010, nr. 206.645, NV Labonorm.

<sup>181</sup> RvS 15 juli 2010, nr. 206.645, NV Labonorm.

<sup>182</sup> P. LOMBAERTS, *selectiecriteria met betrekking tot de technische draagkracht*, [www.ubf-aca.be/files/ckfinder/files/Presentatie%20Piet%20Lombaerts%20-%20selectiecriteria%20met%20betrekking%20tot%20de%20technische%20draagkracht%20%5BCompatibiliteit.pdf](http://www.ubf-aca.be/files/ckfinder/files/Presentatie%20Piet%20Lombaerts%20-%20selectiecriteria%20met%20betrekking%20tot%20de%20technische%20draagkracht%20%5BCompatibiliteit.pdf).

<sup>183</sup> P. LOMBAERTS, *selectiecriteria met betrekking tot de technische draagkracht*, [www.ubf-aca.be/files/ckfinder/files/Presentatie%20Piet%20Lombaerts%20-%20selectiecriteria%20met%20betrekking%20tot%20de%20technische%20draagkracht%20%5BCompatibiliteit.pdf](http://www.ubf-aca.be/files/ckfinder/files/Presentatie%20Piet%20Lombaerts%20-%20selectiecriteria%20met%20betrekking%20tot%20de%20technische%20draagkracht%20%5BCompatibiliteit.pdf).

<sup>184</sup> U. BRUGGEMAN, *Handleiding overheidsopdrachten voor de klassieke sectoren op basis van de wet van 15 juni 2006*, [http://www.publicprocurement.be/sites/default/files/documents/handleiding\\_overheidsopdrachten\\_nieuwe\\_reglementering9.pdf](http://www.publicprocurement.be/sites/default/files/documents/handleiding_overheidsopdrachten_nieuwe_reglementering9.pdf).

<sup>185</sup> RvS 26 april 2012 nr. 219.074, BVBA Marc Verhoeve/de Stad Dilsen-Stokkem.

Zo oordeelde de Raad van State in een arrest van 28 februari 2006 dat dergelijke selectiecriteria te specifieke eisen vormen en ervoor zorgen dat minder bedrijven in aanmerking komen.<sup>186</sup> In een ander arrest had de aanbestedende overheid niet met de nodige zorgvuldigheid onderzocht of een inschrijver wel aan alle selectievereisten van het bestek voldeed en stond het een afwijking toe op deze vereisten in het voordeel van de gekozen inschrijver. Hierdoor schond de aanbestedende overheid het gelijkheidsbeginsel aangezien bij afgezwakte selectievereiste meerdere kandidaat-inschrijvers een offerte konden indienen.<sup>187</sup> Zoals het reeds eerder besproken arrest Labonorm liet blijken, is de Raad van State niet altijd van oordeel dat het gelijkheidsbeginsel en het mededingingsbeginsel geschonden worden bij de aanwending van dergelijke selectiecriteria. Het gaat vooral om het feit op welke manier de aanbestedende overheid omgaat met de selectiecriteria. Voorts is het belangrijk te duiden dat de eis tot voorlegging van certificaten in casu werd gehanteerd als objectief criterium, geldend voor alle betrokken inschrijvers in dezelfde mate. Indien slechts één inschrijver voldoet aan het vereiste, objectieve criterium is het logisch dat de andere inschrijvers niet langer aanspraak kunnen maken op de toewijzing van de overheidsopdracht.

In de zaak NV Janssens/Stad Brussel waarbij de aanbestedende overheid via een openbare aanbesteding een overheidsopdracht met betrekking tot het inrichten van tijdelijke parkeerverbodzones en het openen/sluiten van openbare ruimten gedurende een periode van 12 maanden, werd eveneens een mogelijke schending van het gelijkheidsbeginsel beargumenteerd door de verzoekende partij.<sup>188</sup> De Raad van State oordeelde echter dat het niet aan de aanbestedende overheid is om na te gaan of een inschrijver al dan niet onder het juiste paritair comité werd geklasseerd en om in dat verband controles uit te voeren, die aan andere overheden toekomen. De verzoekende partij beweerde immers dat doordat een inschrijver ressorteerde onder een ander paritair comité, waarin lagere minimumlonen golden, deze mogelijks anders werd behandeld dan andere ondernemingen die dezelfde activiteiten uitvoerden.<sup>189</sup> De Raad van State oordeelde dusdanig dat men niet op deze manier kan aantonen dat het gelijkheidsbeginsel met de voeten is getreden, ook al oefenen de ondernemingen van een ander paritair comité dezelfde activiteiten uit als de fout geklasseerde onderneming. Men kan dus niet verwachten dat de aanbestedende overheid nagaat of een inschrijver onder het correcte paritair comité werd geklasseerd.<sup>190</sup>

De Raad van State beklemtoonde in diens oordeel in een andere zaak nogmaals hoe belangrijk het is dat de verzoekende partij ernstige argumenten voor de dag brengt om een mogelijke schending van het gelijkheidsbeginsel door de overheid aan te tonen.<sup>191</sup> Een van de inschrijvers had een vergadering bijgewoond van de aanbestedende overheid, waarbij uit de doeken werd gedaan welk probleem de overheid ondervond en dewelke zij wenst op te lossen door middel van het uitschrijven van een overheidsopdracht.

---

<sup>186</sup> RvS 28 februari 2006, nr. 155634, NV Houwaer/de Stad Hasselt.

<sup>187</sup> RvS 2 mei 2013, nr. 223.362, BVBA Ichoosr/de provincie Oost-Vlaanderen.

<sup>188</sup> RvS 18 juni 2009, nr. 194.341, NV Janssens/Stad Brussel.

<sup>189</sup> RvS 18 juni 2009, nr. 194.341, NV Janssens/Stad Brussel.

<sup>190</sup> RvS 18 juni 2009, nr. 194.341, NV Janssens/Stad Brussel.

<sup>191</sup> RvS 29 november 2011, nr. 216.545, BVBA advocatenkantoor Bert Beelen/Intercommunaal Samenwerkingscomité van Waterbedrijven CVBA.

Het feit dat een inschrijver over enige voorkennis beschikt van de problematiek en van de wensen van een aanbestedende overheid, houdt niet automatisch een bevoordeling in en bijgevolg geen schending van het gelijkheidsbeginsel, eens temeer gelet op de gevolgde gunningswijze van de onderhandelingsprocedure.<sup>192</sup> De Raad van State kaartte aan dat de voorkennis die de inschrijver had verworven na het bijwonen van de vergadering een verstoring effect op de normale mededingingsvoorwaarden kan hebben. Door louter e-mailverkeer voor te leggen om die voorkennis te bewijzen, kan men niet tot de conclusie komen dat de inschrijver bevoordeeld is en dat de voorwaarden voor vrije mededinging vertekend worden.<sup>193</sup>

Een interessant oordeel van de Raad van State met betrekking tot de rol van het gelijkheidsbeginsel is terug te vinden in een arrest waarbij het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen via een openbare aanbesteding de opdracht 'verdiepingsbaggerwerken' gunde aan een baggerbedrijf.<sup>194</sup> Volgens de Raad van State is er geen sprake van een schending van het gelijkheidsbeginsel wanneer de aanbestedende overheid faciliterend is opgetreden ten aanzien van een uitvoeringsmethode met betrekking tot de berging van baggerspecie. Deze redenering is enkel correct wanneer alle inschrijvers zonder onderscheid op gelijke wijze gebruik kunnen maken van de verkregen toelating tot berging van baggerspecie.<sup>195</sup> Het gelijkheidsbeginsel zou in casu sowieso niet overtreden zijn, gelet op het feit dat aan alle inschrijvers de mogelijkheid werd aangeboden om vrij de uitvoeringsmethode te kiezen en dus de eventueel daaraan verbonden risico's in te calculeren in hun offerteprijs.<sup>196</sup> De aanbestedende overheid wordt geacht de offertes op een objectieve wijze met elkaar te vergelijken en hierbij de conformiteit van de offertes met de gunningscriteria in gedachten houden. Vanaf het tijdstip van de inschrijving tot aan de gunning van de opdracht met de laagste regelmatige inschrijver dient de aanbestedende overheid alle inschrijvers gelijkwaardig te behandelen. Anderzijds is de overheid verplicht om proportionele selectie-eisen te voorzien om een eerlijke mededinging en dusdanig een gelijke behandeling te garanderen.

Statutaire verschillen tussen inschrijvers, waarbij de ene de hoedanigheid van een naamloze vennootschap heeft en de andere een intercommunale vereniging, geven niet noodzakelijk aanleiding tot een verschil in behandeling door de aanbestedende overheid. Volgens de Raad van State lijkt het algemeen aanvaard dat publiekrechtelijke rechtspersonen zoals intercommunale verenigingen deel kunnen nemen aan overheidsopdrachten, zonder dat dit als dusdanig een schending van het gelijkheidsbeginsel en het mededingingsbeginsel impliceert.<sup>197</sup>

---

<sup>192</sup> RvS 29 november 2011, nr. 216.545, BVBA advocatenkantoor Bert Beelen/Intercommunaal Samenwerkingscomité van Waterbedrijven CVBA.

<sup>193</sup> RvS 29 november 2011, nr. 216.545, BVBA advocatenkantoor Bert Beelen/Intercommunaal Samenwerkingscomité van Waterbedrijven CVBA.

<sup>194</sup> RvS 5 december 2013, nr. 225.728, NV Ondernemingen Jan De Nul, NV Dredging International, NV Deme Environmental Contractors, NV Envisan/Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen.

<sup>195</sup> RvS 5 december 2013, nr. 225.728, NV Ondernemingen Jan De Nul, NV Dredging International, NV Deme Environmental Contractors, NV Envisan/Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen.

<sup>196</sup> RvS 5 december 2013, nr. 225.728, NV Ondernemingen Jan De Nul, NV Dredging International, NV Deme Environmental Contractors, NV Envisan/Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen.

<sup>197</sup> RvS 10 februari 2009, nr. 190.341, NV Van Gansewinkel/Universiteit Gent.

Desalniettemin werd eerst onderzocht of de waarborg van het gelijkheidsbeginsel bij het selecteren van de laagste regelmatige offerte wel voldoende gegarandeerd werd, gelet op de conformiteit met de bestekbepalingen. Indien de aanbestedende overheid een identieke vragenlijst aan alle inschrijvers bezorgt, dan lijkt het beginsel van de gelijke behandeling van inschrijvers te impliceren dat iedere inschrijver ook dezelfde tijd krijgt om te antwoorden op een identieke vragenlijst.<sup>198</sup> Het staat buiten kijf dat een van de inschrijvers na herhaaldelijk uitstel te hebben gevraagd om te antwoorden op de vragen van de overheid, niet kan hard maken dat zij ongelijk behandeld wordt, wanneer blijkt dat geen rekening wordt gehouden met haar laattijdige antwoorden. De verzoekende partij had zelfs na overleg met de overheid nagelaten de vooruitgeschoven deadline te respecteren, terwijl anderen dit wel deden.<sup>199</sup>

In de zaak NV Alpha Classical Cleaning/NMBS Holding werd door de Raad van State beklemtoond dat het stellen van bijkomende vragen aan enkele inschrijvers omtrent prijzen voor bepaalde posten, geen ongelijke behandeling impliceert.<sup>200</sup> Indien een inschrijver beslist om haar offerte ongewijzigd te laten en de reeds vermelde prijzen gewoon te verantwoorden als reactie op de vragen van de aanbestedende overheid, kan zij moeilijk argumenteren dat zij ongelijk behandeld werd wanneer andere inschrijvers wel opteren om hun offertes aan te passen door wijzigingen toe te brengen aan de inventaris.<sup>201</sup> Het gelijkheidsbeginsel wordt hier gewaarborgd door aan iedere inschrijver de kans te bieden om hun offertes te corrigeren als antwoord op de bijkomende vragen van de overheid. Iedereen kreeg de kans om fouten te herstellen. Enkel wanneer deze kans niet aan iedere inschrijver met een foutieve offerte wordt geboden, kan men spreken van een ongelijke behandeling.

Het gelijkheidsbeginsel wordt niet overtreden wanneer de aanbestedende overheid bij de vergelijking van de offertes van de enige twee inschrijvers alle posten, waarvoor beide inschrijvers geen prijzen opgaven, uit de vergelijking heeft gehouden. Zelfs wanneer de overheid enkel rekening hield met de posten die de verzoekende partij en de geselecteerde inschrijvers wel toegevoegd had aan de prijzentabel en dus hiervoor een prijs werd voorzien, dan nog oordeelt de Raad van State dat het gelijkheidsbeginsel niet geschonden is.<sup>202</sup> Van belang is hier dat het gelijkheidsbeginsel wordt gewaarborgd door alle ingediende prijzientabellen van de offertes pragmatisch te beoordelen vanuit gelijke uitgangspunten. In casu bleek de prijzentabel van verzoeker onvolledig te zijn ten opzichte van de anderen. Het is dan ook vanzelfsprekend dat de aanbestedende overheid geen prijsvergelijking verrichtte voor die posten waarvoor geen prijs werd opgegeven. Een objectieve vergelijking van die post met deze van andere tabellen, die wel voorzien zijn van prijzen is bijgevolg niet mogelijk.

In het arrest NV Ecorem/NV Vlaamse Landmaatschappij werd de nauwe connectie tussen het gelijkheidsbeginsel en mededingingsbeginsel belicht.

---

<sup>198</sup> RvS 1 oktober 2013, nr. 224.918, NV ATB Equipements/BPost NV.

<sup>199</sup> RvS 1 oktober 2013, nr. 224.918, NV ATB Equipements/BPost NV.

<sup>200</sup> RvS 27 oktober 2011, nr. 216.091, NV Alpha Classical Cleaning/NMBS Holding.

<sup>201</sup> RvS 27 oktober 2011, nr. 216.091, NV Alpha Classical Cleaning/NMBS Holding.

<sup>202</sup> RvS 10 juli 2012, nr. 220.267, NV DDM Consulting/Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling en beroepsopleiding.

Om een situatie van vrije mededinging te creëren, dienen potentiële schrijvers immers onder gelijke voorwaarden op de betrokken markt te opereren. In het arrest werd gewag gemaakt dat staatssteun concurrentieverstorende werking heeft. Ondernemingen die steun ontvangen via staatsmiddelen zijn immers zodanig begunstigd dat de mogelijkheid zich voordoet dat ze een preferentiële positie innemen in de overheidsopdrachtenprocedures.<sup>203</sup> De Raad van State is van mening dat wanneer een inschrijver de handhaving van zijn inschrijving afhankelijk maakt van het toekennen van een niet in het bestek voorzien voordeel, hij aanspraak maakt op een voordeel dat andere inschrijvers niet hadden. Een dergelijk toegezegd voordeel kan aanzien worden als strijdig met het gelijkheidsbeginsel.<sup>204</sup> Dit scenario deed zich echter niet voor in casu. In dit arrest werd geopperd door de verzoekende partij dat een VZW, die subsidies ontvangt, niet vanuit een gelijkaardige positie vertrekt als andere inschrijvers. Volgens de verzoekende partij schendt de aanbestedende overheid het gelijkheidsbeginsel en mededingingsbeginsel wanneer zij bij het opstellen van de wegingscoëfficiënten van de gunningscriteria niet de onrechtstreekse kost van deze subsidies in rekening brengt.<sup>205</sup> De verzoekende partij liet volgens de Raad van State na om in haar argumentatie de voorwaarden van staatssteun te betrekken, waardoor ze niet kon hard maken dat hier sprake zou zijn van staatssteun. Voorts merkt de Raad van State op dat de verkregen subsidies niet ten gunste van de VZW waren, maar betrekking hadden op projecten of landbouwers. De Raad van State oordeelt dan ook dat in casu het gelijkheidsbeginsel en meer specifiek het principe van de gelijke behandeling der inschrijvers niet overtreden werd door de aanbestedende overheid.<sup>206</sup>

Het arrest NV Siemens/NMBS handelt over een overheidsopdracht betreffende de aankoop van treinstellen die uitgerust zijn met een speciale ECTCS veiligheidsuitrusting, die gegund werd via de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. De verzoekende partij argumenteerde dat het gelijkheidsbeginsel en het mededingingsbeginsel overtreden waren doordat de aanbestedende dienst de gehele overheidsopdracht als één perceel aanbesteedde.<sup>207</sup> Door de overheidsopdracht niet onder te verdelen in meerdere percelen, maar in plaats daarvan de hele opdracht onder een groot perceel te brengen, bood de aanbestedende dienst een disproportioneel voordeel aan een inschrijver. Doordat deze inschrijver als enige beschikte over een homologatie van een specifiek veiligheidssysteem dat geschikt was voor treinstellen die ingezet werden op het Franse spoorwegnet, genoot zij een voordeel voor de overheidsopdracht aangezien een aantal treinstellen effectief deels zouden ingezet worden op het Franse spoorwegnet, dixit de verzoekende partij.<sup>208</sup> De Raad van State is echter van oordeel dat de aanbestedende overheid vrij is om te bepalen of een overheidsopdracht al dan niet in percelen wordt onderverdeeld. De Raad volgt de redenering van de verwerende partij dat het onderverdelen van de opdracht in treinstellen, die uitgerust dienen te zijn met het op Frankrijk gerichte KVB-STM systeem en treinstellen die dit systeem niet behoeven pas echt zou leiden tot een voordeel voor de bewuste inschrijver in kwestie.

---

<sup>203</sup> RvS 5 februari 2013, nr. 222.400, NV Ecorem/NV Vlaamse Landmaatschappij.

<sup>204</sup> RvS 5 februari 2013, nr. 222.400, NV Ecorem/NV Vlaamse Landmaatschappij.

<sup>205</sup> RvS 5 februari 2013, nr. 222.400, NV Ecorem/NV Vlaamse Landmaatschappij.

<sup>206</sup> RvS 5 februari 2013, nr. 222.400, NV Ecorem/NV Vlaamse Landmaatschappij.

<sup>207</sup> RvS 8 juli 2014, nr. 228.016, NV Siemens/NMBS.

<sup>208</sup> RvS 8 juli 2014, nr. 228.016, NV Siemens/NMBS.

De reden hiervoor is dat deze inschrijver dan zonder enige twijfel zou geselecteerd worden, aangezien zij als enige beschikt over de vereiste homologatie. De Raad van State oordeelt dat hier geen sprake is van een schending van het gelijkheidsbeginsel aangezien de vereiste voor het specifieke veiligheidssysteem gold voor alle inschrijvers zonder enig onderscheid.<sup>209</sup> Daarenboven leid ik af uit het arrest dat dit specifiek veiligheidssysteem als een objectief beoordelingselement en dus in feite een objectief gunningscriterium gekwalificeerd werd. Vanaf de bekendmaking van de overheidsopdracht was iedere inschrijver in staat om hiervan kennis te nemen. Ze waren op de hoogte van dit criterium dat zonder onderscheid gold voor iedere ondernemer, nog voor ze zich inschreven.

Volgens de Raad van State beschikt de aanbestedende overheid over beoordelingsvrijheid om een beoordelingsmethode voor de gunningscriteria te kiezen. Deze beoordelingsvrijheid is echter niet absoluut en kan beperkt worden door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en door hetgeen in het bestek werd vooropgesteld.<sup>210</sup> De Raad van State stipuleerde voorts dat het niet in de plaats van de overheid mag treden door zelf een beoordelingsmethode te bepalen en zich dient te beperken tot het toetsen tot de regelmatigheid van deze methode. De Raad van State onderzocht ook of een bestekbepaling een ongelijke behandeling zou constitueren tussen de inschrijvers. In deze bepaling wordt gesteld dat de bij de vergelijking van de totaalprijzen van de offertes voor alle percelen, met de BTW rekening wordt gehouden. De verzoekers beweren dat de schending van het gelijkheidsbeginsel berust in het feit dat bepaalde BTW-plichtige inschrijvers een offerte hebben ingediend en hierdoor een vergelijking zou gebeuren tussen een aantal inschrijvers, die een prijs inclusief BTW hebben opgegeven en zij, die een prijs exclusief BTW hebben opgegeven. De Raad van State is echter van oordeel dat de wijze waarop de vergelijking van de prijzen zich zou voltrekken duidelijk gestipuleerd is in het bestek. Bij de formulering van het gunningscriterium 'prijs' in het bestek werd uitdrukkelijk vermeld dat de offerteprijzen van de dienstverleners per perceel onderling worden vergeleken inclusief BTW. Deze bestekbepaling werd zonder onderscheid toegepast door de aanbestedende overheid en voor alle offertes werden prijzen vergeleken, met inbegrip van het toepasselijke BTW-tarief.<sup>211</sup> De Raad van State concludeert hieruit dat de aanbestedende overheid het gelijkheidsbeginsel niet geschonden heeft. Het feit dat sommige inschrijvers niet BTW-plichtig zijn en aldus geen BTW dienen op te nemen in hun prijzen, volgt uit de fiscale wetgeving en niet uit de bestreden beslissing. Voorts wordt er in het arrest gewag gemaakt dat de overheidsopdrachtenwetgeving niet lijkt uit te sluiten dat er rekening dient gehouden te worden met de BTW bij de vergelijking van offertes.<sup>212</sup>

In de zaak BVBA Architectenburo Aros/Stad Halle werd door de aanbestedende overheid een overheidsopdracht uitgeschreven voor het aanstellen van een ontwerp voor de stedelijke werkplaatsen en het stedelijk recyclingpark.<sup>213</sup>

---

<sup>209</sup> RvS 8 juli 2014, nr. 228.016, NV Siemens/NMBS.

