

2015•2016
FACULTEIT RECHTEN
master in de rechten

Masterproef
Rechtsbescherming onder Richtlijn 2014/24/EU

Promotor :
Prof. dr. Alexander DE BECKER

Pedro Gielen
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



Maastricht University

2015•2016
FACULTEIT RECHTEN
master in de rechten

Masterproef

Rechtsbescherming onder Richtlijn 2014/24/EU

Promotor :
Prof. dr. Alexander DE BECKER

Pedro Gielen
Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten

SAMENVATTING

De reglementering inzake overheidsopdrachten is een zeer complexe materie, zowel op nationaal als op Europees niveau. Eén van de oorzaken van deze complexiteit is terug te vinden in de immer wijzigende doelstellingen die men wenst na te streven. Toch is er een constante terug te vinden doorheen de verschillende wetgevende documenten, meer bepaald rechtsbescherming.

Transparantie en mededinging vormen twee kernelementen in de rechtsbescherming, doormiddel van transparantie kan men de mededinging laten spelen en kan men ook de toepassing van de wetgeving controleren. Het doel van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten is om deze kernelementen te waarborgen.

Richtlijn 2014/24/EU brengt enkele drastische wijzigingen met zich mee ten opzichte van richtlijn 2004/18/EG. De vraag die zich hier opwerpt is welke invloed de nieuwe richtlijn heeft op de rechtsbescherming met betrekking tot transparantie en mededinging?

De codificatie van de Teckal rechtspraak in richtlijn 2014/24/EU is een eerste opvallende vernieuwing. De wetgeving overheidsopdrachten voorziet in waarborgen voor het garanderen van mededinging en transparantie wordt door de in-house bepaling buiten spel gezet. De richtlijn heeft het toepassingsgebied voor de in-house opdrachten uitgebreide ten opzichte van de voorgaande rechtspraak. Hierdoor worden er meer opdrachten onttrokken aan enige vorm van mededinging en transparantie.

De mededingingsprocedure met onderhandeling is de opvolger van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking. De oude procedure werd gekenmerkte door zijn vormvrije procedure en limitatief opgesomd toepassingsgebied. De mededingingsprocedure met onderhandeling kan onder richtlijn 2014/24/EU in alle niet standaard situaties aangewend worden. Toch komt de wetgever tegemoet in de uitbreiding van het toepassingsgebied met het opleggen van procedurele vormvoorschriften die de transparantie en mededinging doorheen de procedure beter moet garanderen.

Door het gebrek aan transparantie blonk de procedure van wijziging van overheidsopdrachten niet uit in waarborgen met betrekking tot mededinging. Richtlijn 2014/24/EU schept echter een duidelijk kader dat aangeeft wanneer er sprake is van een wijziging van een overheidsopdrachten en wanneer er een nieuwe aanbestedingsprocedure dient te worden aangewend. Daarnaast bevat dit kader een bekendmakingsverplichting en een vangnet bepaling in de vorm van de wezenlijke wijziging. Al deze bepalingen zorgen ervoor dat er een betere waarborg is inzake mededinging dan voorheen.

Hieruit kan geconcludeerd worden dat de rechtsbescherming op gebied van transparantie en mededinging onder richtlijn 2014/24/EU toeneemt, al moet dit toch genuanceerd worden.

WOORD VOORAF

Zoals het naar goede gewoonte betaamt ben ik hier bij de voltooiing van mijn masterscriptie enig dankwoord verschuldigd.

In de eerste plaats wens ik mijn promotor, Prof. Dr. De Becker te bedanken. Hij heeft me in het onderzoek naar aanloop van deze masterscriptie aangemoedigd om tot bepaalde inzichten te komen in deze materie. Tevens heeft hij me tijdens het schrijven van deze masterscriptie dan ook met raad en daad bijgestaan om deze masterscriptie te finaliseren. Zijn opmerkingen heb ik dan ook steeds ter harte genomen en met veel bereidwilligheid ingepast.

Daarnaast ben ik ook dank verschuldigd aan mijn vriendin Sarah die me in moeilijke momenten steevast heeft aangemoedigd om door te werken. Dankzij haar steun en geduld heb ik deze masterscriptie tot een goed einde kunnen brengen.

Tot slot wens ik nog mijn ouders en schoonouders te bedanken voor de raad en steun die zij steeds gedurende het totstandkomen van deze masterscriptie hebben geboden.