<sup>210</sup> RvS 11 september 2012, nr. 220.566, BVBA SBS/Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling en Beroepsopleiding.

<sup>211</sup> RvS 11 september 2012, nr. 220.566, BVBA SBS/Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling en Beroepsopleiding.

<sup>212</sup> RvS 11 september 2012, nr. 220.566, BVBA SBS/Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling en Beroepsopleiding.

<sup>213</sup> RvS 8 maart 2012, nr. 218.358, BVBA Architectenburo Aros/Stad Halle.

Deze werd gegund via de algemene offerteaanvraag. Het gelijkheidsbeginsel is volgens verzoekende partij geschonden in dat opzicht dat in de loop van de administratieve procedure een negatief of positief punt was weggefallen, waarmee eerder bij het berekenen van de score op de gunningscriteria 'prijs en budget' rekening is gehouden, dit niet voor elke inschrijver aanleiding gaf tot een verhoging of een verlaging van de reeds berekende score. Volgens de verzoekende partij werd immers een negatief punt bij haar behaalde scores weggelaten, terwijl een positief punt voor een andere inschrijver werd behouden en totaal geen impact had op diens behaalde scores. De scores van de verzoekende partij en de andere inschrijver zouden niet op de in feite juiste en in rechte pertinente motieven gefundeerd zijn.<sup>214</sup> Bovendien argumenteert de verzoekende partij dat in het beoordelingsproces de transparantie en objectiviteit volkomen zoek zijn, gelet op het feit dat er sprake was van het wegvallen van een negatief punt bij haar score maar niet van een positief punt bij een andere inschrijver. De Raad van State benadert deze aantijging door te duiden dat het middel van de verzoeker steunt op een vergelijking tussen een ontwerpversie van het gunningsverslag en het gunningsverslag dat ook effectief werd aangenomen door het college van burgemeester en schepenen van de stad Halle. De beslissing die door de verzoekende partij werd aangevochten steunde uitsluitend op het aangenomen gunningsverslag en niet op het ontwerp hiervan, vandaar dat ook met het laatstgenoemde niet langer rekening werd gehouden.<sup>215</sup> Het aangenomen gunningsverslag omvat niet eerdere verslagen van de beoordelaars over de behaalde scores op de gunningscriteria 'prijs en budget', die als positieve of negatieve elementen worden aanschouwd. Deze beoordelingsverslagen werden niet hernomen in het definitief aangenomen gunningsverslag.

De aantijging van de verzoekende partij is gericht tegen de manier waarop de appreciatie van de offertes aan de hand van de gunningscriteria is verlopen.<sup>216</sup> De Raad van State oordeelt echter dat verzoeker onvoldoende aantoont dat de aanbestedende overheid bij de beoordeling in de betwiste beslissing en in het gunningsverslag, de grenzen van een redelijke beoordeling te buiten is gegaan. De verzoekende partij haalde nog een ander argument aan waarom het gelijkheidsbeginsel volgens hun geschonden zou zijn, waarbij ze verwees naar de quotering voor het gunningscriterium 'kwaliteit'. De verzoekende partij en inschrijver dbv-architecten kregen identieke scores toebedeeld terwijl hun offertes op bepaalde punten duidelijke objectieve verschillen vertoonden.<sup>217</sup> De verzoeker haalde als meeste treffende voorbeeld de paginanummering en de inhoudsopgave van de offerte aan. Verzoekende partij claimt dat de paginanummering in de haar ingediende offerte niet als positief werd beoordeeld, terwijl dit wel het geval was bij de offerte van dbv-architecten. De Raad van State stelt echter dat louter het feit dat er sprake is van objectieve verschillen tussen twee offertes, geen obstructie vormt om alsnog op globaal een gelijke score te kunnen behalen.<sup>218</sup>

---

<sup>214</sup> RvS 8 maart 2012, nr. 218.358, BVBA Architectenburo Aros/Stad Halle.

<sup>215</sup> RvS 8 maart 2012, nr. 218.358, BVBA Architectenburo Aros/Stad Halle.

<sup>216</sup> RvS 8 maart 2012, nr. 218.358, BVBA Architectenburo Aros/Stad Halle.

<sup>217</sup> RvS 8 maart 2012, nr. 218.358, BVBA Architectenburo Aros/Stad Halle.

<sup>218</sup> RvS 8 maart 2012, nr. 218.358, BVBA Architectenburo Aros/Stad Halle.

In de zaak NV Altritempi/Kerkefabriek Onze Lieve Vrouw ten Hemelopneming werd door de verzoeker geclaimd dat het toewijzen van een overheidsopdracht aan een onregelmatige inschrijver een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en gelijkheidsbeginsel inhield.<sup>219</sup> Volgens de Raad van State vereist een regelmatige inschrijving dat de offerte van een tijdelijke handelsvennootschap is ondertekend door elke partner van de tijdelijke handelsvennootschap. De niet-ondertekening door elke partner impliceert tevens dat de partners, die niet ondertekend hebben tevens geen volmacht hebben verleend aan de partners die wel hebben ondertekend.<sup>220</sup> Dit impliceert dat de offerte is behept met een substantiële onregelmatigheid, aangezien een essentiële vormvereiste werd geschonden. De substantiële onregelmatigheid in de offerte van de tijdelijke handelsvennootschap moet de aanbestedende overheid ertoe aanzetten om onderzoeken te verrichten teneinde de gelijkheid der inschrijvers te waarborgen. Indien de aanbestedende overheid dit niet doet dan schendt zij het zorgvuldigheids- en het gelijkheidsbeginsel.<sup>221</sup> In casu werden inschrijvers met ondergetekende offertes niet geselecteerd, terwijl de inschrijver met de onregelmatige (niet-ondergetekende) offerte wel is geselecteerd. Mijns inziens is het duidelijk dat hier sprake is van een ongelijke behandeling tussen de inschrijvers, die zich nochtans in een gelijke positie bevonden.

In NV Wycor/Hulpkas voor werkloosheidsuitkeringen boog de Raad van State zich over een overheidsopdracht strekkende tot het verrichten van renovatiewerken aan een gebouw, die gegund werd via een openbare aanbesteding.<sup>222</sup> De verzoekende partij meende dat ze ongelijk behandeld werd ten opzichte van inschrijver nv CIT Blaton. De prijs van nv CIT Blaton voor het basislot van de opdracht overschreed ruimschoots het budget dat de aanbestedende overheid ter beschikking had gesteld. Dat weerhield de aanbestedende overheid er niet van om deze opdracht te gunnen aan de inschrijver in kwestie, ondanks de afwezigheid van enige budgettaire dekking, dicit verzoekende partij. De verzoekende partij betoogde dat de aanbestedende overheid de opdracht daarentegen niet aan haar toeweest, omwille van de overschrijding van het beschikbare budget. De verzoekende partij opperde dat een strikte budgettaire redenering de weigeringsgrond vormde om de overheidsopdracht niet aan haar te gunnen, terwijl diezelfde redenering probleemloos werd aangewend bij de gunning van de opdracht aan nv CIT Blaton.<sup>223</sup> De Raad van State maakte bij haar werkelijke oordeel eerst gewag van een van de algemene uitgangspunten van het gelijkheidsbeginsel: er is sprake van een schending wanneer in rechte en in feite gelijke gevallen ongelijk werden behandeld zonder dat er een beroep werd gedaan op een objectieve rechtvaardiging. De Raad van State peilde vervolgens naar de mate van vergelijkbaarheid van de situaties, die al dan niet door de aanbestedende overheid ten onrechte ongelijk zouden behandeld zijn.<sup>224</sup> De Raad van State haalde in diens oordeel aan dat het niet evident is om de situatie en budgettaire toestand bij het stopzettingsbeginsel zomaar te vergelijken met de eerdere toewijzingsbeslissing.

---

<sup>219</sup> RvS 9 februari 2012, nr. 217.837, NV Altritempi/Kerkefabriek Onze Lieve Vrouw Ten Hemelopneming.

<sup>220</sup> RvS 9 februari 2012, nr. 217.837, NV Altritempi/Kerkefabriek Onze Lieve Vrouw Ten Hemelopneming.

<sup>221</sup> RvS 9 februari 2012, nr. 217.837, NV Altritempi/Kerkefabriek Onze Lieve Vrouw Ten Hemelopneming.

<sup>222</sup> RvS 18 juni 2013, nr. 223.935, NV Wycor/Hulpkas voor Werkloosheidsuitkeringen.

<sup>223</sup> RvS 18 juni 2013, nr. 223.935, NV Wycor/Hulpkas voor Werkloosheidsuitkeringen.

<sup>224</sup> RvS 18 juni 2013, nr. 223.935, NV Wycor/Hulpkas voor Werkloosheidsuitkeringen.



De verzoekende partij faalde om te voorzien in duidelijke en onderbouwde argumentatie die aantoonde dat er in casu geen sprake was van onderscheiden omstandigheden.<sup>225</sup> Verzoekende partij slaagde er niet in aan te tonen dat het gelijkheidsbeginsel hier van toepassing zou zijn, omdat ze niet hard kon maken of de situaties vergelijkbaar waren. De aanbestedende overheid heeft daarenboven de eerste toewijzingsbeslissing ingetrokken, hetgeen als consequentie heeft dat deze gunning geacht werd nooit te hebben bestaan. Dit impliceert dat de argumentatie van verzoekende partij gesteund is op los zand, aangezien zij poogde de situatie ten tijde van de stopzettingsbeslissing te vergelijken met een gunningsbeslissing die nooit geacht werd deel uit te maken van het rechtsverkeer.<sup>226</sup> Peilen naar de vergelijkbaarheid van deze situaties was dus onmogelijk. Bovendien haalde de Raad van State aan dat de aanbestedende overheid wel degelijk de onderscheiden behandeling objectief kon verantwoorden. Zo kon de aanbestedende overheid bij het nemen van de toewijzingsbeslissing rekening houden met de voorafbeelding van de begroting van het daaropvolgende jaar met een bijkomend budget inbegrepen, terwijl zij bij de stopzettingsbeslissing hier geen rekening mee mocht houden.<sup>227</sup>

De Raad van State beoordeelde in de zaak NV VDL Bus Roeselare/MIVB een overheidsopdracht betreffende het sluiten van een raamovereenkomst voor de studie, de constructie, de levering, de inbedrijfsstelling en het mogelijke onderhoud van standaard- en gelede autobussen. De overheidsopdracht -bestaande uit twee percelen- werd door de aanbestedende overheid gegund via een onderhandelingsprocedure met bekendmaking.<sup>228</sup> Het eerste perceel betrof de levering van standaard dieselbussen, het tweede perceel had betrekking op de levering van gelede dieselbussen. In het arrest werd aangehaald door de verzoekende partij dat het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel vereisten dat alle betrokken inschrijvers bij de voorbereiding van hun offertes kennis moeten krijgen van de criteria die in aanmerking zullen worden genomen om de economisch meest voordelige offerte te bepalen. Verzoekende partij betoogde dat de aanbestedende overheid geen beoordelingsmethode voor de gunningscriteria heeft afgekondigd. Ten gevolge hiervan konden de inschrijvers zich enkel verwachten aan een globale beoordeling in het licht van de aangekondigde en gewogen gunningscriteria.<sup>229</sup> De verzoekende partij meende dat de aanbestedende overheid heeft nagelaten de gunningscriteria gedurende de hele procedure op eenzelfde wijze uit te leggen en onaangekondigd een geheel andere invulling gegeven aan de criteria door deze op te delen in ettelijke subgunningscriteria. De gehanteerde weging van deze gunningscriteria was niet meer logisch en proportioneel dixit verzoekende partij. De Raad van State oordeelde echter dat de verzoekende partij geen voldoende ernstig belang had en daar haar middel bezwaarlijk als ernstig kon beschouwd worden, gelet op het feit dat de globale beoordeling met een gelijke weging van alle beoordelingselementen van de voornaamste gunningscriteria de rangschikking in haar voordeel zou worden gewijzigd. Verzoekende partij werd immers als enige op de hoogte gebracht via een e-mailbericht van de weging en de subgunningscriteria.<sup>230</sup>

---

<sup>225</sup> RvS 18 juni 2013, nr. 223.935, NV Wycor/Hulpkas voor Werkloosheidsuitkeringen.

<sup>226</sup> RvS 18 juni 2013, nr. 223.935, NV Wycor/Hulpkas voor Werkloosheidsuitkeringen.

<sup>227</sup> RvS 18 juni 2013, nr. 223.935, NV Wycor/Hulpkas voor Werkloosheidsuitkeringen.

<sup>228</sup> RvS 20 november 2013, nr. 225.539, VDL Bus Roeselaere/MIVB.

<sup>229</sup> RvS 20 november 2013, nr. 225.539, VDL Bus Roeselaere/MIVB.

<sup>230</sup> RvS 20 november 2013, nr. 225.539, VDL Bus Roeselaere/MIVB.

In een ander middel betoogde verzoeker dat de aanbestedende overheid het gelijkheidsbeginsel geschonden had door geen gelijke kansen aangeboden te hebben aan alle inschrijvers in de finale fase van de onderhandelingen. Verzoeker haalde aan dat aanbestedende overheid enkel met inschrijver Evobus als enige finale onderhandelingen heeft gevoerd, laatstgenoemde was immers als voorkeursbieder aangeduid. De mogelijkheid om een voorkeursbieder aan te duiden werd echter niet in het bestek opgenomen, de aanbestedende overheid mocht enkel een shortlist opstellen. Verzoekende partij betoogde dat enkel aan inschrijver EvoBus de mogelijkheid werd geboden om zijn offertes te optimaliseren, terwijl andere inschrijvers "in de wachtkamer werden geplaatst".<sup>231</sup> Doordat enkel aan EvoBus de mogelijkheid werd geboden om diens offertes aan te passen aan een gewijzigd afbetalingsplan en niet aan de andere inschrijvers, heeft de aanbestedende overheid het gelijkheids- en mededingingsbeginsel geschonden. De Raad van State gaf de aanbestedende overheid gelijk in het opzicht dat er nergens in het bestek werd bepaald dat een formele beslissing zou worden genomen met betrekking tot de opstelling van de shortlist. Verzoekende partij maakte trouwens deel uit van deze shortlist en kreeg de kans om samen met de andere inschrijvers verbeteringen aan hun offerte aan te brengen. Hierna kreeg elke inschrijver de kans op een best and final offer in te dienen. Ieder best and final offer werd beoordeeld door de aanbestedende overheid aan de hand van de gunningscriteria, waarna een vergelijking en een eindrangschikking volgde.<sup>232</sup> De aanbestedende overheid heeft op grond van deze vergelijking met Evobus, de eerst gerangschikte inschrijver, finale onderhandelingen gevoerd strekkende tot de optimalisatie van contractvoorwaarden. Bovendien kon men niet meteen uit de finale onderhandelingen afleiden of er nog wijzigingen werden aangebracht aan de offerte van inschrijver Evobus.<sup>233</sup> De Raad van State oordeelde dat in casu aan alle betrokken inschrijvers, alvorens ze hun best and final offers indienden, dezelfde informatie werd toebedeeld. Ieder van hen had gelijke kansen gekregen bij het voorbereiden van deze best and final offers. De uiteindelijke rangschikking werd opgesteld op basis van een vergelijking van deze best and final offers. Het is slechts nadat Evobus als eerste was gerangschikt, omdat de meest voordelige best and final offer door deze inschrijver was ingediend, dat finale onderhandelingen tussen deze inschrijver en de aanbestedende overheid werden gevoerd.<sup>234</sup> Het is volgens mij duidelijk dat iedere inschrijver gelijke kansen kreeg om hun offertes bij te sturen en werd gelijk behandeld ten opzichte van de anderen, waardoor men hier bezwaarlijk kon stellen dat de aanbestedende overheid het gelijkheidsbeginsel zou geschonden hebben.

In de zaak nv Tractebel Engineering/stad Landen betwistte verzoekende partij de beslissing van de aanbestedende overheid om de offerte van eerstgenoemde niet in aanmerking te nemen als voordeligste regelmatige offerte en bijgevolg de overheidsopdracht niet te gunnen. De overheidsopdracht, strekkende tot een studieopdracht voor de aanleg van een ontsluitingsweg voor een bedrijventerrein, werd gegund via de procedure van de algemene offerteaanvraag.<sup>235</sup>

---

<sup>231</sup> RvS 20 november 2013, nr. 225.539, VDL Bus Roeselaere/MIVB.

<sup>232</sup> RvS 20 november 2013, nr. 225.539, VDL Bus Roeselaere/MIVB.

<sup>233</sup> RvS 20 november 2013, nr. 225.539, VDL Bus Roeselaere/MIVB.

<sup>234</sup> RvS 20 november 2013, nr. 225.539, VDL Bus Roeselaere/MIVB.

<sup>235</sup> RvS 27 maart 2013, nr. 223.033, NV Tractebel Engineering/stad Landen.

Verzoekende partij was van mening dat de aanbestedende overheid niet correct gehandeld had, daar zij weigerde om een inzage in het preadvies toe te laten. Ondanks de wettelijke verplichting hieromtrent had de aanbestedende overheid het preadvies niet ter beschikking gesteld.

Hetgeen de verzoekende partij vooral wenste aan te kaarten was niet zozeer het feit dat inzage in het preadvies werd geweigerd, maar dat de beslissing om de overheidsopdracht te gunnen aan een andere inschrijver was gesteund op diens voorstel dat voortbouwde op het betrokken preadvies.<sup>236</sup> De verzoekende partij concludeerde uit het voorgaande dat het beginsel van de gelijke behandeling tussen de betrokken inschrijvers is overschreden. Bovendien werd dit verschil in behandeling niet objectief verantwoord, daar geen deugdelijke reden werd voorzien door de aanbestedende overheid. Volgens de Raad van State veronderstelt het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers dat de procedure tot de gunning van een overheidsopdracht op een transparante manier wordt gevoerd en dat openbaarheid verplicht is. "De inschrijvers moeten van de aanbestedende overheid de gelijke kans krijgen om de opdracht in de wacht te slepen, wat impliceert dat ze zich zowel in de fase van voorbereiding van hun aanbiedingen als bij de beoordeling ervan door de aanbestedende overheid in een gelijke positie moeten bevinden".<sup>237</sup> De Raad van State stelt voorts dat het gelijkheidsbeginsel in het overheidsopdrachtencontentieux eveneens veronderstelt dat "degenen die voor toewijzing in aanmerking willen komen van tevoren weten wat zij daarvoor moeten doen of laten en dus met alle door de aanbestedende overheid cruciaal geachte gegevens rekening moeten kunnen houden bij het opstellen van hun offertes".<sup>238</sup> Op basis van het voorgaande oordeelt de Raad van State dan ook mijns inziens zeker terecht door te stellen dat het onaanvaardbaar is dat het preadvies niet van bij aanvang samen met het bestek ter beschikking werd gesteld aan alle inschrijvers. De aanbestedende overheid heeft immers zelf aangehaald in haar betoog voor de Raad dat het preadvies van cruciaal belang is. De Raad van State oordeelde dat het preadvies reeds ab initio als aanvullend document samen met het bestek ter beschikking diende worden gesteld aan alle inschrijvers, zonder enig onderscheid. De aanbestedende overheid schond het gelijkheidsbeginsel "door het preadvies niet meteen ter beschikking te stellen aan alle inschrijvers en vervolgens de gunning van de opdracht in doorslaggevende mate te steunen op het gebruik van dit preadvies".<sup>239</sup> De aanbestedende overheid heeft dusdanig op deze manier nagelaten de inschrijvers op gelijke wijze te behandelen en hun bij aanvang een gelijke kans geboden om de opdracht binnen te rijden.

De Raad van State boog zich in de zaak nv Baeck & Jansen/Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen over een vordering tot schorsing van een gunningsbeslissing omtrent een overheidsopdracht voor vervangings- en schilderwerken aan een brug. Deze overheidsopdracht werd gegund met behulp van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking.<sup>240</sup> Verzoekende partij betoogde dat de aanbestedende overheid het beginsel van de gelijke behandeling van inschrijvers heeft overschreden door de gekozen inschrijver beter en gericht te informeren dan verzoekende partij.

---

<sup>236</sup> RvS 27 maart 2013, nr. 223.033, NV Tractebel Engineering/stad Landen.

<sup>237</sup> RvS 27 maart 2013, nr. 223.033, NV Tractebel Engineering/stad Landen.

<sup>238</sup> RvS 27 maart 2013, nr. 223.033, NV Tractebel Engineering/stad Landen.

<sup>239</sup> RvS 27 maart 2013, nr. 223.033, NV Tractebel Engineering/stad Landen.

<sup>240</sup> RvS 20 december 2011, nr. 216.963, NV Baeck&Jansen/Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen.

De geselecteerde inschrijver was immers op de hoogte van het feit dat metingen en controles dienden uitgevoerd te worden aan de brug, hetgeen resulteerde in meeruitgaven. De inschrijver kon dus met die meeruitgaven rekening houden en een meer accurate offerte indienen dan verzoekende partij, die niet op de hoogte was van de hogere uitgaven. De Raad van State was een andere visie toegedaan en merkte op dat verzoekende partij op een tamelijk algemene wijze verwees naar de beweerde preferente informatie aangaande de meeruitgaven. Alle relevante informatie werd toegevoegd aan het bestek en de geselecteerde kandidaten konden hiervan op gelijke wijze kennis nemen.<sup>241</sup> De benodigde informatie omtrent de vervangingswerken, meer specifiek met betrekking tot de montage van een nieuwe balansconstructie, werd door een studiebureau opgesteld en door de aanbestedende overheid vrijgegeven. De Raad van State oordeelde dat het middel bijgevolg niet ernstig was, hetgeen impliceerde dat het beginsel van de gelijke behandeling in casu gerespecteerd was. De informatie werd gelijktijdig ter beschikking gesteld aan alle inschrijvers.