Hartelijk dank!

Pedro Gielen

INHOUDSOPGAVE

SAMENVATTING	I
WOORD VOORAF	III
INHOUDSOPGAVE	V
1 INLEIDING	1
2 VOORGESCHIEDENIS RICHTLIJN 2014/24/EU	5
2.1 EUROPA 2020	5
2.2 COMMISSION STAFF WORKING PAPER: EVALUATION REPORT: IMPACT AND EFFECTIVENESS OF EU PUBLIC PROCUREMENT LEGISLATION	8
2.2.1 RECHTSBESCHERMING	8
2.2.2 KOSTEN EFFICIËNTIE	9
2.2.3 EUROPESE CONCURRENTIE	10
2.2.4 COMPLEXE OPDRACHTEN	11
2.2.5 COÖRDINATIE RICHTLIJN	12
2.3 COM (2011) 15: GROENBOEK BETREFFENDE DE MODERNISERING VAN HET EU-BELEID INZAKE OVERHEIDSOPDRACHTEN, NAAR EEN MEER EFFICIËNTE EUROPESE AANBESTEDINGSMARKT	12
2.3.1 WAAROM SPECIALE REGELS VOOR HET PLAATSEN VAN OVERHEIDSOPDRACHTEN	13
2.3.2 VERBETERINGEN VAN HET INSTRUMENTARIUM VOOR AANBESTEDENDE DIENSTEN	13
2.3.2.1 Modernisering van de procedures	13
2.3.2.2 Publiek-Publieke samenwerkingen	14
2.3.2.3 Problemen in verband met de uitvoering van de opdracht aanpakken	15
2.3.3 BESTRIJDING VAN FAVORITISME EN CORRUPTIE	16
3 IN-HOUSE AANBESTEDINGEN	19
3.1 SITUERING	19
3.2 ARREST TECKAL	19
3.2.1 EVOLUTIE RECHTSPRAAK	20
3.2.1.1 Rechtspraak verticale samenwerking	21
3.2.1.1.1 Stadt Halle	21
3.2.1.1.2 Coname	22
3.2.1.1.3 Brixen	23
3.2.1.1.4 Carboterme	24
3.2.1.1.5 ANAV	25
3.2.1.1.6 Asemfo	25
3.2.1.1.7 Coditel Brabant	27
3.2.1.1.8 Sea	27
3.2.1.2 Rechtspraak Horizontale in-houseopdracht	28

3.2.1.2.1	Commissie tegen Spanje	28
3.2.1.2.2	Datenlotsen hamburg.....	28
3.2.2	INTENTIE HOF VAN JUSTITIE.....	29
3.3	CODIFICATIE IN-HOUSE	30
3.3.1	VERTICALE IN HOUSE.....	30
3.3.2	OMGEKEERDE VERTICALE- EN HORIZONTALE IN HOUSE	31
3.4	RECHTSBESCHERMING.....	32
3.4.1	TRANSPARANTIE	32
3.4.1.1	Transparantieplicht	33
3.4.1.2	Specifiek rechtsbeginsel	34
3.4.1.3	Draagwijdte transparantiebeginsel.....	35
3.4.1.4	Interpretatie transparantiebeginsel Raad van State.....	37
3.4.1.5	Toetsing	37
3.4.2	MEDEDINGING	38
3.4.2.1	Algemeen	38
3.4.2.2	Beginsel van mededinging.....	39
3.4.2.3	Draagwijdte beginsel	39
3.4.2.4	Toetsing	40
3.4.2.5	Opmerking	41
3.5	TUSSENCONCLUSIE	41
4	<u>DE MEDEDINGINGSPROCEDURE MET ONDERHANDELING</u>	43
4.1	SITUERING	43
4.2	PROCEDURE	44
4.3	TOEPASSINGSGEBIED.....	45
4.4	MEDEDINGINGSPROCEDURE MET ONDERHANDELING	48
4.4.1	ALGEMEEN	48
4.4.2	VERPLICHTING TOT ONDERHANDELEN.....	49
4.4.3	GUNNINGSCRITERIA	50
4.4.4	INFORMATIE EN GELIJKHEID	50
4.4.5	WIJZIGINGEN AANBESTEDINGSSTUKKEN	51
4.4.6	ONDERHANDELINGEN IN OPEENVOLGENDE FASES	51
4.5	RECHTSBESCHERMING.....	52
4.5.1	TRANSPARANTIE	52
4.5.2	MEDEDINGING	53
4.6	GEVOLGEN	53
4.7	TUSSENCONCLUSIE.....	53
5	<u>WIJZIGINGEN VAN OVERHEIDSOPDRACHTEN</u>	55
5.1	SITUERING	55
5.2	ARREST PRESSETEXT NACHRICHTAGENTUR	56
5.3	BELGISCHE WETGEVING	57