In zaak nv De Bree Solutions/CVBA Sibelga boog de Raad van State zich over een annulatieberoep, ingesteld tegen de gunningsbeslissing waarbij een overheidsopdracht voor werken aan een andere inschrijver dan de verzoeker werd toegewezen. De overheidsopdracht betrof de bodemsanering van een parking en werd gegund via de onderhandelingsprocedure met bekendmaking.<sup>242</sup> Verzoekende partij betoogde dat het gelijkheidsbeginsel schromelijk werd overtreden doordat de aanbestedende overheid haar ongelijk behandeld heeft ten opzichte van een andere inschrijver bij de quotering op het gunningscriterium 'technische kwaliteit van het dossier'. Vooral de beoordeling van de subgunningscriteria 'werfinstallatie, verkeersplan en de maatregelen voor de stabiliteit en de beschoeiing' is opmerkelijk. Bij de beoordeling van het subgunningscriterium 'maatregelen voor de stabiliteit en de beschoeiing' voelde verwerende partij zich verongelijkt. In het bestek werd voorgesteld om te werken met damplanken bij de ontgravingen van de parkeersite. Verzoekende partij verkoos te werken met ander materiaal, dewelke door de aanbestedende overheid als minderwaardig bestempeld werd. De geselecteerde inschrijver gebruikte in haar alternatieve offerte (die verkozen was) eveneens ander stabilisatiemateriaal en kreeg hiervoor geen puntenaftrek in tegenstelling tot verzoekende partij. Bij de offerte van inschrijver Deme werd één punt afgetrokken, omwille van het feit dat het door haar voorgestelde werfinstallatieplan niet uitvoerbaar werd verklaard. De offerte van verzoekende partij kreeg een substantiële puntenvermindering van niet minder dan 7,5 punten en behaalde slechts de helft van het totaal te bekomen punten voor het gunningscriterium. De achterliggende reden betrof niet alleen het feit dat zij gebruik zou maken van minderwaardige stabilisatiemaatregelen maar eveneens dat haar voorgesteld werfinstallatieplan en verkeersplan niet gedetailleerd genoeg waren.<sup>243</sup> De verzoekende partij argumenteerde dat dit kennelijk onredelijk was en dat ze ongelijk behandeld werd. Voor haar onvoldoende gedetailleerde offerte werden immers meer punten afgetrokken dan voor een offerte behept met een niet-uitvoerbaar werfinstallatieplan. Aanbestedende overheid had ongelijke maatstaven bij haar beoordeling van de verschillende offertes aangewend, dixit verzoekende partij.

---

<sup>241</sup> RvS 20 december 2011, nr. 216.963, NV Baeck&Jansen/Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen.

<sup>242</sup> RvS 21 mei 2013, nr. 223.530, NV De Bree Solutions/CVBA SIBELGA.

<sup>243</sup> RvS 21 mei 2013, nr. 223.530, NV De Bree Solutions/CVBA SIBELGA.

De Raad van State oordeelde in het voordeel van de verzoekende partij en gaf haar over de hele lijn gelijk. De Raad van State stipuleerde dat er wel degelijk sprake was van een schending van het gelijkheidsbeginsel.

Zo haalde de Raad van State terecht volgende discrepantie in overheidshandelen aan: "als het gebruiken van damplanken voor vier elementen van het subcriterium de maatstaf is voor het verkrijgen van punten, kan op basis van het administratief dossier niet worden ingezien waarom het alternatief van Deme, dat in geen damplanken voorziet, toch punten ontvangt voor het gebruiken van damplanken, de diepte van de damplanken, de plaatsingsmethode van damplanken en de stabiliteitsmaatregelen voor damplanken".<sup>244</sup> De verzoekende partij was verschillend behandeld doordat bij haar offerte punten werden afgetrokken wegens een weinig gedetailleerd werfinstallatieplan, terwijl er geen puntenaftrek was bij de offerte van de geselecteerde inschrijver, die nochtans een niet-uitvoerbaar plan had. Er werd geen objectieve verantwoording voorzien voor het verschil in behandeling, bijgevolg is het gelijkheidsbeginsel overtreden door de aanbestedende overheid.

In de zaak nv Cofely Fabricom/nv van publiek recht Infrabel werd een vordering tot schorsing voorgelegd aan de Raad van State tegen de gunningsbeslissing, die ertoe strekte een overheidsopdracht inzake het uitrusten van een spoorverbinding toe te wijzen. Verzoekende partij meende dat zij ongelijk behandeld werd door de aanbestedende overheid.<sup>245</sup> Verzoekende partij betoogde dat de aanbestedende overheid aan sommige inschrijvers de kans bood om onregelmatigheden aan de technische fiches weg te werken door hen dit tijdig te signaleren. De verzoekende partij werd van de beweerde onregelmatigheid niet op de hoogte gebracht zonder enige aanwijsbare objectieve reden. De Raad van State vond echter niet dat de aanbestedende overheid in casu met twee maten en twee gewichten had gewerkt. De Raad van State stipuleerde immers dat de aanbestedende overheid op gelijke wijze aan alle inschrijvers de ontbrekende technische fiches heeft opgevraagd.<sup>246</sup> De aanbestedende overheid heeft dus alle betrokken inschrijvers gelijk behandeld en iedereen tijdig op de hoogte gebracht van de beweerde onregelmatigheden in kwestie. De Raad van State liet ook duidelijk merken dat het niet geval is dat de aanbestedende overheid een andere inschrijver zou hebben toegelaten om tot regularisatie over te gaan van een vergelijkbare onregelmatigheid.<sup>247</sup> Hierbij werden eventueel opgewekte vermoedens daaromtrent vakkundig de kop ingedrukt.

### **3.2 Onderzoeksresultaten en persoonlijke bevindingen van de rechtspraakanalyse**

In deze passage wens ik de nodige conclusies te trekken uit de rechtspraakanalyse van het hieraan voorafgaande hoofdstuk. De ratio legis van dit hoofdstuk is een duidelijke blik te werpen op de invulling van het gelijkheidsbeginsel in het overheidsopdrachtencontentieux en tot inzicht te komen op welke manier de Raad van State oordeelt of er al dan niet sprake van een schending is van het beginsel door de aanbestedende overheid.

---

<sup>244</sup> RvS 21 mei 2013, nr. 223.530, NV De Bree Solutions/CVBA SIBELGA.

<sup>245</sup> Rvs 14 januari 2014, nr. 226.058, NV Cofely Fabricom/NV Publiek Recht Infrabel.

<sup>246</sup> Rvs 14 januari 2014, nr. 226.058, NV Cofely Fabricom/NV Publiek Recht Infrabel.

<sup>247</sup> Rvs 14 januari 2014, nr. 226.058, NV Cofely Fabricom/NV Publiek Recht Infrabel.

Eveneens van belang is de fitnesses van het gelijkheidsbeginsel te achterhalen en trachten de werkelijke grenzen van het beginsel af te bakenen. In de geanalyseerde arresten bleek dat vooral bij het doorlopen van drie gunningsprocedures de conformiteit van het overheidsoptreden met het gelijkheidsbeginsel in vraag werd gesteld. Deze procedures betreffen de onderhandelingsprocedure met en zonder bekendmaking, de aanbesteding en de offerteaanvraag. Zoals reeds eerder aangekaart heeft de Raad van State in verscheidene arresten beklemtoond dat de onderhandelingsprocedure met bekendmaking een flexibel kader biedt aan de aanbestedende overheid. Er kunnen immers onderhandelingen gevoerd worden met de verscheidene inschrijvers over de contractvoorwaarden, kosten en andere modaliteiten. De aanbestedende overheid beschikt daarenboven over een grote vrijheid om de daadwerkelijke procedure in te richten en te structureren. Uit de rechtspraakanalyse is duidelijk gebleken dat het gelijkheidsbeginsel de aangeboden flexibiliteit door de desbetreffende gunningsprocedure significant kan beperken. Meermaals werd uitdrukkelijk gestipuleerd dat de gelijke behandeling van alle bij de gunningsprocedure betrokken inschrijvers gewaarborgd dient te zijn en dit in alle fasen van de procedure. Met zekerheid valt te stellen dat deze verplichting absoluut geldt, op voorwaarde dat er geen objectieve rechtvaardigingsgronden voor handen zijn die een verschil in behandeling toestaan. De aanbestedende overheid is daarenboven vrij in haar keuze bij het selecteren van een gepaste beoordelingsmethode voor de gunningscriteria en dit onder het mom van de beoordelingsvrijheid. Deze vrijheid die de overheid ter hare beschikking heeft is niet absoluut en onbegrensd, maar kan eveneens beperkt worden door het gelijkheidsbeginsel. Ook al kan de aanbestedende overheid vrij kiezen via welke methode ze de ingediende offertes wenst te beoordelen, ze dient gelijke maatstaven te hanteren en de offertes van alle inschrijvers gelijk en correct te quoteren. Het aanwenden van ongelijke maatstaven wordt door de Raad van State beschouwd als een regelrechte schending van het gelijkheidsbeginsel. De aanbestedende overheid is verplicht om alle betrokken inschrijvers gelijke kansen te bieden om de overheidsopdracht binnen te rijden. De aanbestedende overheid dient garanties te bieden dat alle inschrijvers zich in een gelijke positie ten opzichte van elkaar bevinden gedurende alle fasen van de procedure tot plaatsing van een overheidsopdracht. Gunningscriteria die objectief gehanteerd worden en bij de bekendmaking van de overheidsopdracht duidelijk vermeld zijn, kunnen niet in verband worden gebracht met een schending van het gelijkheidsbeginsel. Zelfs niet indien een inschrijver claimt zich verongelijkt te voelen, omdat zij niet in staat is om tegemoet te komen aan dit criterium, terwijl een andere inschrijver hier wel toe in staat is. Indien het gunningscriterium kan geraadpleegd worden voordat de ondernemer zich effectief inschrijft, kan men dit immers nooit zien als een factor die een ongelijke behandeling in de hand werkt.

Al dan niet bijkomende informatieverlening aan bepaalde inschrijvers over onder meer de specifieke vereisten vervat in de bestekbepalingen kan in bepaalde gevallen immers een ongelijke behandeling van de inschrijvers constitueren. Het is in feite een lastige evenwichtsoefening doordat dergelijke selectieve informatieverlening zonder de gepaste objectieve verantwoording vrijwel meteen kan gekwalificeerd worden als een overschrijding van het principe van de gelijke behandeling der inschrijvers. In concreto komt het erop neer dat de overheid geen discriminerende informatie mag verspreiden die enkele inschrijvers kunnen bevoordelen tegenover anderen.

De hamvraag is nu echter wanneer wordt dergelijke selectieve informatieverlening als discriminerend ervaren? Indien dergelijke selectieve informatieverlening ertoe strekt dat enkele inschrijvers hun offertes gerichter kunnen opstellen, worden andere niet-geïnformeerde inschrijvers immers benadeeld. Hier is het discriminerende aspect duidelijk merkbaar. Het is naar mijn mening duidelijk dat de factor 'selectiviteit' een doorslaggevende rol speelt bij het determineren of informatieverlening een schending van het gelijkheidsbeginsel kan impliceren. De tijdspanne waarin de aanbestedende overheid de inschrijvers informeert lijkt niet zozeer een cruciale rol te spelen. Zo bleek uit het arrest NV Intrum/CVBA Sibelga dat het bekendmaken van de beoordelingsmethodiek na de fase van de opening van de offertes in plaats van ervoor geen schending uitmaakte van het gelijkheidsbeginsel. Dit zou wel het geval zijn indien de beoordelingsmethodiek vroeger zou bekendgemaakt zijn aan enkele inschrijvers en op een later tijdstip aan de resterende inschrijvers. Kortom informatie die niet gelijktijdig aan alle inschrijvers wordt verstrekt, constitueert een ongelijke behandeling. De aanbestedende overheid dient alle cruciaal geachte gegevens bekend te maken aan de inschrijvers, opdat deze weten wat ze dienen te doen of na te laten om in aanmerking te komen voor de toewijzing van de overheidsopdracht. Wat onder de noemer 'cruciale gegevens' kan gecatalogeerd worden is vooralsnog niet geheel helder geduid. Met zekerheid kan gesteld worden dat de Raad van State van oordeel is dat preadvies gericht aan de inschrijvers uitermate belangrijk is en als aanvullend document bij het bestek dient gevoegd te worden. Dit bleek althans uit het eerder besproken arrest NV Tractebel Engineering/stad Landen. Bovendien dient de aanbestedende overheid iedere inschrijver gelijktijdig op de hoogte te brengen van onregelmatigheden en onverenigbaarheden in de ingediende offertes. Het is niet meer dan normaal dat het gelijkheidsbeginsel wordt overschreden wanneer enkele inschrijvers niet of later geïnformeerd worden over gemaakte fouten. Dit zou immers een ongelijke behandeling constitueren indien blijkt dat bepaalde inschrijvers wel eerder op hun fouten werden gewezen, aangezien ze zo immers hun offertes eerder kunnen aanpassen.

In het arrest BVBA advocatenkantoor Bert Beelen/Intercommunaal Samenwerkingscomité van Waterbedrijven CVBA werd gestipuleerd dat het feit dat een inschrijver enige voorkennis heeft verworven na het bijwonen van een vergadering, niet automatisch een bevoordeling ten aanzien van andere inschrijvers inhield. Tijdens het overlopen van dit arrest kwam ik prima facie tot de conclusie dat het beschikken van voorkennis een voordeel zou opleveren voor de inschrijver in kwestie ten koste van de anderen. Een diepere inblik leerde me dat die voorkennis beperkt bleef tot de problemen waarmee de aanbestedende overheid kampt en haar wensen om dit opgelost zien te raken via een overheidsopdracht. De Raad van State hield rekening met de gevolgde gunningswijze om te oordelen dat het beschikken over voorkennis niet als vanzelfsprekend als een bevoordeling dient beschouwd te worden. Doordat de overheidsopdracht gegund werd via de onderhandelingsprocedure ben ik van mening dat de andere betrokken inschrijvers sowieso uiteindelijk dezelfde kennis zouden verwerven, gelet op de onderhandelingen en besprekingen die gevoerd worden tussen de inschrijvers en de aanbestedende overheid. Het feit dat een inschrijver dit eerder weet kan tot geen verschil in behandeling leiden, indien de aanbestedende overheid naderhand de andere inschrijvers exact dezelfde informatie overbrengt en iedere inschrijver tijdens de onderhandeling gelijk behandelt.

Volgens mijn opinie is er immers pas echt sprake van een ongelijke behandeling wanneer de aanbestedende overheid de inschrijver met voorkennis tijdens de onderhandelingen ook systematisch blijft bevoordelen.

Het beschikken over voorkennis bij andere gunningswijzen zoals de aanbesteding en de offerteaanvraag zou wel aanleiding kunnen geven tot een onverantwoord verschil in behandeling. Doordat bij de andere gunningswijzen geen echte onderhandelingen worden gevoerd, geniet een inschrijver met voorkennis een substantieel voordeel, aangezien hij zijn offerte dan al op voorhand gericht kan opstellen en afstemmen op de wensen van de overheid. Bij de andere gunningswijzen dient de overheid geen onderhandelingen te voeren over een aantal contractuele bepalingen met de inschrijvers en bestaat een groter risico dat de inschrijver met voorkennis wel geselecteerd wordt ten koste van de andere inschrijvers. Terwijl bij de onderhandelingsprocedure alle betrokken partijen toch meer op de hoogte kunnen worden gebracht door de vragen te stellen tijdens de onderhandelingsrondes. Zoals gebleken uit de rechtspraakanalyse is de Raad van State van oordeel dat het de aanbestedende overheid betaamt dat iedere inschrijver dezelfde hoeveelheid tijd krijgt om te antwoorden op een identieke vragenlijst. De vereiste van een gelijke antwoordtermijn blijkt dus een strikte afbakening te vormen van het gelijkheidsbeginsel.

Zoals eerder aangekaart is het geoorloofd dat de aanbestedende overheid bijkomende vragen stelt over de kostprijs aan enkele inschrijvers. Het feit dat niet aan elke inschrijver dergelijke vragen worden gesteld, impliceert niet noodzakelijk dat het gelijkheidsbeginsel overschreden zou zijn. Indien een van de inschrijvers immers besluit niet grondig in te gaan op bijkomende vragen door bijvoorbeeld haar offerte enkel gewoon nog eens uit te leggen en niet te modificeren, kan zij zich moeilijk verongelijkt voelen ten opzichte van andere inschrijvers, die hun offertes wel hadden aangepast. Door zich enkel te beperken tot het verantwoorden van de reeds vermelde prijzen, maakt de inschrijver geen aanstalten tot het afstemmen van haar offerte aan de vragen van de aanbestedende overheid.

Om een objectieve vergelijking tussen alle inschrijvers mogelijk te maken, is het ten zeerste aangewezen dat alle voorgelegde offertes dienen in overeenstemming te zijn met het bestek. Vooral bij overheidsopdrachten die gegund worden via de algemene offerteaanvraag en de (openbare) aanbesteding blijkt dit een effectieve methode om het gelijkheidsbeginsel te waarborgen. Het gelijkheidsbeginsel is immers zonder enig twijfel geschonden wanneer de offerte van een inschrijver, die strijdig is met de bestekbepalingen, wordt geselecteerd ten nadele van een met het bestek conforme offerte. Het is dus niet geoorloofd dat de aanbestedende overheid een offerte, behept met een dergelijke onregelmatigheid, verkiest ten koste van regelmatige offertes.

De eis tot voorlegging van certificaten en attesten vormen geen onverenigbaarheid met het gelijkheidsbeginsel en het hiermee gepaard gaande mededingingsbeginsel, volgens het oordeel van de Raad van State in het eerder geanalyseerde arrest Labonorm. Deze kunnen aangewend worden als selectiecriteria. Dat criteria objectief en relevant dienen te zijn vormt een conditio sine qua non. De Raad van State geen graten ziet in de deelname van publiekrechtelijke rechtspersonen zoals intercommunale verenigingen aan inschrijvingen voor de toewijzing van overheidsopdrachten.



Het is dus mogelijk dat een overheidsopdracht aan een overheidspersoon wordt uitbesteed, op voorwaarde dat deze een onderscheiden persoon is en dus compleet onafhankelijk van de aanbestedende overheid (cfr. supra).

Zoals blijkt uit het bovenstaande speelt het gelijkheidsbeginsel een cruciale rol in het overheidsopdrachtencontentieux. Met het waarborgen van de gelijke behandeling van alle inschrijvers tijdens alle fases van de gunningsprocedures, is de aanbestedende overheid belast met een loodzware opdracht. De aanbestedende overheid slaagt hier niet altijd in zo blijkt uit de rechtspraakanalyse. De afbakening van het gelijkheidsbeginsel is geen evidentie. De Raad van State houdt veelal rekening met de eigenheid van de aanbestedingsdossiers bij het determineren van de invulling van het gelijkheidsbeginsel. De Raad van State lijkt de invulling van het beginsel afhankelijk te maken van feitenkwesties in de dossiers. Bij bepaalde dossiers waarbij het gelijkheidsbeginsel op een gelijkaardige manier wordt geschonden, valt toch een soort van wederkerend patroon te bespeuren. Zo oordeelde de Raad van State meermaals dat beslissingen tot toewijzing van overheidsopdrachten aan inschrijvers op basis van onregelmatige offertes steevast het gelijkheidsbeginsel schenden wanneer inschrijvers met gelijksoortige, regelmatige offertes niet geselecteerd worden. Een zelfde redenering gaat op bij het fenomeen van selectieve informatieverlening, waarbij een inschrijver meer informatie bekommt als de andere inschrijvers en dusdanig bevoordeeld wordt. Het is geen sinecure om de grenzen van het gelijkheidsbeginsel te determineren in andere scenario's. In vele gevallen waarin er zich op het eerste zicht duidelijk een schending van het gelijkheidsbeginsel voordoet, oordeelt de Raad van State het tegenovergestelde, zich baserend op de eigenheid van de dossiers en nuanceringen in de feiten.

Een mogelijke manier om een schending van het gelijkheidsbeginsel beter te voorkomen en/of op te lossen bij de gunning van een overheidsopdracht via het doorlopen van de onderhandelingsprocedure met of zonder bekendmaking is geen evidentie zo blijkt uit de rechtspraakanalyse. Volgens mijn mening lijkt het aangewezen dat de aanbestedende overheden meer inzetten op het opstellen van verslagen na een onderhandelingsronde, wanneer blijkt dat een aantal inschrijvers zich verongelikt voelen ten opzichte van anderen omwille van selectieve informatieverlening. Dergelijke verslagen dienen er voor te zorgen dat inschrijvers beter geïnformeerd worden over de aandachtspunten en verwachtingen van de overheid over hun offertes, waardoor eerstgenoemden effectiever hun offertes beter kunnen afstemmen hierop. Wanneer gebrekkige informatieverlening resulteert in de substantiële afwijkingen van de voorgelegde offertes, kan een door de aanbestedende overheid opgesteld verslag met hierin duidelijke geconcretiseerde bijsturingen, enige soelaas bieden ter preventie van een nakende ongelijke behandeling van de inschrijvers. Zo kan immers een inschrijver meer gericht haar offerte hebben opgesteld, wanneer zij nauwkeurige informatie verkreeg. De inschrijving van de ondernemers vormt het startpunt voor de waarborg van het gelijkheidsbeginsel. Dit geldt voor de drie gunningswijzen die aanbod komen in de rechtspraakanalyse. Ik denk dat er geen verdere effectieve wetgevende maatregelen vereist zijn voor de waarborg van het gelijkheidsbeginsel, het is gewoon een kwestie van nauwgezet rekening te houden met de uitgangspunten van het beginsel en verschillen in behandeling objectief te verantwoorden.

## **Hoofdstuk 4. Publiek-private Samenwerking**

In dit hoofdstuk worden de basisbeginselen van Publiek-private samenwerking toegelicht. Ter vrijwaring van de consistentie in deze masterscriptie zal ik ook deze passage een aanvang laten nemen met de definiëring van het begrip PPS-projecten en een opsomming weergeven van alle belangrijke kenmerken. Voorts bespreek ik bondig de ratio legis van het begrip aan de hand van de parlementaire voorbereiding van het PPS-decreet. In de inleiding van deze scriptie heb ik aangehaald dat ik mij beperk tot het raadplegen van het Vlaamse Rechtskader omtrent projecten van Publiek-private samenwerking. Ik buig mij eveneens over het Groenboek over Publiek-private samenwerking om te kijken naar de regeling op Europese niveau en mogelijke invloeden op de Vlaamse regelgeving omtrent Publiek-private samenwerking. Bij de beknopte analyse van dit parlementair document is het tevens mijn doelstelling om te achterhalen op welke manier de wetgever de invulling van het gelijkheidsbeginsel voorziet. In dit hoofdstuk kaart ik daarenboven de verschillen aan tussen een klassieke overheidsopdracht en een PPS-constructie.

Het gelijkheidsbeginsel speelt een voorname rol in de verscheidene fases van de totstandkoming van een PPS-project. In de volgende passage beschrijf ik op welke manier het gelijkheidsbeginsel een rol speelt in de procedure van de marktraadpleging en de keuze van het overheidsbestuur voor een private partner. In het hierop volgende zesde hoofdstuk ga ik dusdanig aan de hand van de analyse van aanbestedingsdossiers en een arrest grondiger nagaan op welke manier het gelijkheidsbeginsel bij PPS-projecten wordt ingevuld. In deze dossiers is alvast gebleken dat de overheidsopdrachtenreglementering gehanteerd wordt om te bepalen welke ondernemer het project mag verwezenlijken. Door middel van de aanwending van technieken als marktverkenning beschikt de overheid over de mogelijkheid om met kennis van zaken een concreet PPS-project te conceptualiseren. Indien de overheid dit wenst, kan zij over dit project een overheidsopdracht uitschrijven.<sup>248</sup> Desalniettemin ben ik ervan overtuigd dat het gelijkheidsbeginsel op een verschillende manier wordt gewaarborgd dan bij gunningsprocedures voor de klassieke overheidsopdrachten.

### **4.1 Definiëring van het begrip en opsomming kenmerken**

PPS wordt aanschouwd als een beleidsinstrument voor de verwezenlijking van publieke voorzieningen en maatschappelijke doelstellingen. Het is geëvolueerd naar een concept voor verschillende vormen van samenwerking tussen de overheid en de private sector en dit op verschillende actiedomeinen.<sup>249</sup> Zoals de benaming van deze wijze van coöperatie reeds doet vermoeden, is hier sprake van een bepaalde samenwerking tussen enerzijds de overheid en anderzijds de privésector. Aan de drie onderdelen van het begrip wordt een ruime invulling gegeven.

---

<sup>248</sup> W. NEVEN, J. DEBIEVRE en N. BROEKAERT, *Marktverkenning- en raadpleging door openbare besturen*, 2008, [www2.vlaanderen.be/pps/documenten/Boekje%20PPS\\_marktraadpleging\\_web.pdf](http://www2.vlaanderen.be/pps/documenten/Boekje%20PPS_marktraadpleging_web.pdf).

<sup>249</sup> T. VILLE, "Publiek-private samenwerking: PPS-instrumenten in het licht van het aanbestedingsrecht", *Jura Falc.*, jg 41, 2004-2005, nr. 2, [www.law.kuleuven.be/jura/art/41n2/ville.html](http://www.law.kuleuven.be/jura/art/41n2/ville.html).

Onder het overheidsbegrip ressorteren niet alleen de traditionele gecentraliseerde overheidsinstanties (Belgische Staat, Gemeenschappen of Gewesten), maar eveneens de territoriaal (provincies en gemeenten) de functioneel gedecentraliseerde overheidsdiensten (o.a. intergemeentelijke samenwerkingsverbanden).<sup>250</sup> <sup>251</sup> De privésector kan in de volgende vormen verschijnen en betrokken worden in het contentieux van PPS-projecten: bedrijven, vakorganisaties, non-profit, individuele burgers, enz.

D'Hooghe en Vandendriessche zijn van mening dat elke vorm van samenwerking tussen de overheid en de privésector als vorm van PPS kan worden aanschouwd, waar onder meer volgende samenwerkingsvormen ressorteren: een contractuele relatie in een stedenbouwkundig ontwikkelingsproject, feitelijke samenwerking op milieugebied en de oprichting van gezamenlijke rechtspersonen in de toeristische sector.<sup>252</sup> Villé maakt gewag van het feit dat een normatieve definitie onbestaande is op federaal niveau.<sup>253</sup> Op Vlaams niveau wordt daarentegen met het decreet betreffende Publiek-private samenwerking van 18 juli 2003 een ietwat geconcretiseerde definitie gegeven. PPS-projecten worden als volgt gedefinieerd: "projecten die door publieke- en privaatrechtelijke partijen, gezamenlijk en in een samenwerkingsverband worden gerealiseerd om een meerwaarde voor die partijen tot stand te brengen".<sup>254</sup> Gelet op de ruime formulering van deze begripsomschrijving lijkt het duidelijk dat publiek-private samenwerking een containerbegrip is, een overkoepelende term voor verscheidene samenwerkingscontracten.

Deze begripsomschrijving is gefundeerd op vijf kenmerken. Publiek-private samenwerking wordt - afgaande op de begripsomschrijving - omschreven in functie van projecten, hetgeen impliceert dat publiek-private samenwerking enkel betrekking kan hebben op geconcretiseerde projecten en initiatieven in het kader van een bepaald beleidsdomein. Hierbij worden beleidsvoorbereidingen of algemene taakinstellingen uitgesloten van het toepassingsgebied van PPS. Een tweede cruciaal kenmerk dat PPS karakteriseert is de aanwezigheid van een samenwerkingsverband, dat verschillende juridische vormen kan aannemen waaronder een participatieve PPS of een contractuele PPS.<sup>255</sup> Publiek-private samenwerking kan evenwel beschouwd worden als een economische vorm van projectuitvoering. Een typerende eigenschap bij een PPS-project betreft immers dat de economische uitvoeringsvorm kan voorkomen in verschillende juridische vormen, vandaar dat ook bij wijze van voorbeeld de link kan gelegd worden aan het onderscheid tussen een participatieve PPS of een contractuele PPS.<sup>256</sup> Bij een contractuele PPS berust het initiatief op de publieke partner(s), die met het oog op de realisatie van een bepaald project beroep wenst te doen op een private partner. De publieke partner wenst dus een overeenkomst te sluiten met de private sector.

---

<sup>250</sup> D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 3.

<sup>251</sup> T. VILLE, "Publiek-private samenwerking: PPS-instrumenten in het licht van het aanbestedingsrecht", *Jura Falc.*, jg 41, 2004-2005, nr. 2, [www.law.kuleuven.be/jura/art/41n2/ville.html](http://www.law.kuleuven.be/jura/art/41n2/ville.html).

<sup>252</sup> D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 3.

<sup>253</sup> T. VILLE, "Publiek-private samenwerking: PPS-instrumenten in het licht van het aanbestedingsrecht", *Jura Falc.*, jg 41, 2004-2005, nr. 2, [www.law.kuleuven.be/jura/art/41n2/ville.html](http://www.law.kuleuven.be/jura/art/41n2/ville.html).

<sup>254</sup> Artikel 2,1° decreet betreffende publiek-private samenwerking van 18 juli 2003, *BS* 19 september 2003, 46497.

<sup>255</sup> D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 9.

<sup>256</sup> VANDENDRIESSCHE, F., *Publieke en private rechtspersonen: Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, Brugge, die Keure, 2004, 76.

Belangrijk hierbij te vermelden is dat de initiatiefnemende overheid de mogelijk op van toepassing zijnde regels van dwingende en positiefrechtelijke aard in acht dient te nemen bij de contractsluiting. Zo is de kans reëel dat de overheidsopdrachtenreglementering toepasselijk is op de overeenkomst tussen de overheid en de geselecteerde private partner, gelet op het feit dat de promotieovereenkomst en de concessie van openbare werken als contractsvormen zich laten lenen tot een PPS-constructie.

Naast de reeds eerder vermelde promotieovereenkomst en de concessie van openbare werken, bestaan er nog andere aanbestedingsvormen in het kader van PPS-projecten, namelijk: de concurrentiedialoog en de onderhandelingsprocedure. De onderhandelingsprocedure wordt slechts in uitzonderlijke gevallen aangewend ter realisatie van PPS-projecten.<sup>257</sup> De concurrentiedialoog stelt aanbestedende overheden in staat om op een flexibele wijze een privépartner te kiezen, gelet op het feit dat deze gunningsprocedure de mogelijkheid biedt aan alle aannemers, leveranciers of dienstverleners om te participeren. De aanbestedende overheid zal na de kandidatuurstelling gesprekken onderhouden met de voor deze procedure geselecteerde inschrijvers. Het houden van een dialoog met de kandidaten heeft het volgende tot doel: het uitwerken van oplossingen, die beantwoorden aan de behoeften van de aanbestedende overheid.<sup>258</sup> De procedure van de concurrentiedialoog brengt op deze manier de nodige flexibiliteit om met alle belanghebbenden de aspecten van de opdrachten te bespreken tijdens de voorbereiding van het project. In randnummer 26 van het Groenboek wordt terecht een belangrijke kanttekening geplaatst bij de desbetreffende gunningsprocedures. Zo wordt uitdrukkelijk gestipuleerd dat het beginsel van de gelijke behandeling tijdens de gesprekken met de ondernemers ten alle tijden gerespecteerd dient te worden. Deze zelfde verplichting is vervat in artikel 27 van de huidige Overheidsopdrachtenwet, waarvan in voorgaande hoofdstukken reeds gewag is gemaakt.

De toepasselijkheid van de overheidsopdrachtenwetgeving staat het doel van publiek-private samenwerking, met name de flexibele samenwerking tussen publieke en private samenwerking niet in de weg.<sup>259</sup> De hamvraag is nu wanneer of beter gezegd in welke twee gevallen de overheidsopdrachtenwet van toepassing zal zijn op een PPS-project. Om de toepasselijkheid van de overheidsopdrachtenwetgeving te determineren dient de publieke partij zich de vraag te stellen of zij beschouwd kan worden als een aanbestedende overheid in de zin van artikel 2 Overheidsopdrachtenwet. Bovendien dient achterhaald te worden of het PPS-project in kwestie een overheidsopdracht is in de zin van artikel 3 Overheidsopdrachtenwet.<sup>260</sup>

---

<sup>257</sup> B. VAN HYFTE, *Onderscheid tussen een klassieke overheidsopdracht en een PPS-constructie in "PPS en Sportinfrastructuur"*, De Knop, P. (ed.), [www.vdelegal.com/wa\\_files/ONDERSCHIED\\_20TUSSEN\\_20EEN\\_20KLASSIEKE\\_20OVERHEIDSOPDRACHT\\_20EN.pdf](http://www.vdelegal.com/wa_files/ONDERSCHIED_20TUSSEN_20EEN_20KLASSIEKE_20OVERHEIDSOPDRACHT_20EN.pdf).

<sup>258</sup> B. VAN HYFTE, *Onderscheid tussen een klassieke overheidsopdracht en een PPS-constructie in "PPS en Sportinfrastructuur"*, De Knop, P. (ed.), [www.vdelegal.com/wa\\_files/ONDERSCHIED\\_20TUSSEN\\_20EEN\\_20KLASSIEKE\\_20OVERHEIDSOPDRACHT\\_20EN.pdf](http://www.vdelegal.com/wa_files/ONDERSCHIED_20TUSSEN_20EEN_20KLASSIEKE_20OVERHEIDSOPDRACHT_20EN.pdf).

<sup>259</sup> B. VAN HYFTE, *Onderscheid tussen een klassieke overheidsopdracht en een PPS-constructie in "PPS en Sportinfrastructuur"*, De Knop, P. (ed.), [www.vdelegal.com/wa\\_files/ONDERSCHIED\\_20TUSSEN\\_20EEN\\_20KLASSIEKE\\_20OVERHEIDSOPDRACHT\\_20EN.pdf](http://www.vdelegal.com/wa_files/ONDERSCHIED_20TUSSEN_20EEN_20KLASSIEKE_20OVERHEIDSOPDRACHT_20EN.pdf).

<sup>260</sup> Vlaams Kenniscentrum voor PPS, *Gebiedsontwikkeling via PPS: juridische leidraad, tips & tools*, [www2.vlaanderen.be/pps/documenten/PPS\\_Gebiedsontwikkeling\\_2.pdf](http://www2.vlaanderen.be/pps/documenten/PPS_Gebiedsontwikkeling_2.pdf).

Daarenboven dient tevens rekening te worden gehouden met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de bevoegdheidsverdelende regels die op het contract van toepassing kunnen zijn.<sup>261</sup> Gelet op het bovenstaande is het logisch dat bepaalde contracten tussen de overheid en de private partner al dan niet automatisch onder het toepassingsgebied van de overheidsopdrachtenwet zullen ressorteren. Het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel als beginselen van primair gemeenschapsrecht dienen in elk van beide scenario's nageleefd te worden.<sup>262</sup>

Participatieve PPS verwijst naar de oprichting van een gemengde rechtspersoon waarin de publieke en private partners samen het risico delen. De opgerichte rechtspersoon ontwikkelt op zelfstandige wijze activiteiten en draagt op die manier bij tot de realisatie van de gezamenlijke of gelijklopende doelstellingen van de overheid en de private partner.<sup>263</sup> Het feit dat er sprake dient te zijn van een samenwerkingsverband tussen minstens één publieke en minstens één private partij, vormt het derde constitutieve kenmerk van de begripsomschrijving. Het antwoord op de vraag welke personen dan als 'publiekrechtelijke partij' en 'privaatrechtelijke partij' worden beschouwd, werd hierboven reeds gegeven.<sup>264</sup>

Het vierde kenmerk verwijst naar het feit dat het PPS-project een gezamenlijk project is, waarbij zowel een inbreng van de overheid als de private contractant vereist is. Publiek-private samenwerking overstijgt de traditionele verhouding tussen een opdrachtgever en een opdrachtnemer en heeft tot doel een lange termijnrelatie te bewerkstelligen om een aantal zaken samen te verwezenlijken.<sup>265</sup> Dit kenmerk onthult een fundamenteel verschil tussen publiek-private samenwerking en een klassieke overheidsopdracht dewelke betrekking heeft op de rol die de overheid speelt. Een klassieke overheidsopdracht kenmerkt zich door de verticale verhouding tussen de publieke en private partner en de vaste prijs waartegen de overheid contracteert. In tegenstelling tot de risicoverdeling bij PPS-projecten rust het risico in het overheidsopdrachtencontentieux geheel op de schouders van de aanbestedende overheid. De aanbestedende overheid speelt een directieve rol. Bij een klassieke overheidsopdracht is er als dusdanig totaal geen sprake van een gezamenlijke inbreng.<sup>266</sup>

Het vijfde en laatste element dat een PPS-project kenmerkt betreft: de realisatie van een meerwaarde. Deze meerwaarde kan betrekking hebben op een financiële meerwaarde, maatschappelijke meerwaarden en operationele meerwaarden. Met maatschappelijke meerwaarden wordt bedoeld op de mogelijkheid daar door middel van het aanwenden van de PPS-formule een gewenst maatschappelijke aanvaarding of gevolg groter of sneller kan worden verkregen.

---

<sup>261</sup> C. GYSEN en G. LAENEN, "OCMW's en PPS: Over OCMW-verenigingen en VIPA. De initiatiefnemer gestraft?", in B. KELCHTERMANS en J. SEGERS (eds), *PPS: mythe of realiteit*, Brugge, Vanden Broele, 2010, 56.

<sup>262</sup> T. VILLE, "Publiek-private samenwerking: PPS-instrumenten in het licht van het aanbestedingsrecht", *Jura Falc.*, jg 41, 2004-2005, nr. 2, [www.law.kuleuven.be/jura/art/41n2/ville.html](http://www.law.kuleuven.be/jura/art/41n2/ville.html).

<sup>263</sup> C. GYSEN en G. LAENEN, "OCMW's en PPS: Over OCMW-verenigingen en VIPA. De initiatiefnemer gestraft?", in B. KELCHTERMANS en J. SEGERS (eds), *PPS: mythe of realiteit*, Brugge, Vanden Broele, 2010, 60-61.

<sup>264</sup> D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 9.

<sup>265</sup> D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 10.

<sup>266</sup> T. VILLE, "Publiek-private samenwerking: PPS-instrumenten in het licht van het aanbestedingsrecht", *Jura Falc.*, jg 41, 2004-2005, nr. 2, [www.law.kuleuven.be/jura/art/41n2/ville.html](http://www.law.kuleuven.be/jura/art/41n2/ville.html).

Terwijl de operationele meerwaarden kunnen duiden op een snellere uitvoering of vereenvoudiging van de projecten door het gebruik van de PPS-formule.<sup>267</sup>

Het PPS-decreet maakt voorts een onderscheid tussen Vlaamse en lokale PPS-projecten. De begripsomschrijving van een Vlaams PPS-project luidt als volgt: "PPS-projecten van de Vlaamse Gemeenschap, van het Vlaamse Gewest, van de intern verzelfstandigde agentschappen met rechtspersoonlijkheid en van de publiek- en privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschappen en die na advies van het Vlaams Kenniscentrum PPS, door de Vlaamse regering als Vlaamse PPS-projecten erkend worden."<sup>268</sup> De definitie van een lokaal PPS-project wordt als volgt gedefinieerd: "PPS-projecten van de lokale besturen en van de ervan afhankende rechtspersonen.

Het Groenboek over publiek-private samenwerking voorziet de volgende definitie: "Met Publiek-private samenwerking wordt een vorm van samenwerking tussen overheid en bedrijfsleven bedoeld, die enerzijds tot doel heeft om infrastructuur te financieren, te bouwen, te renoveren, te beheren of te onderhouden en anderzijds om diensten te verlenen."<sup>269</sup> In navolging van bovenstaande begripsomschrijving worden in het Groenboek de elementen opgesomd die kenmerkend zijn voor publiek-private samenwerking: de vrij lange duur van de samenwerking tussen de partijen, de wijze waarop het betrokken project wordt gefinancierd, de rol van de partijen bij de opzet, het ontwerp, de uitvoering en financiering van het betrokken project en de risicospreiding.<sup>270</sup> De PPS-projecten situeren zich in sectoren waarin de overheid actief of waarin ze de eindverantwoordelijkheid wil blijven behouden. Publiek-private samenwerking wordt doorgaans in verband gebracht met wegeninfrastructuur, de gezondheidssector (de bouw van rusthuizen) en onderwijs (scholenbouw).<sup>271</sup>

Veel overeenkomsten voortvloeiend uit Publiek-private samenwerking nemen in de praktijk vaak de vorm aan van een DBFM-overeenkomst. Een overeenkomst van dit type staat voor Design, Building, Finance en Maintenance. Een DBFM-contract is een geïntegreerde contractvorm, waarbij de uitvoering van de verscheidene onderdelen van een infrastructuurproject aan één opdrachtnemende private partner worden toevertrouwd. In het kader van de DBFM-overeenkomst zal de private opdrachtnemer alle operationele aspecten van het infrastructuurproject voor zijn rekening nemen.<sup>272</sup> De operationele aspecten betreffen dus het ontwerpen (design), bouwen (build), financieren (finance) en onderhoud (maintenance).

---

<sup>267</sup> D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Brugge, Die Keure, 2003, 10.

<sup>268</sup> Artikel 2,2° PPS-decreet.

<sup>269</sup> Groenboek over Publiek Private Samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten, 30 april 2004 COM(2004) 327.

<sup>270</sup> Groenboek over Publiek Private Samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten, 30 april 2004 COM(2004) 327.

<sup>271</sup> S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van publieke – private samenwerking: een analyse van het openbaar en het privaat domein van de domeinconcessies, de concessies van openbare werken, de concessies van diensten en hun aanbesteding*, Brugge, die Keure, 2007, 35.

<sup>272</sup> C. DE KONINCK, P. FLAMEY en J. BOSQUET, *De plaatsing van overheidsopdrachten: Artikelsgewijze commentaar van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 houdende de plaatsing van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2013, 880.