5.4	RICHTLIJN 2014/24/EU	58
5.4.1	WEZENLIJKE WIJZIGING	58
5.5	RECHTSBESCHERMING	59
5.5.1	TRANSPARANTIE	59
5.5.2	MEDEDINGING	60
5.6	TUSENCONCLUSIE	61
6	CONCLUSIE	63
7	BIBLIOGRAFIE	67

1 INLEIDING

1. In onze hedendaagse maatschappij maken de overheidsopdrachten een belangrijk deel uit van de order portefeuille van vele ondernemingen. De financiële belangen die hiermee gepaard gaan zijn dan ook zeer omvangrijk, daarom is een duidelijke en transparante wetgeving noodzakelijk.

2. De huidige wetgeving omtrent overheidsopdrachten dateert van 15 juni 2006 maar is pas inwerking getreden op 1 juli 2013. Deze wet is de omzetting van richtlijn 2004/17/EG van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten. Deze richtlijnen en de huidige wetgeving inzake overheidsopdrachten kaderen echter nog in de implementatie en het tot stand brengen van de interne markt van Europa.

3. Maar dit is niet de enige verandering. op 1 juli 2013 trad ook de Wet betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten oftewel de Wet rechtsbescherming in werking. Deze wet is een omzetting van richtlijn 2007/66/EG en vormt het sluitstuk van de huidige wetgeving omtrent overheidsopdrachten. Het heft de nooit in werking getreden wet van 16 juni 2006 inzake rechtsbescherming op.

4. De implementatie van deze richtlijnen verliep echter niet van een leien dakje. Vooreerst is er natuurlijk de inwerkingtreding van de wet die vele jaren op zich liet wachten, vervolgens zijn er ook verschillende reparatie KB's nodig geweest om de Belgische wetgeving in overeenstemming te brengen met het Europese recht. Maar de oorzaak hiervan is niet enkel te wijten aan de Belgische wetgever. Een van de oorzaken is het feit dat richtlijnen 2004/17/EG, 2004/18/EG en 2007/66/EG, België verplicht om procedures in te richten die niet bekend zijn in ons rechtssysteem. Maar dit is niet het enige probleem, veelal worden begrippen of procedures niet voldoende verduidelijkt zodat de implementatie naar nationaal recht zeer moeilijk en niet zonder problemen verliep.

5. Maar door de economische, sociale en politieke ontwikkelingen en het huidige financiële klimaat hebben zich hervormingen opgedrongen. Als gevolg hiervan heeft de Commissie in 2010 een strategisch plan voorgesteld, namelijk "Europa 2020". Dit tienjarige strategisch plan omvat een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei van Europa. Hierbij zijn overheidsopdrachten een belangrijk instrument die kunnen worden ingezet om een slimme, duurzame en inclusieve groei te bereiken en tegelijkertijd overheidsmiddelen zo efficiënt mogelijk te besteden. Met het oog op het bereiken van deze doelstelling was een herziening en modernisering van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG nodig.

6. Met deze nieuwe richtlijn 2014/24/EU betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren en richtlijn 2014/25/EU betreffende de overheidsopdrachten in de speciale of nutssectoren zijn er dus veranderingen op til. Deze richtlijnen zullen binnen afzienbare tijd uitwerking krijgen aangezien de uiterste datum voor omzetting naar nationaal recht 18 april 2016 is. De federale commissie voor overheidsopdrachten heeft met het oog op de omzetting van de richtlijnen zijn werkzaamheden reeds aangevat voor de uitwerking van een nieuwe wet overheidsopdrachten. Met dit in het achterhoofd kan een kritische evaluatie van enkele nieuwigheden uit de nieuwe richtlijn 2014/24/EU een duidelijk beeld scheppen.

In deze masterscriptie worden enkele belangrijke nieuwigheden uit de nieuwe richtlijn 2014/24/EU tegen het licht van de rechtsbescherming gehouden. Het doel is om te kijken of deze richtlijn een invloed heeft op de rechtsbescherming en meer bepaald op gebied van transparantie en mededinging. Het is niet de bedoeling om elke wijziging of nieuwigheid te bespreken, slechts enkele zullen in deze masterscriptie aan bod komen.