Dit is deels vergelijkbaar met de kenmerken van een klassieke promotieovereenkomst. Dit is immers een overheidsopdracht voor de aanneming van werken, die zowel op het ontwerp, de uitvoering als de financiering van werken betrekking heeft.<sup>273</sup> Het grote verschilpunt tussen een DBFM-overeenkomst en een promotieovereenkomst berust in de kernverplichting van eerstgenoemde contractvorm, met name het garanderen van de beschikbaarheid van de infrastructuur voor de volledige duur van de overeenkomst. Deze kernverplichting rust geheel op de schouders van de private partner. Ondanks dit cruciaal verschilpunt staat het echter buiten kijf dat een promotieovereenkomst een reëel PPS-gehalte vertoont. De promotieovereenkomst dient immers zo worden opgevat dat de volle financiële verantwoordelijkheid komt te liggen bij de promotor. De promotor is verplicht zelf de vereiste financiële middelen te vergaren ter realisatie van het project, terwijl hij zelf maar zal worden vergoed, indien hij al zijn verbintenissen heeft nageleefd. Op de private partner berust als dusdanig een reëel risico.<sup>274</sup> Het is omwille van die reden dat de promotieovereenkomst als een geschikte formule in het kader van PPS-projecten kan aanzien worden. De promotieovereenkomst laat immers op deze manier een financiering toe via alternatieve financieringswijzen.<sup>275</sup>

#### **4.2 Vlaamse regelgeving: PPS-decreet**

Het Vlaamse PPS-decreet betreffende publiek-private samenwerking werd opgesteld met het oogmerk van de Vlaamse regering om publiek-private samenwerking aan te wenden als een hulpmiddel bij het uitvoeren van haar beleid. Dit decreet dient voornamelijk om PPS-projecten aan te moedigen of te vergemakkelijken en dergelijke projecten van een krachtige stimulans te voorzien.<sup>276</sup> Obstaten uit bestaande wetgeving zoals het domeinrecht en de onmogelijkheid om als overheid deel te nemen in andere rechtspersonen werden weggewerkt en de rechtszekerheid van PPS-projecten wordt vergroot.<sup>277</sup> Uit het eerste artikel blijkt duidelijk dat de regelgeving omtrent publiek-private samenwerking geregionaliseerd is en toebehoort aan de gemeenschappen en gewesten en niet de federale overheid. Uit de parlementaire voorbereiding en de inhoudstabel van het decreet kan duidelijk de structuur gededuceerd worden. Het decreet voorziet vooreerst in een aantal begripsomschrijvingen van specifieke termen. Het decreet beoogde vooral om een eenduidige definitie van het PPS-concept te voorzien. Een eenduidige definiëring is immers noodzakelijk om te vermijden dat PPS een relatief inhoudsloos begrip wordt, gelet op het feit dat het in de praktijk vaak aangewend wordt als koepelbegrip.

---

<sup>273</sup> C. DE KONINCK, P. FLAMEY en J. BOSQUET, *De plaatsing van overheidsopdrachten: Artikelsgewijze commentaar van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 houdende de plaatsing van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2013, 880- 881.

<sup>274</sup> C. DE KONINCK, P. FLAMEY en J. BOSQUET, *De plaatsing van overheidsopdrachten: Artikelsgewijze commentaar van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 houdende de plaatsing van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2013, 881.

<sup>275</sup> B. VAN HYFTE, *Onderscheid tussen een klassieke overheidsopdracht en een PPS-constructie in "PPS en Sportinfrastructuur"*, De Knop, P. (ed.), [www.vdelegal.com/wa\\_files/ONDERSCHIED\\_20TUSSEN\\_20EEN\\_20KLASSIEKE\\_20OVERHEIDSOPDRACHT\\_20EN.pdf](http://www.vdelegal.com/wa_files/ONDERSCHIED_20TUSSEN_20EEN_20KLASSIEKE_20OVERHEIDSOPDRACHT_20EN.pdf).

<sup>276</sup> Vlaams Kenniscentrum PPS, *Gebiedsontwikkeling via PPS: juridische leidraad, tips & tools*, [www2.vlaanderen.be/pps/documenten/PPS\\_Gebiedsontwikkeling\\_2.pdf](http://www2.vlaanderen.be/pps/documenten/PPS_Gebiedsontwikkeling_2.pdf).

<sup>277</sup> Vlaams Kenniscentrum PPS, *Gebiedsontwikkeling via PPS: juridische leidraad, tips & tools*, [www2.vlaanderen.be/pps/documenten/PPS\\_Gebiedsontwikkeling\\_2.pdf](http://www2.vlaanderen.be/pps/documenten/PPS_Gebiedsontwikkeling_2.pdf).

Zo werd voor de inwerkingtreding van het decreet "elke vorm van overleg tussen de publieke en private sector met betrekking tot de realisatie van een maatschappelijke wens maar al te vaak omschreven als PPS".<sup>278</sup> Vervolgens wordt de rol van het Vlaams Kenniscentrum PPS – in hoedanigheid van een administratief-organisch kader binnen de Vlaamse administratie – nader verklaard. Het laatste onderdeel van het decreet omvat het facilitair kader voor de Vlaamse en lokale PPS-projecten.<sup>279</sup> De rol en de feitelijke taken van het Vlaams Kenniscentrum PPS wordt nader toegelicht in artikel 4 van het PPS-decreet. "Het Vlaams Kenniscentrum PPS is belast met beleidsvoorbereidende en beleidsevaluerende taken met betrekking tot Vlaamse PPS-projecten en met de finale toetsing en eindadvies omtrent alle Vlaamse PPS-projecten. Deze taak behelst eveneens de sensibilisering en intermediatie van respectievelijk tussen de overheid en de private sector."<sup>280</sup> Het Vlaams Kenniscentrum kreeg tevens een rol toebedeeld met betrekking tot de lokale PPS-projecten. Zo kan het op verzoek van lokale besturen relevante informatie verstrekken, dewelke aangewend kan worden om PPS-projecten te faciliteren.<sup>281</sup> Artikelen 7 tot en met 15 van het PPS-decreet behandelen het facilitair kader voor Vlaamse PPS-projecten. Artikelen 15 tot en met 19 regelen het facilitair kader voor lokale PPS-projecten.

Het Vlaams Kenniscentrum heeft tien vuistregels opgesteld, die er toe kunnen bijdragen om op een efficiënte wijze tot een succesvolle publiek-private samenwerking te komen. Deze vuistregels werden omgedoopt tot de tien PPS-geboden. Vooreerst wordt gestipuleerd dat de contouren van het project dienen bepaald te worden. De doelstellingen van het project dienen gedetermineerd te worden en de ambities dienen op hun haalbaarheid getoetst te worden. De verplichting dat er niet voor PPS mag geopteerd worden omwille van loutere budgettaire redenen, vormt het tweede gebod. Het derde gebod, het verankeren van de grondposities, heeft enkel betrekking op vastgoed en beoogt vooral om een potentiële blokkering van het project te vermijden. Het Kenniscentrum raadt daarom ook aan dat akkoorden dienen gesloten te worden met de eigenaars of de rechthebbenden op grondpercelen.<sup>282</sup> Ten vierde is een stappenplan vereist, waarbij dus in feite een soort van traject wordt uitgestippeld om tot slot te komen tot een daadwerkelijke publiek-private samenwerkingsovereenkomst. De verscheidene stappen die gezet dienen te worden voorafgaand de sluiting van de overeenkomst betreffen de volgende: de identificatie van het overheidsinitiatief met PPS-gehalte (fase 1), de publieke structurering en projectdefiniëring (fase 2), partnership keuze (fase 3) en creatie uitvoering en management (fase 4). Het vijfde gebod wijst op de noodzaak om met vereende krachten te werken en eenduidig te communiceren.<sup>283</sup>

Er dient daarenboven steeds in acht worden genomen dat de overheid de drijvende en leidende kracht achter het project is in de conceptfase. Een volgend gebod duidt op het belang om voorafgaand te zorgen voor een publiek-publieke afstemming.

---

<sup>278</sup> Parlementair stuk 1722, nr. 2, zitting 2002-2003, ontwerp van decreet betreffende publiek-private samenwerking.

<sup>279</sup> Parlementair stuk 1722, nr. 2, zitting 2002-2003, ontwerp van decreet betreffende publiek-private samenwerking.

<sup>280</sup> Artikel 4 § 1 PPS-decreet.

<sup>281</sup> Artikel 4 § 2 PPS-decreet.

<sup>282</sup> Vlaams Kenniscentrum PPS, *De tien PPS-geboden*, [www2.vlaanderen.be/pps/informatie/info\\_10geboden.html](http://www2.vlaanderen.be/pps/informatie/info_10geboden.html).

<sup>283</sup> Vlaams Kenniscentrum PPS, *De tien PPS-geboden*, [www2.vlaanderen.be/pps/informatie/info\\_10geboden.html](http://www2.vlaanderen.be/pps/informatie/info_10geboden.html).



Het voeren van een tweesporenbeleid vormt een zevende gebod. In concreto komt het erop neer dat naast de PPS-oplossing een alternatieve manier dient uitgedokterd te worden om het vooropgestelde doel te bereiken. De verplichting om steeds marktconform te denken vormt het achtste gebod. Voornamelijk het negende gebod is interessant binnen het onderzoekkader van deze masterscriptie. Het gebod benadrukt dat de keuze van de private partner dient te gebeuren op een objectieve manier via mededinging. Het gebod impliceert dat de overheidsopdrachtenwetgeving (indien toepasselijk) en de regels van behoorlijk bestuur gerespecteerd dienen te worden. Het Vlaams Kenniscentrum vermeldt uitdrukkelijk dat de verplichting om het gelijkheidsbeginsel tezamen met het concurrentiebeginsel, de motiveringsplicht en het transparantiebeginsel in acht te nemen te allen tijde geldt. Het tiende en laatste gebod legt de verplichting op aan de betrokken partijen om het reeds bedongen contract blijvend te respecteren. Zowel de publieke partner als de privépartner dient haar contractuele obligaties blijvend na te komen.<sup>284</sup>

#### **4.3 Regeling op Europees niveau: Groenboek over publiek-private samenwerking**

Het Groenboek werd opgesteld door de Europese Commissie en beschrijft publiek-private samenwerking in het licht van Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten. In het Gemeenschapsrecht is immers geen specifieke regeling voor het verschijnsel PPS opgenomen.<sup>285</sup> Het Groenboek expliciteert net zoals het PPS-decreet eerst het verschijnsel PPS en de constitutieve kenmerken. De ratio legis van dit Europees Groenboek betreft 'het op gang brengen van een debat over de toepassing van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten op publiek-private samenwerking'.<sup>286</sup>

In concreto is de focus van het debat gericht op de vraag welke regels toegepast dienen te worden in het geval dat besloten is om de uitvoering van een opdracht of taak aan een derde toe te vertrouwen. Na de vermelding van het doel en opzet van het door de Commissie opgestelde document, wordt dieper ingegaan op het model van de strikt contractuele PPS. De principes voor het selecteren van de private partij, de vermelding wanneer contracten kunnen gekwalificeerd worden als een overheidsopdracht of een concessieovereenkomst ressorteren onder dit onderdeel van het Groenboek. De fase die zich voltrekt na de selectie van de private partij en het contractueel kader van het project wordt eveneens besproken in het onderdeel over de strikt contractuele PPS.<sup>287</sup> Het volgende onderdeel van het Groenboek behelst de regels van de geïnstitutionaliseerde PPS en het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten. In dit onderdeel wordt gefocust op de samenwerking waarbij ad hoc een rechtspersoon wordt opgericht, die gezamenlijk eigendom is van de publieke en de particuliere sector.

---

<sup>284</sup> Vlaams Kenniscentrum PPS, *De tien PPS-geboden*, [www2.vlaanderen.be/pps/informatie/info\\_10geboden.html](http://www2.vlaanderen.be/pps/informatie/info_10geboden.html).

<sup>285</sup> Groenboek over Publiek Private Samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten, 30 april 2004 COM(2004) 327.

<sup>286</sup> Groenboek over Publiek Private Samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten, 30 april 2004 COM(2004) 327.

<sup>287</sup> Groenboek over Publiek Private Samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten, 30 april 2004 COM(2004) 327.

Tot slot geeft het Europees Groenboek een weergave van de huidige stand van zaken en uitdagingen in het kader van de ontwikkelingen in publiek-private samenwerking.<sup>288</sup>

Dat de respectering van het beginsel van gelijke behandeling een *conditio sine qua non* is, staat buiten kijf gelet op de talrijke vermeldingen hiervan in het Groenboek. Zo wordt in randnummer 8 uitdrukkelijk gestipuleerd dat 'elke handeling waarbij een overheidsinstelling het verlenen van een economische activiteit toevertrouwt aan een derde' beoordeeld moet worden in het licht van het beginsel van gelijke behandeling. Randnummer 26 duidt op de verplichting om het beginsel te respecteren tijdens het doorlopen van de procedure van de concurrentiedialoog. Randnummer 29 duidt op de verplichting om het beginsel van gelijke behandeling te respecteren tijdens het doorlopen van de gunningsfase van concessieovereenkomsten. Het beginsel van gelijke behandeling dient niet alleen gerespecteerd te worden in de gunningsfase maar tevens in de fase na de selectie van de private partij. In concreto komt het dus erop neer dat het gelijkheidsbeginsel eveneens dient gerespecteerd te worden in de uitvoeringsfase.

Zoals eerder aangehaald berust het initiatiefrecht bij het opstellen van conceptvoorstellen voornamelijk bij de publieke partner. In randnummer 37 van het Groenboek wordt echter gestipuleerd dat de private sector eveneens het initiatief kan nemen voor een PPS-project. Bij een dergelijk scenario doen private ondernemingen, desgevallend op verzoek van de publieke partner, een conceptvoorstel voor het PPS-project in kwestie.<sup>289</sup> In het groenboek werd net zoals in het PPS-decreet geconstateerd dat de verschillende uiteenlopende vormen van publiek-private samenwerking te herleiden zijn tot twee grote modellen met name: strikt contractuele PPS en de participatieve PPS. Alle potentiële geïnteresseerden dienen een gelijke kans te krijgen om het privaatrechtelijke contract binnen te rijven. Door het PPS-project in mededinging te stellen wordt gelijke behandeling bekomen. Alle betrokken partijen krijgen immers de kans om een voorstel te formuleren dat tegemoet komt aan de wensen en voorwaarden van de aanbestedende overheid.<sup>290</sup> In het Groenboek wordt echter een andere terminologie gehanteerd voor de oprichting van nieuwe rechtspersonen in het kader van een bepaalde juridische constructie namelijk: geïstitutionaliseerde PPS. Uit randnummer 53 valt duidelijk af te leiden dat de inhoudelijke betekenis van een 'geïstitutionaliseerde' PPS op hetzelfde neerkomt als de 'participatieve' PPS.<sup>291</sup> Een fundamenteel verschil in deze modellen berust in de mate waarin de publieke partner deelneemt.<sup>292</sup>

---

<sup>288</sup> Groenboek over Publiek Private Samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten, 30 april 2004 COM(2004) 327.

<sup>289</sup> A. LOGGHE, A. FRANCOIS, K. LEUS, J. BOCKEN, N. BRAECKEVELT, K. DECROIX, W. DEPESTER, W. GOOSSENS, P. HINNEKENS, E. LEENKNECHT, F. ONGENA en W. VAN RIE, *Ondernemen met de overheid: publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2010, 33.

<sup>290</sup> Vlaams Kenniscentrum PPS, *Gebiedsontwikkeling via PPS: juridische leidraad, tips & tools*, [www2.vlaanderen.be/pps/documenten/PPS\\_Gebiedsontwikkeling\\_2.pdf](http://www2.vlaanderen.be/pps/documenten/PPS_Gebiedsontwikkeling_2.pdf).

<sup>291</sup> Groenboek over Publiek Private Samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten, 30 april 2004 COM(2004) 327.

<sup>292</sup> A. LOGGHE, A. FRANCOIS, K. LEUS, J. BOCKEN, N. BRAECKEVELT, K. DECROIX, W. DEPESTER, W. GOOSSENS, P. HINNEKENS, E. LEENKNECHT, F. ONGENA en W. VAN RIE, *Ondernemen met de overheid: publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2010, 34.

#### **4.4 Onderscheid tussen een PPS-project en een klassieke overheidsopdracht**

Het is van belang om te benadrukken dat publiek-private samenwerking geen doel an sich is. Het is immers de uitdrukking van de intentie om de samenwerking tussen overheid en privépartner op een soepelere, efficiëntere en meer commerciële wijze te laten verlopen. Publiek-private samenwerking is geen recente rechtsfiguur in de Belgische rechtsorde en dienen dusdanig steeds verwezenlijkt te worden binnen het bestaand wettelijk en juridisch kader aan de hand van reeds in het rechtsverkeer aanwezige rechtsfiguren.<sup>293</sup>

Een fundamenteel verschil tussen een klassieke overheidsopdracht en een project dat is tot stand gekomen door publiek-private samenwerking betreft de aard van de verhouding tussen de publieke en private partijen. Er is sprake van een verticale verhouding tussen de aanbestedende overheid en de private contractant bij een klassieke overheidsopdracht.<sup>294</sup> Zoals eerder vermeld, contracteert de overheid aan een vaste prijs en neemt het een directieve rol op zich. Er is geen sprake van een gezamenlijke inbreng hetgeen zich tot uiting brengt in de afwezigheid van enige risicoverdeling. Bij publiek-private samenwerking is de verhouding tussen de publieke en private partner horizontaal van aard. De publieke partner speelt een eerder regisserende rol. Bij PPS primeert het resultaat, de manier waarop het resultaat bereikt dient te worden is niet echt van tel. Het is immers zo dat aan de private partner voldoende ruimte wordt geboden om het resultaat te bereiken.<sup>295</sup>

Eveneens van belang is het steeds wederkerende uitgangspunt bij PPS-projecten: de overheid is een speciale contractspartij en bij de keuze van de private partner gebonden door regels. Zo dient de overheidsopdrachtenreglementering en de beginselen van behoorlijk bestuur in acht genomen te worden. Het gelijkheidsbeginsel dient vanzelfsprekend eveneens gerespecteerd te worden. Op de overheid rust de verplichting om gelijke kansen te geven aan de marktspelers. Een klassieke overheidsopdracht wordt als de minst verregaande samenwerking tussen de overheid en een private partner beschouwd. Een opvallend punt van onderscheid tussen een PPS-project en een klassieke overheidsopdracht betreft de financiering door contractspartijen en de hieruit volgende risicodeling. Bij publiek-private samenwerking wordt immers een beroep gedaan op privékapitaal, hetgeen impliceert dat de private partners instaan voor het gedeeltelijk dragen van het financiële risico. Dit staat dus in schril contrast met de regeling voor overheidsopdrachten van de klassieke sectoren, waarbij de aanbestedende overheid zich niet beroept op privékapitaal.<sup>296</sup> Dit heeft tot gevolg dat er geen sprake is van de vereiste risicoverdeling dat een constitutief bestanddeel/karakteristiek van een PPS-project vormt.

---

<sup>293</sup> B. VAN HYFTE, *Onderscheid tussen een klassieke overheidsopdracht en een PPS-constructie in "PPS en Sportinfrastructuur"*, De Knop, P. (ed.), [www.vdelegal.com/wa\\_files/ONDERSCHEID\\_20TUSSEN\\_20EEN\\_20KLASSIEKE\\_20OVERHEIDSOPDRACHT\\_20EN.pdf](http://www.vdelegal.com/wa_files/ONDERSCHEID_20TUSSEN_20EEN_20KLASSIEKE_20OVERHEIDSOPDRACHT_20EN.pdf).

<sup>294</sup> T. VILLE, "Publiek-private samenwerking: PPS-instrumenten in het licht van het aanbestedingsrecht", *Jura Falc.*, jg 41, 2004-2005, nr. 2, [www.law.kuleuven.be/jura/art/41n2/ville.html](http://www.law.kuleuven.be/jura/art/41n2/ville.html).

<sup>295</sup> T. VILLE, "Publiek-private samenwerking: PPS-instrumenten in het licht van het aanbestedingsrecht", *Jura Falc.*, jg 41, 2004-2005, nr. 2, [www.law.kuleuven.be/jura/art/41n2/ville.html](http://www.law.kuleuven.be/jura/art/41n2/ville.html).

<sup>296</sup> FLAMEY, P., KNAEPEN, S., *Publiek – private samenwerking (PPS): De fundamentele juridische spelregels en hun afdwingbaarheid: leidraad voor overheden en projectontwikkelaars*, Brugge, die Keure, 2005, 249 p.

Het ontbreken van de noodzakelijke risicoverdeling doet zich voor bij de open of beperkte aanbestedingen en de open of beperkte offerteaanvragen. Het verschil berust aldus in de mate van bereidheid van de publieke en private partner om gezamenlijk het risico op winst of verlies te delen. Klassieke overheidsopdrachten die via deze procedures worden gegund, kunnen bezwaarlijk als PPS-projecten worden aanschouwd.<sup>297</sup> A contrario kan hieruit afgeleid worden dat klassieke overheidsopdrachten die door middel van andere gunningsprocedures worden toegewezen aan inschrijvers mogelijks wel als PPS-projecten worden aanzien.

De risicoverdeling baseert zich op de specifieke expertise en sterkte van de betrokken publieke en private partner, gelet op het feit dat er sprake is van een vermenging van publieke en private belangen. Villé is van mening dat een succesvolle samenwerking gekenmerkt wordt door een evenwichtige risicoverdeling. Hij vindt het aangewezen dat de bestuurlijke en beleidsrisico's worden beheerd door de publieke partij en de commerciële risico's door de private partijen. Het is mogelijk dat zowel de private als de publieke partijen deze risico's delen.<sup>298</sup>

#### **4.5 Marktverkenning en -raadpleging als voorbereidende fase**

PPS-projecten behoeven een creatieve aanpak, hetgeen impliceert dat een grondige voorbereiding onontbeerlijk is. De marktverkenning en -raadpleging zijn twee geschikte technieken, die kunnen worden aangewend ter voorbereiding van een PPS-project.<sup>299</sup> De overheid raadpleegt de markt of althans een deel ervan of de informatie die aanwezig is op de markt. Ze kan al dan niet de markt raadplegen door middel van het voeren van een dialoog met de marktpartijen. De marktverkenning en -raadpleging zijn voorbereidende stappen die door de overheid gezet dienen te worden alvorens zij een concreet project wenst uit te besteden. Dit kan gezien worden als een consultatieronde waarbij de aanbestedende overheid zoveel mogelijk nuttige, relevante informatie over de haalbaarheid van het project wenst te bekomen. De overheid doet hier met andere woorden puur aan informatievergaring om met kennis van zaken een concreet PPS-project te conceptualiseren.<sup>300</sup> De nog steeds bestaande informatiekloof tussen de overheid en de markt op gebied van het uittekenen van een welbepaald project en het formele zorgvuldigheidsbeginsel vormen respectievelijke de externe en interne oorzaken/drijfveren waarom de aanbestedende overheid overgaat tot marktverkenning en -raadpleging. De marktverkenning is "elke feitelijke, eenzijdige handeling, uitgaand van een of meer overheidsbesturen, gericht op de organisatie van een openbare informatievergaring van marktgegevens".<sup>301</sup>

---

<sup>297</sup> B. VAN HYFTE, *Onderscheid tussen een klassieke overheidsopdracht en een PPS-constructie in "PPS en Sportinfrastructuur"*, De Knop, P. (ed.), [www.vdelegal.com/wa\\_files/ONDERSCHEID\\_20TUSSEN\\_20EEN\\_20KLASSIEKE\\_20OVERHEIDSOPDRACHT\\_20EN.pdf](http://www.vdelegal.com/wa_files/ONDERSCHEID_20TUSSEN_20EEN_20KLASSIEKE_20OVERHEIDSOPDRACHT_20EN.pdf).

<sup>298</sup> T. VILLE, "Publiek-private samenwerking: PPS-instrumenten in het licht van het aanbestedingsrecht", *Jura Falc.*, jg 41, 2004-2005, nr. 2, [www.law.kuleuven.be/jura/art/41n2/ville.html](http://www.law.kuleuven.be/jura/art/41n2/ville.html).

<sup>299</sup> Vlaams Kenniscentrum PPS, *Marktverkenning- en raadpleging door openbare besturen: Kenniscentrum PPS – Marktraadpleging*, 2008, [www2.vlaanderen.be/pps/documenten/Boekje%20PPS\\_marktraadpleging\\_web.pdf](http://www2.vlaanderen.be/pps/documenten/Boekje%20PPS_marktraadpleging_web.pdf).

<sup>300</sup> Vlaams Kenniscentrum PPS, *Marktverkenning- en raadpleging door openbare besturen: Kenniscentrum PPS – Marktraadpleging*, 2008, [www2.vlaanderen.be/pps/documenten/Boekje%20PPS\\_marktraadpleging\\_web.pdf](http://www2.vlaanderen.be/pps/documenten/Boekje%20PPS_marktraadpleging_web.pdf).

<sup>301</sup> Vlaams Kenniscentrum PPS, *Marktverkenning- en raadpleging door openbare besturen: Kenniscentrum PPS – Marktraadpleging*, 2008, [www2.vlaanderen.be/pps/documenten/Boekje%20PPS\\_marktraadpleging\\_web.pdf](http://www2.vlaanderen.be/pps/documenten/Boekje%20PPS_marktraadpleging_web.pdf).

De marktraadpleging of marktconsultatie wordt als volgt gedefinieerd: "een feitelijke, meerzijdige handeling, uitgaand van een of meer overheidsbesturen, gericht op de organisatie van een informatie-uitwisseling met een of meer geïnteresseerde, al dan niet vooraf geselecteerde marktpraktijken of stakeholders en andere belanghebbenden, met als doel het aanwenden van de aldus verkregen informatie ter bepaling van de haalbaarheid van een door het overheidsbestuur beoogd project".<sup>302</sup> Een marktraadpleging kan open of gesloten zijn. De overheid verkent de markt op niet vooraf vastgelegde wijze bij een open marktraadpleging. Doorgaans wordt bij deze soort marktraadplegingen een oproep tot informatieverstrekking gedaan in algemene of vaktijdschriften. De overheid vergaart informatie bij vooraf geselecteerde gesprekspartners, indien er sprake is van een gesloten marktraadpleging.

Door de kwalificatie als feitelijke handeling kan de marktraadpleging niet gelijkgeschakeld worden met een overheidsopdracht. Het is immers een consultatietechniek en dus niet gericht op het tot stand brengen van een overeenkomst. De privaatrechtelijke deelnemer aan een marktraadpleging stelt zich geen kandidaat voor de uitvoering van het onderzochte project. De marktraadpleging is dus in dat opzicht niet te vergelijken met de complexe administratieve rechtshandeling die aan het gunnen van een overheidsopdracht voorafgaat.<sup>303</sup> Gelet op de kwalificatie als feitelijke handeling is er slechts een beperkt regelgevend kader toepasselijk op de marktraadpleging. Rekening houdend met het onderzoekkader van deze masterscriptie vestig ik mijn aandacht vooral op de toepasselijkheid van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel op de marktraadpleging. Dit impliceert dat de overheid niet op subjectieve wijze of op onredelijke gronden geïnteresseerde marktpartijen mag weren uit een open marktraadpleging. Het gelijkheidsbeginsel vindt uiteraard eveneens toepassing bij de gesloten marktraadpleging. Zo dient de overheid haar keuze om in dialoog te treden met een selectief aantal welbepaalde bedrijven grondig te motiveren. Op haar schouders rust de bewijslast om aan te tonen dat deze keuze geen discriminerend effect heeft in hoofde van de geraadpleegde partijen. De overheid dient daarenboven grondig te argumenteren waarom ze bepaalde ondernemingen van de marktdialoog heeft uitgesloten.<sup>304</sup> Een efficiënte manier om een potentiële inbreuk op het gelijkheidsbeginsel te vermijden, betreft het consequent overgaan tot het voeren van publiciteit rond voorgenomen marktraadplegingen, waarbij aan de markt duidelijk wordt gemaakt dat slechts die gesprekspartners die voldoen aan specifieke selectiecriteria tot de marktdialoog zullen uitgenodigd worden.

Zoals is gebleken uit de voorgaande passages wordt het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel in het overheidsopdrachtencontentieux vertaald naar de plicht om iedere kandidaat of inschrijver gelijk te behandelen.<sup>305</sup>

---

<sup>302</sup> Vlaams Kenniscentrum PPS, *Marktverkenning- en raadpleging door openbare besturen: Kenniscentrum PPS – Marktraadpleging*, 2008, [www2.vlaanderen.be/pps/documenten/Boekje%20PPS\\_marktraadpleging\\_web.pdf](http://www2.vlaanderen.be/pps/documenten/Boekje%20PPS_marktraadpleging_web.pdf).

<sup>303</sup> Vlaams Kenniscentrum PPS, *Marktverkenning- en raadpleging door openbare besturen: Kenniscentrum PPS – Marktraadpleging*, 2008, [www2.vlaanderen.be/pps/documenten/Boekje%20PPS\\_marktraadpleging\\_web.pdf](http://www2.vlaanderen.be/pps/documenten/Boekje%20PPS_marktraadpleging_web.pdf).

<sup>304</sup> Vlaams Kenniscentrum PPS, *Marktverkenning- en raadpleging door openbare besturen: Kenniscentrum PPS – Marktraadpleging*, 2008, [www2.vlaanderen.be/pps/documenten/Boekje%20PPS\\_marktraadpleging\\_web.pdf](http://www2.vlaanderen.be/pps/documenten/Boekje%20PPS_marktraadpleging_web.pdf).

<sup>305</sup> Vlaams Kenniscentrum PPS, *Marktverkenning- en raadpleging door openbare besturen: Kenniscentrum PPS – Marktraadpleging*, 2008, [www2.vlaanderen.be/pps/documenten/Boekje%20PPS\\_marktraadpleging\\_web.pdf](http://www2.vlaanderen.be/pps/documenten/Boekje%20PPS_marktraadpleging_web.pdf).

Zoals ik reeds heb aangekaart bestaat er ook een mogelijkheid tot marktverkenning of marktconsultatie in het overheidsopdrachtenrecht en bieden vooral twee gunningsprocedures de mogelijkheid aan tot overleg/dialogoog tussen de aanbestedende overheid en de inschrijvers: de concurrentiedialoog en de onderhandelingsprocedure. Het grootste verschilpunt met de marktraadpleging bij PPS-projecten betreft het feit dat na afloop van de informatie-uitwisseling, die tijdens de gunningsprocedure wordt gevoerd, er in beginsel gecontracteerd wordt met een van de informatieverstrekkers. Dit is niet het geval bij de marktraadpleging in het kader van PPS-projecten, waarvoor geen overheidsopdracht wordt uitgeschreven.<sup>306</sup>

#### **4.6 Fases van de totstandkoming van een PPS-project**

Vier onderscheiden processuele fases dienen doorlopen te worden alvorens een PPS-project kan verwezenlijkt worden, met name: de initiatiefase, de structureringsfase, de selectiefase en de uitvoeringsfase.

De eerste stap van het proces beoogt een concreet project en een formule voor de realisatie van dit project te determineren. Het is vanzelfsprekend dat voldoende informatie beschikbaar dient te zijn over de inhoud en de beoogde doelstellingen van het project alvorens een formule of een scenario kan uitgewerkt worden. Dit uit te stippelen scenario is sterk afhankelijk van de projectinhoud, de ambities en de ervaringen van de opdrachtgever.

In deze fase wordt voornamelijk de afbakening van het project en de bekendmaking van een voorkeursscenario voor publiek-private samenwerking bewerkstelligd.<sup>307</sup> Indien de publieke partij en de private partner stoten op een complex stedenbouwkundig project, is het raadzaam om in de initiatiefase een masterplan op te stellen of een ontwerpend onderzoek op te maken. Dergelijk onderzoek of masterplan is een ideaal instrument om een complex project te verduidelijken en concretiseren. Een formele beslissing binnen de bevoegde overheidsinstantie of op lokaal niveau het College van Burgemeester en Schepenen of vast bureau van het OCMW vormt de afronding van de eerste fase. Het aanduiden van een projectleider en eventueel een werkgroep en/of een stuurgroep zijn stappen die een vervolg vormen op de afbakening van het project. Mogelijks wordt in de initiatiefase een intentieverklaring tussen de betrokken partijen afgesloten.<sup>308</sup>

De structureringsfase is de tweede fase in het totstandkomingsproces van een PPS-project. Deze fase bestaat uit het verder bediscussiëren, structureren en definiëren van het project. In deze fase is het perfect mogelijk dat meerdere publieke partijen andere dan de projecteigenaar of het eigen bestuur betrokken zijn. Het betrekken van alle relevante publieke actoren in het project gebeurt eveneens in deze fase. De algemene krijtlijnen van een project worden reeds uitgetekend in de eerste fase van het proces.

---

<sup>306</sup> Vlaams Kenniscentrum PPS, *Marktverkenning- en raadpleging door openbare besturen: Kenniscentrum PPS – Marktraadpleging*, 2008, [www2.vlaanderen.be/pps/documenten/Boekje%20PPS\\_marktraadpleging\\_web.pdf](http://www2.vlaanderen.be/pps/documenten/Boekje%20PPS_marktraadpleging_web.pdf).

<sup>307</sup> Vlaams Kenniscentrum PPS, *PPS-procesaanpak*, [www2.vlaanderen.be/pps/proces/proces\\_procesaanpak\\_struct.html](http://www2.vlaanderen.be/pps/proces/proces_procesaanpak_struct.html).

<sup>308</sup> Vlaams Kenniscentrum PPS, *PPS-procesaanpak*, [www2.vlaanderen.be/pps/proces/proces\\_procesaanpak\\_struct.html](http://www2.vlaanderen.be/pps/proces/proces_procesaanpak_struct.html).

In deze fase worden deze krijtlijnen nader geconcretiseerd en wordt beoogd een concreet projectdossier/lastenboek op te stellen, dat zal fungeren als basisdocument voor de latere selectie van de private partij.<sup>309</sup>

De derde fase betreft de selectiefase, waarbij de publieke partij de meest geschikte private PPS-partner zal selecteren. Twee belangrijke aspecten dienen bij de selectiefase in acht genomen te worden: de opdracht wordt alleen gegund indien verwacht kan worden dat de PPS-variant daadwerkelijk meerwaarde zal opleveren in vergelijking met de publieke variant en de PPS-contracteringstrategie.<sup>310</sup>

De vierde en laatste fase betreft de uitvoering van de gekozen vorm van publiek-private samenwerking door het in de praktijk om te zetten en het te managen. De feitelijke realisatie van het project als dusdanig vindt in deze fase plaats.<sup>311</sup>

---

<sup>309</sup> Vlaams Kenniscentrum PPS, *PPS-procesaanpak*, [www2.vlaanderen.be/pps/proces/proces\\_procesaanpak\\_struct.html](http://www2.vlaanderen.be/pps/proces/proces_procesaanpak_struct.html).

<sup>310</sup> Vlaams Kenniscentrum PPS, *PPS-procesaanpak*, [www2.vlaanderen.be/pps/proces/proces\\_procesaanpak\\_struct.html](http://www2.vlaanderen.be/pps/proces/proces_procesaanpak_struct.html).

<sup>311</sup> Vlaams Kenniscentrum PPS, *PPS-procesaanpak*, [www2.vlaanderen.be/pps/proces/proces\\_procesaanpak\\_struct.html](http://www2.vlaanderen.be/pps/proces/proces_procesaanpak_struct.html).

## **Hoofdstuk 5. De rol van het gelijkheidsbeginsel bij PPS-projecten**

Zoals ik reeds eerder heb aangekaart, onderzoek ik in dit hoofdstuk op welke manier het gelijkheidsbeginsel een rol speelt bij de totstandkoming van projecten die voortvloeien uit publiek-private samenwerking. Ik heb slechts één arrest van de Raad van State kunnen terugvinden waarbij een project via publiek-private samenwerking werd gerealiseerd. Het is geen evidentie om rechtspraak te zoeken over PPS-projecten, gelet op het feit dat er significante bedragen mee gemoeid zijn en dat vele zaken uiterst vertrouwelijke gegevens bevatten. Op advies van mijn promotor professor dr. De Becker heb ik de Participatiemaatschappij Vlaanderen gecontacteerd met het verzoek om inzage te bekomen in een aantal aanbestedingsdossiers inzake projecten die tot stand zijn gekomen via een PPS-formule. Er werd mij toegang verleend tot een beperkt aantal dossiers. De namen van de partijen in de aanbestedingsdossiers worden door mij niet vrijgegeven, daar deze dossiers mij in vertrouwen werden gegeven. Op basis van het oordeel van de Raad van State in het arrest NV Denys, NV Kumpen, CV NIBC European Infrastructure Fund en NV Aswebo/Vlaams tegen Vlaamse Vervoersmaatschappij De Lijn en de aanbestedingsdossiers die mij ter mijne beschikking werden gesteld, zal ik deduceren welke rol het gelijkheidsbeginsel speelt bij PPS-projecten. Ik focus mij hierbij vooral op de manier waarop het beginsel wordt ingevuld en gewaarborgd.

In het desbetreffende arrest van de Raad van State bleek dat er voor de openbare vervoersprojecten uit de eerste fase van het Masterplan Antwerpen een beroep zal worden gedaan op alternatieve financiering in een structuur van publiek-private samenwerking. Met het oprichten van een Special Purpose Vehicle werd gekozen voor het model van de participatieve PPS. In casu werd een gezamenlijke opdracht georganiseerd voor de toewijzing van een DBFM-contract voor de realisatie van het openbaar vervoersproject Brabo I. Er werd gekozen om een overheidsopdracht hiervoor uit te schrijven, die gegund werd door middel van een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. De opdracht betrof het volgende: "het selecteren van een private partner voor de op te richten Special Purpose Vehicle en de toewijzing van de opdracht tot het uitvoeren van het Project Brabo I aan het Special Purpose Vehicle". In het kader hiervan zal de gekozen kandidaat ook instaan voor de financiering van het Project Brabo I.<sup>312</sup> De verzoekende partijen argumenteerden in deze rechtszaak tegen de Vlaamse Vervoersmaatschappij De Lijn dat een inschrijver, die beschikt over een exclusief engagement tot financiering van de financiële instelling waarin de aanbestedende dienst participeert, als enige een concurrentieel voordeel geniet dat logischerwijze de gelijkheid tussen de inschrijvers en de eerlijke mededinging onder de inschrijvers in het gedrang brengt.<sup>313</sup>

In concreto zijn de verzoekers van mening dat het gelijkheidsbeginsel en het mededingingsbeginsel geschonden is in het feit dat de voordelen van de kapitaalinjectie slechts worden genoten door de inschrijver, waarmee de betrokken financiële instelling – NV KBC Groep – een exclusieve verbintenis tot het verschaffen van senior debt financiering heeft.

---

<sup>312</sup> RvS 9 juni 2009, nr. 193.946, NV Denys, NV Kumpen, CV NIBC European Infrastructure Fund en NV Aswebo/Vlaamse Vervoermaatschappij De Lijn.

<sup>313</sup> RvS 9 juni 2009, nr. 193.946, NV Denys, NV Kumpen, CV NIBC European Infrastructure Fund en NV Aswebo/Vlaamse Vervoermaatschappij De Lijn.



Verzoekers beweerden dat de inschrijver een concurrentieel voordeel verkrijgt in de vorm van het bekomen van voldoende vreemd vermogen ter afdekking van de volledige financieringsbehoefte en scherpe financieringsvoorwaarden.<sup>314</sup> De Raad van State is een andere mening toegedaan en oordeelt dat de verzoekers de graad van ernst niet voldoende hebben aangetoond. Zo haalt de Raad van State aan dat de verwerende partij terecht stelt dat de verzoekers zich danig vergist hebben in hun uitgangspunt dat de kapitaalinjectie zonder meer de oorzaak is van de verleende financiering. Verzoekers vergissen zich van persoon door te veronderstellen dat de openbare vervoersmaatschappij De Lijn participeert in de financiële instelling, terwijl in feite het Vlaams Gewest participeert. Daarenboven werd de financiering niet verleend door nv KBC Groep maar door NV KBC Bank, waarin het Vlaams Gewest niet actief participeert en louter beschikt over aandelen zonder stemrecht. Bovendien werd de inschrijver niet alleen door deze financiële instelling gefinancierd maar eveneens door drie andere financiers.<sup>315</sup> De vier financiers handelden onder dezelfde financieringsvoorwaarden. Deze voorwaarden van externe financiering liggen vaak in de lijn van de voorwaarden van de andere kandidaten. Bovendien werd deze externe financiering, geregeld door het Vlaamse Gewest, door de Europese Commissie niet als concurrentieverstorend aanschouwd.<sup>316</sup>

Ik concludeer hieruit dat de door de verzoekers aangekaarte kapitaalinjectie en de voordelen die ermee gepaard gaan voor de inschrijver geen schending van het mededingingsbeginsel teweeg bracht, gelet op het feit dat hun argumentatie bezwaarlijk als ernstig kan aanzien worden. Indien er geen sprake is van een concurrentieel voordeel waarbij een inschrijver wordt bevoordeeld, impliceert dit eveneens dat de gelijkheid tussen de inschrijvers onderling niet in het gedrang komt. Bijgevolg deze vorm van externe financiering schendt niet het mededingingsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.

De aanbestedingsdossiers, die aan mij ter beschikking werden gesteld, hebben PPS-projecten tot voorwerp waarbij de publieke en private partners de vigerende overheidsopdrachtenreglementering dienden te respecteren. Het betreft infrastructuurprojecten rond publiek vastgoed die gerealiseerd worden via een PPS-formule. Zo gaat een dossier over de herontwikkeling van een site met de oog op de creatie van centrale huisvesting, meer specifiek kantorenbouw voor diverse diensten van de Vlaamse overheid. De concurrentiedialoog werd aangewend om de opdracht toe te wijzen aan de private partner. Dat deze gunningsprocedure enige voorkeur geniet in het contentieux van PPS-projecten heb ik in het vorige hoofdstuk reeds belicht. Bovendien stipuleert artikel 27,2° van de huidige Overheidsopdrachtenwet dat de gelijke behandeling van de deelnemers tijdens het doorlopen van de procedure dient gerespecteerd te worden. Uit de analyse blijkt wel degelijk dat hier gevolg aan is gegeven.

---

<sup>314</sup> RvS 9 juni 2009, nr. 193.946, NV Denys, NV Kumpen, CV NIBC European Infrastructure Fund en NV Aswebo/Vlaamse Vervoermaatschappij De Lijn.

<sup>315</sup> RvS 9 juni 2009, nr. 193.946, NV Denys, NV Kumpen, CV NIBC European Infrastructure Fund en NV Aswebo/Vlaamse Vervoermaatschappij De Lijn.