Onderzoeksvraag

In deze masterscriptie zal ik de volgende onderzoeksvraag hanteren: Wat is de impact van richtlijn 2014/24/EU op de rechtsbescherming of de organisatie van de rechtsbescherming?

Onderzoeksmethode

7. Deze masterscriptie start vanuit een historisch oogpunt. Er wordt nagegaan in welk opzicht de documenten van de Europese Commissie een invloed hebben gehad op de nieuwe richtlijn. Dit zal op een beschrijvende manier gebeuren. Vervolgens zullen enkele nieuwigheden uit de richtlijn getoetst worden aan transparantie en mededinging om na te gaan welke invloed de nieuwe richtlijn heeft op de rechtsbescherming.

8. Voor deze masterscriptie zal er ook gebruik gemaakt worden van een klassieke bronnenstudie van wetgeving, rechtspraak en rechtsleer. Met name de rechtspraak van het Hof van Justitie speelt hier een centrale rol voor de interpretatie van beginselen en bepaalde gebruiken.

Structuur

9. Vooraleer er wordt ingegaan op de nieuwigheden van richtlijn 2014/24/EU wordt in het eerste deel van dit onderzoek de voorgeschiedenis van richtlijn 2014/24/EU op basis van documenten van de Europese Commissie besproken. Op deze manier kennen we de achtergrond en basis die aan de grondslag liggen voor de richtlijn. Zo komt de Europa 2020 strategie van de Europese Commissie aan bod die aan de basis ligt voor de modernisering van de wetgeving. Daarnaast worden nog enkele andere belangrijke Europese documenten besproken die een invloed hadden op de ontwikkeling van de richtlijn.

10. In deel drie zal een eerste bepaling van de richtlijn worden aangesneden. Hierin wordt de codificatie van de in-house bepalingen besproken en wordt er nagegaan wat de invloed van deze bepaling is op de rechtsbescherming. In het volgende deel wordt de opvolger van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking besproken, meer bepaald de mededingingsprocedure met onderhandeling en de invloed hiervan op de rechtsbescherming. Nadien komt de codificatie van de wijziging van overheidsopdrachten nog aan bod en de invloed van de bepaling op de transparantie en mededinging.

2 VOORGESCHIEDENIS RICHTLIJN 2014/24/EU

2.1 EUROPA 2020

11. De crisis heeft Europa de afgelopen jaren stevig in de ban gehouden. De jaren van economische en sociale vooruitgang zijn teniet gedaan door de aanhoudende crisis. De crisis heeft verschillende pijnpunten en structurele tekortkomingen van Europa blootgelegd. De financiële sector heeft zware klappen gekregen, het vertrouwen is gedaald, investeringen blijven uit waardoor het herstel in Europa nog trager op gang komt. Ook de overheidsfinanciën hebben zwaar te lijden gehad onder de crisis, grote begrotingstekorten en overheidsschulden stapelen zich op en bedragen soms meer dan 100% van het BBP.

12. Door de crisis zijn de structurele problemen van de Europese Unie nog meer op de voorgrond getreden. Een van deze problemen is dat de gemiddelde economische groei in België lager lag dan bij onze belangrijkste economische partners. Een van de oorzaken hiervan is het productiviteitsverschil dat de afgelopen jaren steeds is toegenomen ten opzichte van onze economische partners. Dit is dan weer een gevolg van de verschillen in bedrijfsstructuren maar vooral van de dalende investeringen in onderzoek en ontwikkeling. Tevens blijft de arbeidsparticipatie in Europa nog steeds achterop. De laatste jaren is er een vooruitgang inzake arbeidsparticipatie, maar met een gemiddelde van 69% scoort Europa nog steeds significant lager dan in andere werelddelen. Bovendien zet de vergrijzing zicht sterk voort in Europa, de groei van het aantal gepensioneerden tegenover de actieve beroepsbevolking zal het systeem nog meer onder druk gaan zetten.