<sup>316</sup> RvS 9 juni 2009, nr. 193.946, NV Denys, NV Kumpen, CV NIBC European Infrastructure Fund en NV Aswebo/Vlaamse Vervoermaatschappij De Lijn.

Het gelijkheidsbeginsel wordt gerespecteerd doordat de aanbestedende overheid tijdens de verscheidende dialoofases iedere kandidaat in dezelfde mate van informatie voorzag. Zo bleek uit de dossiers van twee PPS-projecten dat de gunningscriteria en het 'gewicht' hiervan op voorhand wordt meegedeeld aan alle kandidaten. De weging van de criteria 'kwaliteit' en 'prijs' wordt uitgedrukt in een vork, met een passend verschil tussen minimum en maximum. Met de uitdrukking van het gewicht van een gunningscriterium binnen een vork gaan een aantal restricties mee gepaard. Zo moet dit passend verschil geval per geval worden beoordeeld en moet rekening gehouden worden met het volgende: het verschil moet verdedigbaar zijn in functie van de betrokken opdracht en het mag niet tot gevolg hebben dat de volgorde van de gewogen criteria wordt omgekeerd. Daarenboven mag dit verschil geen onbeperkte keuzevrijheid voor de aanbestedende overheid openlaten.<sup>317</sup> Er zijn risico's verbonden aan het gebruik van dit instrument, want de kans is namelijk reëel dat het aanwenden van een vork voor het toekennen van gewicht aan elk gunningscriteria kan leiden tot willekeur bij de evaluatie, in functie van de inhoud van ontvangen offertes.<sup>318</sup> Door iedereen gelijktijdig te informeren over de puntenverdeling van de gunningscriteria, wordt beoogd iedere kandidaat duidelijk te maken wat de verwachtingen van de aanbestedende overheid zijn. Zo heeft elke kandidaat zonder uitzondering de kans om zijn offerte gericht af te stemmen op de wensen van de aanbestedende overheid.

Uit twee dossiers bleek dat het gunningscriterium 'prijs' een doorslaggevende factor vormde, gelet op het feit dat voor dit criterium verhoudingsgewijs meer punten konden gescoord worden dan pakweg het criterium 'prijs'. Er wordt sterk ingezet op kwaliteit in de eerdere fases en op basis van dit criterium vindt er ook een eerste schifting plaats. Uiteindelijk wordt uit de resterende kwalitatieve offertes toch de offerte van de inschrijver geselecteerd die de meest gunstige prijs kon voorleggen. Uit een van de dossiers kon ik duidelijk afleiden dat de concurrentiedialoog werd aangewend omwille van het feit dat de aanbestedende overheid niet in staat bleek te zijn om een bestek op te maken en naar de markt trok om oplossingen te zoeken. De aanbestedende overheid engageerde zich om voortdurend feedback te geven over de ideeën van de inschrijvers en hierbij alle betrokken inschrijvers te informeren over de nodige bijstellingen, die zij dienen door te voeren om tegemoet te komen aan de verwachtingen van de aanbestedende overheid. Er wordt gegarandeerd dat iedere inschrijver gelijke kansen krijgt om de nodige aanpassingen door te voeren aan hun offertes. Uiteindelijk werden gelijkaardige bestekken opgemaakt voor de inschrijvers, maar werden in de bijlagen onderscheiden voorwaarden opgenomen, geïndividualiseerd voor iedere inschrijver.

Uit het beoordelingsverslag van het PPS-project gericht op de herontwikkeling van een site met het oog op centrale huisvesting (meer specifiek kantorenbouw), blijkt dat de offertes eerst onderworpen werden aan een regelmatigheidsonderzoek.

---

<sup>317</sup> Vlaamse Overheid, *e-Draaiboek Overheidsopdrachten*, <http://overheid.vlaanderen.be/sites/default/files/documenten/overheidsopdrachten/instrumenten/edraaiboek-8juli/orgawise/orgawise/Toelichting37274.html>.

<sup>318</sup> Vlaamse Overheid, *e-Draaiboek Overheidsopdrachten*, <http://overheid.vlaanderen.be/sites/default/files/documenten/overheidsopdrachten/instrumenten/edraaiboek-8juli/orgawise/orgawise/Toelichting37274.html>.

Voor het realiseren van dit project werd de overheidsopdrachtenreglementering aangewend en werd de opdracht gegund via de concurrentiedialoog. Er werd eerst nagegaan of de eerste dialoogvoorstellen van de kandidaten voldoen aan de eisen inzake volledigheid en formele regelmatigheid. Voorts werd overgegaan tot de controle op de naleving van de selectiecriteria door alle participanten. Bij de beoordeling werd verwacht dat de deelnemers gedurende de volledige gunningsprocedure aan de bij de aankondiging gestelde selectiecriteria zouden respecteren. Zo dient iedere kandidaat met de nodige documentatie waaronder een bankverklaring en de jaarrekening van de laatste drie boekjaren, aan te tonen dat zij over de vereiste economische en financiële draagkracht beschikt voor de goede uitvoering van de opdracht. De kandidaten dienen tevens de vereiste technische vakbekwaamheid te tonen voor het uitvoeren van de opdracht, in het bijzonder de ontwikkeling van kantoorgebouwen. De participanten werden geacht om eveneens rekening te houden met de uitsluitingsgronden, opdat zij niet op basis van deze gronden van de opdracht uitgesloten zouden worden. De aanbestedende overheid had daarenboven in diens Beschrijvend Document een aantal minimumvereisten opgesteld, waaraan absoluut voldaan diende te worden. Een aantal vereisten betroffen onder meer de volgende: een minimale ruimte voor 180 werknemers, de nieuwbouw moet 4 sterren behalen volgens het Handboek waardering Kantoorgebouwen en de voorziene ingebruikname van zowel de nieuwbouw als het renovatieproject, die vastgesteld werd op maximaal 22 maanden na ontvangst van de stedenbouwkundige vergunning.

Vervolgens onderzocht de aanbestedende overheid de verenigbaarheid van de dialoogvoorstellen met de vooropgestelde gunningscriteria. Zo werd de conformiteit van deze dialoogvoorstellen met de gunningscriteria 'prijs' en 'kwaliteit' aan een grondig onderzoek en beoordeling onderworpen. De dialoogvoorstellen die in het kader van de concurrentiedialoog door de kandidaten werden voorgelegd, werden nauwgezet onderzocht en getoetst aan verscheidene subgunningscriteria. De aanbestedende overheid heeft duidelijk en helder alle vereisten medegedeeld aan iedere inschrijver. Naast de expliciete vermelding van de te behalen punten per gunningscriterium werden de specifieke verlangens en eisen van de aanbestedende overheid gedetailleerd weergegeven. Zoals eerder aangehaald heeft de aanbestedende overheid veel aandacht besteed aan de weging van de gunningscriteria. Per gunningscriterium en de bijhorende subgunningscriteria werd duidelijk gestipuleerd in welke mate van deze (sub)gunningscriteria doorwegen bij de beoordeling. De aanbestedende overheid heeft daarenboven uitdrukkelijk de aan inschrijvers toebedeelde punten in extenso voorzien van de nodige uitleg. Zonder enig onderscheid kreeg iedere inschrijver te horen waarom zij wel of niet mochten doorstoten naar de tweede dialoofase. De beslissing werd grondig gemotiveerd en gefundeerd op basis van de resultaten die het vergelijkend onderzoek van de offertes voortbrachten. De overblijvende inschrijvers kregen na de eerste dialoofase de kans om een tweede dialoogvoorstel in te dienen, indien zij dit wensten. De aanbestedende overheid heeft ook in de tweede dialoofase met de nodige objectiviteit alle ingediende dialoogvoorstellen beoordeeld op basis van de verenigbaarheid van deze voorstellen met de (sub)gunningscriteria. De aanbestedende overheid heeft ieder dialoogvoorstel zowel in de eerste als in de tweede fase zeer objectief beoordeeld en laat nergens enige blijk geven van een voorkeursbehandeling.

Afgaande op het beoordelingsverslag concludeer ik dat de aanbestedende overheid de nodige stappen heeft ondernomen om de gelijke behandeling van alle inschrijvers te garanderen. Ieder ingediend dialogovoorstel werd verhoudingsgewijs voorzien van uitvoerige feedback, waardoor iedere inschrijver een gelijke kans kreeg om bijstellingen aan te brengen waar nodig.

Het volgende dossier betrof opnieuw een huisvestingsproject, meer specifiek de bouw van een bedrijfsgebouw, waarin kantoren en laboratorium-gebonden activiteiten werden ondergebracht, diende gerealiseerd te worden. Voor de verwezenlijking van dit PPS-project werd eveneens geopteerd om de overheidsopdrachtenreglementering aan te wenden. De opdracht werd gegund via een onderhandelingsprocedure met bekendmaking, die net zoals de concurrentiedialoog de meest frequent aangewende gunningsprocedures zijn bij PPS-projecten die via overheidsopdrachtenwetgeving gerealiseerd worden. Het beginsel van de gelijke behandeling van inschrijvers werd anders gewaarborgd, gelet op het feit dat een andere gunningsprocedure werd aangewend voor de toewijzing van de opdracht. De toewijzing van de opdracht verliep dus niet via verscheidene dialoofasen, maar door middel van meerdere onderhandelingsrondes. Een frappant verschil met het vorig dossier betreft de uitvoerige uiteenzetting van de onderzoekresultaten, die voortvloeien uit het regelmatigheidsonderzoek. Het regelmatigheidsonderzoek strekte zich onder andere uit tot de beoordeling van de formele geldigheid en formele regelmatigheid van de offertes. De inachtneming van een aantal randvoorwaarden die zijn opgesomd in het BAFO-bestek werd eveneens gecontroleerd door de aanbestedende overheid. De bereikbaarheid van het project met het openbaar vervoer vormde een van deze randvoorwaarden. Alvorens werd overgegaan tot de definitieve beoordeling van de BAFO-offertes, werden bijkomende onderhandelingsrondes ingelast om uit te maken welke offertes van de inschrijvers wel of niet aan de minimale vereisten voldeden. De minimale vereisten hadden onder meer betrekking op de marktconformiteit van de huurprijs, de minimale oppervlakte van het project, kwaliteit en functionele eisen.

De beoordeling van de gunningscriteria werd net zoals het vorige dossier nauwgezet en stapsgewijs vermeld in het beoordelingsverslag van de aanbestedende overheid. De offertes van de kandidaten werden voor dit huisvestingsproject getoetst aan de gunningscriteria 'kwaliteit' en 'financieel criterium'. Met andere woorden de offertes worden beoordeeld aan de hand van de kwaliteit van de voorstellen en de prijzen. Voor elk van beide gunningscriteria zijn maximaal vijftig punten te verdienen. Onder het financieel criterium ressorteren twee subgunningscriteria met name: de totale gebruikskost en het investeringsvoorstel, waarvoor respectievelijk maximaal veertig en tien punten verdiend konden worden. Het gunningscriterium 'kwaliteit' werd opgesplitst in de subgunningscriteria 'duurzaamheid' en 'ligging, functionaliteit en architecturale kwaliteit', waarvoor respectievelijk maximaal twintig en dertig punten verdiend konden worden. Voor de totale gebruikskost te determineren werd per kandidaat een wiskundige formule gehanteerd. In het BAFO-bestek werd deze wiskundige formule weergegeven in functie van de berekende, gecorrigeerde totale gebruikskost. Vervolgens baseerde de aanbestedende overheid zich op de ingevulde bedragen in de financiële modellen van de kandidaten om zelf per kandidaat de totale gebruikskost te gaan berekenen. Deze beoordelingsmethode werd op identieke wijze gehanteerd voor alle ingediende offertes, zonder dat enig onderscheid werd gemaakt.

Voor het subgunningscriterium 'investeringsvoorstel' werd bij de puntentoekening rekening gehouden met volgende factoren: kwantitatieve elementen (de waardering van de onroerende goederen en de aandelen en dergelijke meer), plan van aanpak en businessplan, juridische constructie voor het partnership en partners in de samenwerking en de bouwteamformule. De aanbestedende overheid had elke factor per kandidaat grondig beoordeeld en de puntentoekening grondig becommentarieerd. Ze verleende zelfs bijkomende toelichtingen bij haar eerder vermelde vaststellingen. Op basis van de puntentoekening en de evaluatie van alle offertes na de afronding van de onderhandelingen, werden de BAFO-offertes gerangschikt. Van belang is het feit dat de aanbestedende overheid een tussentijdse onderhandelingsronde heeft georganiseerd, waarbij aan de kandidaten de gelegenheid werd geboden remedieerbare afwijkingen van hun offertes te corrigeren.

Afgaande op de analyse van de aanbestedingsdossiers, concludeer ik dat de aanbestedende overheid de nodige inspanningen heeft geleverd om het beginsel van de gelijke behandeling van inschrijvers te garanderen. Alle betrokken kandidaten kregen evenveel kansen doorheen de onderhandelingsprocedure om hun BAFO-offertes gericht af te stemmen aan de verwachtingen van de aanbestedende overheid. Het is prima facie niet evident om een vergelijking te maken aangaande de invulling van het gelijkheidsbeginsel bij PPS-projecten en bij klassieke overheidsopdrachten. Voor de verwezenlijking van de PPS-projecten kan men immers de overheidsopdrachtenreglementering aanwenden. De aanbestedingsdossiers en de het arrest van de Raad van State betreffen allen PPS-projecten, waarbij de aanbestedende overheid de beslissing had genomen om voor de uitvoering van de projecten, beroep te doen op overheidsopdrachtenwetgeving. Het is dusdanig geen sinecure om significante verschillen tussen deze rechtsfiguren te detecteren bij de invulling van het gelijkheidsbeginsel en het waarborgen hiervan. Zowel bij publiek-private samenwerking als het overheidsopdrachtencontentieux wordt de gelijke behandeling van kandidaten hoog in het vaandel gedragen en krijgt elke kandidaat gelijke kansen bij het opstellen en het remediëren van hun offertes. Mijns inziens berust de invulling van het gelijkheidsbeginsel hier ook in.

Indien de overheidsopdrachtenwetgeving wordt geconsulteerd bij de realisatie van een project dat voortkomt uit publiek-private samenwerking, valt op te merken dat de onderhandelingsprocedure met bekendmaking en de concurrentiedialoog enige voorkeur genieten ten koste van de andere gunningsprocedures. In het vijfde hoofdstuk van deze masterscriptie is reeds aangehaald dat deze twee gunningsprocedures tezamen met de concessie voor openbare werken en de promotieovereenkomst zich het meest lenen tot PPS-constructies. Logischerwijs is de invulling en waarborg van het beginsel van de gelijke behandeling nagenoeg identiek op inhoudelijk vlak in dergelijke scenario's als bij de aanwending van deze gunningsprocedures bij klassieke overheidsopdrachten. Een opmerkelijk verschil bij de invulling van het gelijkheidsbeginsel bij overheidsopdrachten en bij PPS-projecten betreft het moment waarop de toetsing aan het beginsel zich voltrekt. Bij PPS-projecten gebeurt de toetsing reeds in de fase van de marktverkenning/marktconsultatie en dus niet alleen bij de daadwerkelijke keuze van de private partner. Terwijl bij de klassieke overheidsopdrachten de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel vooral zich voltrekt na de inschrijving van de ondernemers.

## **Conclusie**

Afgaande op de resultaten van het geleverde rechtswetenschappelijk onderzoek, constateer ik dat het gelijkheidsbeginsel als een grondwettelijk beginsel een niet te onderschatten rol vervult bij overheidsopdrachten en publiek-private samenwerking. Indien de aanbestedende overheid de ene inschrijver ongelijk behandelt ten opzichte van een andere zonder enige objectieve rechtvaardiging, resulteert dit steeds in de vernietiging van de gunningsbeslissing. De aanbestedende overheid is immers verplicht om alle betrokken inschrijvers gelijke kansen te bieden om de overheidsopdracht binnen te rijden. De inschrijvers dienen in alle fases van de gunningsprocedures gelijk behandeld te worden ten opzichte van elkaar. Naast de grondwettelijke verankering van het gelijkheidsbeginsel, is er met artikel 5 van de huidige Overheidsopdrachtenwet eveneens voorzien in een wettelijke grondslag in het overheidsopdrachtencontentieux. Het gelijkheidsbeginsel vertoont nauwe connecties met het mededingingsbeginsel en het transparantiebeginsel.

Uit de rechtspraakanalyse is gebleken dat de Raad van State zich vooral boog over mogelijke schendingen van het gelijkheidsbeginsel door de aanbestedende overheid bij het gunnen van klassieke overheidsopdrachten via volgende procedures: de aanbesteding, de offerteaanvraag en de onderhandelingsprocedure met en zonder bekendmaking. De meeste overtredingen van het gelijkheidsbeginsel voltrokken zich echter tijdens het doorlopen van de onderhandelingsprocedure. De onderhandelingsprocedure met bekendmaking biedt een flexibel kader aan de aanbestedende overheid, hetgeen tot uiting komt in de mogelijkheid om onderhandelingen met de verscheidene inschrijvers te voeren over contractvoorwaarden. Het gelijkheidsbeginsel vormt echter een rem op deze aangeboden flexibiliteit. Uit de rechtspraak van de Raad van State kan ik echt deduceren dat dit flexibel kader niet altijd een gelijke behandeling van de inschrijvers effectief kan garanderen, ondanks het feit dat hierdoor de aanbestedende overheid en inschrijvers min of meer op gelijke voet kunnen treden. Het gelijkheidsbeginsel dient zowel in de fase voor de onderhandelingen als tijdens de verscheidene, opeenvolgende onderhandelingsrondes nauwgezet gewaarborgd worden.

De conformiteit van alle offertes met de bestekbepalingen is onontbeerlijk om een objectieve vergelijking te maken tussen alle inschrijvers. Naast deze overduidelijke inbreuken op het gelijkheidsbeginsel, bleek uit de rechtspraakanalyse dat het niet altijd evident is om een mogelijke schending op dit beginsel vast te stellen. Zelfs als beschikt de overheid over de nodige vrijheid in het bepalen van de beoordelingsmethode voor de gunningscriteria, het aanwenden van ongelijke beoordelingsmaatstaven heeft een flagrante schending van het gelijkheidsbeginsel tot gevolg. Het gelijkheidsbeginsel wordt eveneens schromelijk overtreden wanneer een offerte, die incompatibel met de bestekbepalingen, alsnog wordt verkozen ten koste van een met het bestek conforme offerte. Dit is een uitgangspunt dat vooral een voorname rol speelt bij overheidsopdrachten die gegund worden via de algemene offerteaanvraag en de aanbesteding. Want in deze gunningsprocedure vormen de objectieve vergelijking en beoordeling immers de basis voor de waarborg van het gelijkheidsbeginsel. In tegenstellingen tot de onderhandelingsprocedure worden hier geen onderhandelingen gevoerd, die enigszins het bijsturen van offertes vergemakkelijkt.

Voorts kan een objectieve vergelijking enkel maar mogelijk zijn indien de inschrijvers alle nodige gegevens bezorgen aan de aanbestedende overheid. Niet gelijktijdige informatieverstrekking van cruciale gegevens constitueert eveneens een schending van het gelijkheidsbeginsel.

De afbakening van de grenzen van het gelijkheidsbeginsel is geen sinecure. De werkelijke invulling van het beginsel is afhankelijk van feitenkwesities en de eigenheid van de aanbestedingsdossiers. Dit afbakeningsprobleem doet zich vooral voor bij kwesities waarin selectieve informatieverlening ter discussie wordt gesteld. Het is immers niet zo dat een voorval waarbij de ene inschrijver meer informatie bekomt dan een andere, automatisch aanleiding geeft tot een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel. De Raad van State oordeelt dat mits de nodige nuanceringen en de eigenheid van de voorliggende dossiers, dergelijke selectieve informatieverlening objectief gerechtvaardigd kan worden. Bij de onderzochte PPS-projecten werd vooral de waarborg van het gelijkheidsbeginsel onder de loep genomen bij de toepassing van de overheidsopdrachtenreglementering. Gelet op het feit dat er slechts één relevant arrest beschikbaar was, kon geen sluitende rechtspraakanalyse uitgevoerd worden. Het analyseren van aanbestedingsdossiers die mij ter beschikking werden gesteld, gaven mij echter de opportuniteit om na te gaan in welke mate de aanbestedende overheid maatregelen trof om de inachtneming van het gelijkheidsbeginsel te garanderen. Het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel impliceert dat de overheid verplicht is om de private rechtspersonen op gelijke wijze te behandelen. Het beginsel vereist daarenboven de principiële inmededingingstelling van PPS-projecten, hetgeen verwijst naar de intentie dat iedere marktspeeler en dusdanig elke potentiële private contractpartner een gelijke kans dient te krijgen van de aanbestedende overheid om een voorstel te doen. De concurrentiedialoog en de onderhandelingsprocedure werden gehanteerd om de projecten te verwezenlijken. De keuze voor de concurrentiedialoog lijkt evident, gelet op het complexe karakter van een overheidsopdracht. De aanbestedende overheden hebben tijdens de onderhandelingen en de dialogen met de ondernemers steeds helder gecommuniceerd en iedere betrokkene gelijktijdig van informatie voorzien. De beoordelingsmethoden en de weging van de gunningscriteria (uitgedrukt binnen een vork) worden kenbaar gemaakt vooraleer een ondernemer zich dient in te schrijven. De dialoogvoorstellen van de private partijen worden objectief beoordeeld. De overheid besteedt de vereiste aandacht op proportionele en gelijkwaardige wijze en voorziet zonder onderscheid de nodige feedback opdat iedere inschrijver evenveel kansen krijgen om de offertes aan te passen, naargelang de wensen van de overheid.

De inhoudelijke invulling van het gelijkheidsbeginsel is identiek bij de klassieke overheidsopdrachten en de PPS-projecten. Desalniettemin is er een opvallend onderscheid merkbaar bij de waarborg van het beginsel. De 'tentakels' van het gelijkheidsbeginsel reiken verder bij publiek-private samenwerking dan bij de klassieke overheidsopdracht. Ik doel hiermee vooral op het feit dat bij PPS-projecten de aanbestedende overheid geacht wordt het gelijkheidsbeginsel reeds in acht te nemen bij de fase van de marktverkenning en de marktraadpleging. Terwijl bij de klassieke overheidsopdrachten de aanbestedende overheid het gelijkheidsbeginsel waarborgt vanaf het moment dat de ondernemers zich hebben ingeschreven. Dit is een opmerkelijk verschil, aangezien dit impliceert dat ondernemers zich pas kunnen beroepen op het beginsel van de gelijke behandeling vanaf dat ze officieel hun kandidatuur aan de overheid hebben kenbaar gemaakt.

Terwijl potentiële geïnteresseerde ondernemers tijdens een marktverkenning en een open of gesloten marktraadpleging zich kunnen beroepen op het gelijkheidsbeginsel wanneer ze merken dat de overheid hen ten onrechte niet wenst te betrekken. Een dergelijke uitsluiting impliceert immers dat dergelijke ondernemers geen kans maken om geselecteerd te worden voor de uitvoering van het project. Belangrijk te melden betreft het feit dat een marktverkenning en een marktraadpleging feitelijke handelingen zijn, die geen aanleiding kunnen geven tot een contractsluiting. Het zijn louter consultatietechnieken.

Afgaande op het door mij gevoerde onderzoek, concludeer ik dat er geen nood is aan bijkomende wetgevende maatregelen om het gelijkheidsbeginsel beter te waarborgen. De aanbestedende overheid is in staat om de inachtnaam van het gelijkheidsbeginsel volstrekt te garanderen. De overheid dient echter in bepaalde gevallen actiever gebruik te maken van de bestaande handelswijzen en methoden, die een gelijke behandeling van de inschrijvers verzekeren. Ik verwijs hier vooral naar het efficiënter communiceren van cruciale gegevens naar alle betrokken inschrijvers en niet een select aantal. Het voorafgaand bekendmaken en het uitvoerig van de toelichten van de gunningscriteria en andere bijkomende vereisten, verminderen de kans op een inbreuk van het gelijkheidsbeginsel.

Ik rond deze masterscriptie af met nogmaals te beklemtonen wat voor een belangrijke rol het gelijkheidsbeginsel speelt bij overheidsopdrachten en PPS-projecten. Gelet op de talrijke rechtspraak is het duidelijk dat aanbestedende overheden niet altijd dit beginsel nauwgezet respecteren. Indien zij geen objectieve rechtvaardiging voorzien voor afwijkingen aan het principe van de gelijke behandeling dan vernietigt de Raad van State de gunningsbeslissing. Een beslissing voor het gunnen/toewijzen van een overheidsopdracht of een PPS-project is nietig wanneer deze in strijd is met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel. Het beginsel heeft een cruciale impact op de geldigheid van dergelijke beslissingen. Men kan er eenvoudigweg niet omheen, noch van afwijken tenzij met dit objectief kan rechtvaardigen. Dergelijke verantwoording vergt een grondige motivering van de overheid.





## **Bibliografie**

### Wetgeving:

#### Europese regelgeving:

- Richtlijn Europees Parlement en Raad E.G. nr. 2004/17, 31 maart 2004, houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, *Pb. L.* 30 april 2004, 134.
- Richtlijn Europees Parlement en Raad E.G., nr. 2004/18, 31 maart 2004, betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, *Pb. L.* 30 april 2004, 134.
- Richtlijn van het Europees Parlement de Raad, nr. 2014/24, 26 februari 2014, betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, *Pb. L.* 28 maart 2014, 65.
- Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad, nr. 2014/25/EU, 26 februari 2014, betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG voor de EER relevante tekst, *Pb.L* 28 maart 2014, 243.
- Groenboek over Publiek Private Samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten, COM(2004) 327.

#### Belgische regelgeving:

- Bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, *BS* 15 augustus 1980, 9434.
- Wet 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, *BS* 22 februari 1994, 1308.
- Wet 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, *BS* 15 februari 2007, 7388.
- Wet 16 juni 2006 betreffende de gunning, informatie aan kandidaten en inschrijvers en wachttermijn inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, *BS* 15 februari 2007, 7355.
- Wet 13 augustus 2011 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie – en veiligheidsgebied, *BS* 1 februari 2012, 7592.

- Wet 15 mei 2014 tot wijziging van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 en van de wet van 13 augustus 2011 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, *BS* 28 mei 2014, 41617.
- Decreet betreffende publiek-private samenwerking van 18 juli 2003, *BS* 19 september 2003, 46497.
- KB 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren, *BS* 9 augustus 2011, 44.862.
- KB 16 juli 2012 plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren, *BS* 11 februari 2013, 6.880.
- KB 2 juni 2013 tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 en van de koninklijke besluiten ervan, *BS* 5 juni 2013, 35534.

Parlementaire voorbereiding:

- Ontwerp van decreet betreffende publiek-private samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2002-2003, nr. 1722/2.
- Wetsontwerp inzake overheidsopdrachten, *Parl.St.* Kamer 2016, nr. 1541/001.

Rechtspraak:

Hof van Justitie

- HvJ 8 oktober 1980, nr. C-810/79, ECLI:EU:C:1980:228, Überschar.
- HvJ 22 juni 1993, nr. C-243/89, ECLI:EU:C:1993:257, Commissie/Denemarken.
- HvJ 25 april 1996, C-87/94, ECLI:EU:1996:161, Commissie/België.
- HvJ 17 september 2002, nr. C-513/99, ECLI:EU:C:2002:495, Concordia Bus Finland.
- HvJ 3 maart 2005, nr. C-21/03 en C-34/03, ECLI/EU/2005:127, Fabricom.
- HvJ 4 december 2003, C-448/01, ECLI:EU:2003:651, EVN en Wienstrom.
- HvJ 18 oktober 2001, C-19/00, ECLI:EU:2001:553, SIAC Construction Ltd.

### Grondwettelijk Hof

- Arbitragehof 13 januari 1994, nr. 1/1994.
- Arbitragehof 7 maart 1991, nr. 3/1991.
- Arbitragehof 8 juli 1997, nr. 37/1997.

### Raad van state, afdeling Bestuursrechtspraak

- RvS 4 juni 1997, nr. 66.538, NV Kumpen en NV Betonac/Vlaams Gewest.
- RvS 28 februari 2006, nr. 155634, NV Houwaer/de Stad Hasselt.
- RvS 12 juli 2007, nr. 173.478, NV G.S./Stad Gent en NV C.
- RvS 10 februari 2009, nr. 190.341, NV Van Gansewinkel/Universiteit Gent.
- RvS 18 juni 2009, nr.194.337, Franki construct/NMBS Holding.
- RvS 9 juni 2009, nr. 193.946, NV Denys, NV Kumpen, CV NIBC European Infrastructure Fund en NV Aswebo/Vlaamse Vervoermaatschappij De Lijn.
- RvS 18 juni 2009, nr. 194.341, NV Janssens/Stad Brussel.
- RvS 27 mei 2010, 204.410, NV Mebumar België/Tussengemeentelijke Maatschappij der Vlaanderen voor watervoorziening.
- RvS 15 juli 2010, nr. 206.645, NV Labonorm.
- RvS 18 oktober 2011, nr. 215.797, NV DC Industrial/NV Waterwegen en Zeekanaal.
- RvS 27 oktober 2011, nr. 216.091, NV Alpha Classical Cleaning/NMBS Holding.
- RvS 29 november 2011, nr. 216.545, BVBA advocatenkantoor Bert Beelen/Intercommunaal Samenwerkingscomité van Waterbedrijven CVBA.
- RvS 20 december 2011, nr. 216.963, NV Baeck&Jansen/Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen.
- RvS 9 februari 2012, nr. 217.837, NV Altritempi/Kerkfabriek Onze Lieve Vrouw Ten Hemelopneming.
- RvS 8 maart 2012, nr. 218.358, BVBA Architectenburo Aros/Stad Halle.

- RvS 26 april 2012 nr. 219.074, BVBA Marc Verhoeve/de Stad Dilsen-Stokkem.
- RvS 3 mei 2012, nr. 219.168, BVBA Buro Center/ Gemeenschapsonderwijs.
- RvS 10 juli 2012, nr. 220.267, NV DDM Consulting/Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling en beroepsopleiding.
- RvS 11 september 2012, nr. 220.566, BVBA SBS/Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling en Beroepsopleiding.
- RvS 5 februari 2013, nr. 222.400, NV Ecorem/NV Vlaamse Landmaatschappij.
- RvS 27 maart 2013, nr. 223.033, NV Tractebel Engineering/stad Landen.
- RvS 2 mei 2013, nr. 223.362, BVBA Ichoosr/de provincie Oost-Vlaanderen.
- RvS 21 mei 2013, nr. 223.530, NV De Bree Solutions/CVBA SIBELGA.
- RvS 18 juni 2013, nr. 223.935, NV Wycor/Hulpkas voor Werkloosheidsuitkeringen.
- RvS 2 juli 2013, nr. 224.222 Strabag Real Estate GMBH, NV Sodexo Belgium, Barclays Infrastructure Funds Managment ltd/Regie der Gebouwen.
- RvS 1 oktober 2013, nr. 224.918, NV ATB Equipements/BPost NV.
- RvS 20 november 2013, nr. 225.539, VDL Bus Roeselaere/MIVB.
- RvS 5 december 2013, nr. 225.728, NV Ondernemingen Jan De Nul, NV Dredging International, NV Deme Environmental Contractors, NV Envisan/Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen.
- RvS 14 januari 2014, nr. 226.031, NV Intrum/CVBA Sibelga.
- Rvs 14 januari 2014, nr. 226.058, NV Cofely Fabricom/NV Publiek Recht Infrabel.
- RvS 8 juli 2014, nr. 228.016, NV Siemens/NMBS.

## Rechtsleer:

### Boeken:

- BATSELE, D., MORTIER, T. en SCARCEZ, M., *Manuel de droit administratif*, Brussel, Bruylant, 2010, 934 p.
- DE KONINCK, C., *Encyclopedie van het Overheidsopdrachtenrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2010, 665 p.
- DE KONINCK, C., FLAMEY, P. en BOSQUET, J., *De plaatsing van overheidsopdrachten*, Mechelen, Kluwer, 2013, 1039 p.
- DE KONINCK, C. en RONSE, T., *Droit Européen Des Marchés Publics: Les Directives communautaires et 25 années de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2009, 741 p.
- D'HOOGHE, D. (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2009, 1011 p.
- D'HOOGHE, D. en VANDENDRIESSCHE, F., *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 251 p.
- DURVIAUX A. L., "Le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence dans l'attribution des marchés et contrats publics" in A.L. DURVIAUX, Y. MZRIQUE en A. VANDEBURIE (eds.) *Contracts publics*, Limal, Anthemis, 2014, 7-65.
- FLAMEY, P., KNAEPEN, S., *Publiek – private samenwerking (PPS): De fundamentele juridische spelregels en hun afdwingbaarheid: leidraad voor overheden en projectontwikkelaars*, Brugge, die Keure, 2005, 249 p.
- GYSEN, C. en LAENEN, G., "OCMW's en PPS: Over OCMW-verenigingen en VIPA. De initiatiefnemer gestraft?", in B. KELCHTERMANS en J. SEGERS (eds), *PPS: mythe of realiteit*, Brugge, Vanden Broele, 2010, 51-74.
- KIEKENS, N., "Wijzen van gunnen" in D. D'HOOGHE en N. KIEKENS (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, 201-256.
- LOGGHE, A., FRANCOIS, A., LEUS, K., BOCKEN, J., BRAECKEVELT, N., DECROIX, K., DEPESTER, W., GOOSSENS, W., HINNEKENS, P., LEENKNECHT, E., ONGENA, F. en VAN RIE, W., *Ondernemen met de overheid: publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2010, 314 p.

- MAST, A., DUJARDIN, J., VAN DAMME, M., VANDE LANOTTE, J., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 1459 p.
- THEUNIS, J., "Het gelijkheidsbeginsel" in OPDEBEECK, I. en VAN DAMME, M. (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 201-234.
- THIEL, P., *Mémento marchés publics et PPP*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2015, 1342 p.
- TIJS, R., *Algemeen bestuursrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 476 p.
- VANDENDRIESSCHE, F., *Publieke en private rechtspersonen: Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, Brugge, die Keure, 2004, 531 p.
- VANDENDRIESSCHE, F. en CARTON, A., "Toepassingsgebied" in D'HOOGHE en N. KIEKENS (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, 47-200.
- VANDE LANOTTE, J., GOEDERTIER, G., HAECK, Y., GOOSSENS, J. en DE PELSMAKER, T., *Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 791 p.
- VAN GARSSE, S., "Overheidsopdrachten" in OPDEBEECK, I. en COOLSAET, A. (eds.), *De formele motivering van bestuurshandeling*, Brugge, die Keure, 2013, 395-429.
- VAN GARSSE, S., *De concessie in het raam van publieke – private samenwerking: een analyse van het openbaar en het privaat domein van de domeinconcessies, de concessies van openbare werken, de concessies van diensten en hun aanbesteding*, Brugge, die Keure, 2007, 745 p.
- VAN MENSEL, A., *Het Beginsel van Behoorlijk Bestuur*, Gent, Mys & Breesch uitgevers, 1997, 189 p.
- WAUTERS, K., *Rechtsbescherming en overheidsovereenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 394 p.
- WESTHOVENS, L., *Zakboekje Overheidsopdrachten*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, 884 p.

### Tijdschriften:

- DE HERDT, J., "Queeste naar 'algemene beginselen van behoorlijk selecteren door het bestuur'. Vergelijkende studie van de algemene beginselen inzake selectie van het overheidspersoneel enerzijds en van aannemers, leveranciers en dienstverleners van overheidsopdrachten anderzijds", *CDPK*, 2008, afl. 1, 39 – 68.
- DUBOIS, C. en DUVAL, J., "Le dialogue compétitif: une nouvelle procédure de passation pour des marchés complexes", *CDPK* 2012, 360-373.
- SOTTIAUX, S., "Het gelijkheidsbeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen", *RW* 27 december 2008, 690-702.
- TIMMERMANS, W. en BRUYNINCKX, T., "Gunningscriteria en transparantie bij overheidsopdrachten", *NJW* 29 april 2009, 338-350.
- VAN GARSSE, S., "Kroniek Overheidsopdrachten 2015", *TBP* 2015/9, 529-531.
- VAN GARSSE, S., "Het onderscheid tussen selectie – en gunningscriteria bij overheidsopdrachten", *Rechtskundig Weekblad* 2007-2008, 1247-1249.
- WAUTERS, K. en CAMBIER, T., "Le droit d'accès aux marchés publics et la sélection qualitative", *CDPK* 2012, 387-405.

### Elektronische bronnen:

- Bijlage I bij Wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, [www.publictendering.com/pdf/legislation/15-16062006.pdf](http://www.publictendering.com/pdf/legislation/15-16062006.pdf).
- Bijlage II bij Wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, [www.publictendering.com/pdf/legislation/15-16062006.pdf](http://www.publictendering.com/pdf/legislation/15-16062006.pdf).
- BRUGGEMAN, U., *Handleiding overheidsopdrachten voor de klassieke sectoren op basis van de wet van 15 juni 2006*, [www.publicprocurement.be/sites/default/files/documents/handleiding\\_overheidsopdrachten\\_nieuwe\\_reglementering9.pdf](http://www.publicprocurement.be/sites/default/files/documents/handleiding_overheidsopdrachten_nieuwe_reglementering9.pdf).
- DELAFORTRIE, S. en SPRINGAEL, C., *Omzetting van twee Europese richtlijnen inzake overheidsopdrachten*, [www.presscenter.be/nl/pressrelease/20150924/omzetting-van-twee-europese-richtlijnen-inzake-overheidsopdrachten](http://www.presscenter.be/nl/pressrelease/20150924/omzetting-van-twee-europese-richtlijnen-inzake-overheidsopdrachten).



- LOMBAERTS, P., *selectiecriteria met betrekking tot de technische draagkracht*, [www.ubf-aca.be/files/ckfinder/files/Presentatie%20Piet%20Lombaerts%20-%20selectiecriteria%20met%20betrekking%20tot%20de%20technische%20draagkracht%20%5BCompatibilit.pdf](http://www.ubf-aca.be/files/ckfinder/files/Presentatie%20Piet%20Lombaerts%20-%20selectiecriteria%20met%20betrekking%20tot%20de%20technische%20draagkracht%20%5BCompatibilit.pdf).
- NEVEN, W., DEBIEVRE, J. en BROEKAERT, N., *Marktverkenning- en raadpleging door openbare besturen*, 2008, [www2.vlaanderen.be/pps/documenten/Boekje%20PPS\\_marktraadpleging\\_web.pdf](http://www2.vlaanderen.be/pps/documenten/Boekje%20PPS_marktraadpleging_web.pdf).
- VAN HYFTE, B., *Onderscheid tussen een klassieke overheidsopdracht en een PPS-constructie in "PPS en Sportinfrastructuur"*, De Knop, P. (ed.),
- [www.vdelegal.com/wa\\_files/ONDERSCHIED\\_20TUSSEN\\_20EEN\\_20KLASSIEKE\\_20OVERHEIDSOOPDRACHT\\_20EN.pdf](http://www.vdelegal.com/wa_files/ONDERSCHIED_20TUSSEN_20EEN_20KLASSIEKE_20OVERHEIDSOOPDRACHT_20EN.pdf).
- VILLE, T., "Publiek-private samenwerking: PPS-instrumenten in het licht van het aanbestedingsrecht", *Jura Falc.*, jg 41, 2004-2005, nr. 2, [www.law.kuleuven.be/jura/art/41n2/ville.html](http://www.law.kuleuven.be/jura/art/41n2/ville.html).
- Vlaams Kenniscentrum voor PPS, *Gebiedsontwikkeling via PPS: juridische leidraad, tips & tools*, [www2.vlaanderen.be/pps/documenten/PPS\\_Gebiedsontwikkeling\\_2.pdf](http://www2.vlaanderen.be/pps/documenten/PPS_Gebiedsontwikkeling_2.pdf).
- Vlaams Kenniscentrum PPS, *Marktverkenning- en raadpleging door openbare besturen: Kenniscentrum PPS – Marktraadpleging*, 2008, [www2.vlaanderen.be/pps/documenten/Boekje%20PPS\\_marktraadpleging\\_web.pdf](http://www2.vlaanderen.be/pps/documenten/Boekje%20PPS_marktraadpleging_web.pdf).
- Vlaams Kenniscentrum PPS, *De tien PPS-geboden*, [www2.vlaanderen.be/pps/informatie/info\\_10geboden.html](http://www2.vlaanderen.be/pps/informatie/info_10geboden.html).
- Vlaams Kenniscentrum PPS, *PPS-procesaanpak*, [www2.vlaanderen.be/pps/proces/proces\\_procesaanpak\\_struct.html](http://www2.vlaanderen.be/pps/proces/proces_procesaanpak_struct.html).
- Vlaamse Overheid, *e-Draaiboek Overheidsopdrachten*, <http://overheid.vlaanderen.be/sites/default/files/documenten/overheidsopdrachten/instrumenten/edraaiboek-8juli/orgawise/orgawise/Toelichting37274.html>.

# Auteursrechtelijke overeenkomst

Ik/wij verlenen het wereldwijde auteursrecht voor de ingediende eindverhandeling:

**De rol van het gelijkheidsbeginsel bij overheidsopdrachten en PPS-projecten**

Richting: **master in de rechten-overheid en recht**

Jaar: **2016**

in alle mogelijke mediaformaten, - bestaande en in de toekomst te ontwikkelen - , aan de Universiteit Hasselt.

Niet tegenstaand deze toekenning van het auteursrecht aan de Universiteit Hasselt behoud ik als auteur het recht om de eindverhandeling, - in zijn geheel of gedeeltelijk -, vrij te reproduceren, (her)publiceren of distribueren zonder de toelating te moeten verkrijgen van de Universiteit Hasselt.

Ik bevestig dat de eindverhandeling mijn origineel werk is, en dat ik het recht heb om de rechten te verlenen die in deze overeenkomst worden beschreven. Ik verklaar tevens dat de eindverhandeling, naar mijn weten, het auteursrecht van anderen niet overtreedt.

Ik verklaar tevens dat ik voor het materiaal in de eindverhandeling dat beschermd wordt door het auteursrecht, de nodige toelatingen heb verkregen zodat ik deze ook aan de Universiteit Hasselt kan overdragen en dat dit duidelijk in de tekst en inhoud van de eindverhandeling werd genotificeerd.

Universiteit Hasselt zal mij als auteur(s) van de eindverhandeling identificeren en zal geen wijzigingen aanbrengen aan de eindverhandeling, uitgezonderd deze toegelaten door deze overeenkomst.

Voor akkoord,

**Swennen, Fabian**

Datum: **13/05/2016**