13. De wereld verandert zeer snel en er zijn ook mondiale problemen die een grote invloed op Europa hebben. De Europese economie wordt steeds zwaarder beconcurrereerd door de snelle ontwikkeling van de opkomende economieën. Landen zoals India en China zetten zwaar in op onderzoek en ontwikkeling en gaan steeds zwaarder doorwegen in de wereldhandel. De concurrentiepositie van Europa komt hierdoor steeds meer onder druk te staan. Daarenboven zijn er ook nog de klimatologische problemen waarmee Europa geconfronteerd wordt zoals CO² uitstoot, fijn stof, klimaatveranderingen, ..

14. Om aan al deze problemen een antwoord te bieden en Europa op het goede spoor te zetten naar een duurzame, slimme en inclusieve groei heeft de Europese Commissie op 3 maart 2010 zijn Europa 2020 strategie bekendgemaakt. Europa 2020 kent drie prioriteiten die elkaar versterken: Slimme groei: voor een op kennis en innovatie gebaseerde economie; duurzame groei: voor een groenere, competitievere economie waarin er efficiënter met hulpbronnen wordt omgesprongen; inclusieve groei: voor een economie met veel werkgelegenheid en sociale en territoriale cohesie. Om deze prioriteiten kracht bij te zetten heeft Europa de volgende vijf meetbare streefcijfers bepaald om een concreet doel te behalen, namelijk:

- 75% van de bevolking tussen 20 – 64 jaar moet werk hebben;
- 3% van het EU- BBP moet worden geïnvesteerd in onderzoek en ontwikkeling;
- de "20/20/20 – klimaat- en energiedoelstellingen moeten gehaald worden;
- Het percentage voortijdige schoolverlaters moet minder dan 10% bedragen, en minstens 40% van de jonge generatie moet een hoger onderwijs diploma hebben;
- Het aantal mensen voor wie armoede dreigt, moet met 20 miljoen zijn gedaald.

15. Omwille van de grote diversiteit onder de Europese lidstaten dienen de EU-doelstellingen te worden vertaald naar nationale doelstellingen en streefcijfers om de strategie meer kans op slagen te geven. Daarenboven heeft de Commissie zeven kerninitiatieven voorgesteld om te fungeren als katalysator voor de verschillende prioriteiten, namelijk¹:

- "Innovatie-Unie" moet de randvoorwaarden en de toegang tot financiering voor onderzoek en innovatie verbeteren, zodat innovatieve ideeën worden omgezet in producten en diensten die groei en banen opleveren;
- "Jongeren in beweging" moet de resultaten in het onderwijs verbeteren en jongeren makkelijker toegang tot de arbeidsmarkt bieden;
- "Een digitale agenda voor Europa" moet de aanleg van supersnel internet bespoedigen en burgers en bedrijfsleven laten profiteren van een digitale interne markt.
- "Efficiënt gebruik van hulpbronnen" moet helpen de economische groei los te koppelen van het gebruik van hulpbronnen, de overgang naar een koolstofarme economie te bevorderen, het gebruik van hernieuwbare energie op te voeren, de vervoerssector te moderniseren en energie-efficiëntie te bevorderen;
- "Industriebeleid in een tijd van mondialisering" moet het ondernemersklimaat verbeteren met name voor KMO'S en zorgen voor een sterke en duurzame industriële basis die de mondiale concurrentie aankan;
- "Een agenda voor nieuwe vaardigheden en banen" moet de arbeidsmarkt moderniseren en de mensen meer kansen geven door een leven lang leren mogelijk te maken, zodat de participatiegraad toeneemt en de vraag en aanbod op de arbeidsmarkt beter op elkaar worden afgestemd, onder meer dankzij een grotere arbeidsmobiliteit;

¹ Mededeling (Comm.) Europa 2020: een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei, 3 maart 2010, COM(2010)2020.

- “Europees platform tegen armoede” moet de sociale en territoriale cohesie versterken zodat iedereen kan delen in de groei en de werkgelegenheid, en de mensen die met armoede en sociale uitsluiting te kampen hebben, een menswaardig bestaan kunnen opbouwen en actief kunnen deelnemen aan de samenleving.

16. Overheidsopdrachten zijn een zeer belangrijke factor in de Europa 2020-strategie. Het is een van de instrumenten die ervoor kan zorgen dat men slimme, duurzame en verantwoorde groei kan bereiken. Men moet met de nieuwe richtlijn beogen om de overheidsmiddelen zo efficiënt mogelijk in te zetten en zo een bijdrage te leveren aan een duurzame Europese Unie. Overheidsopdrachten zijn van belang voor alle kerninitiatieven.

17. Zo kan men door het stimuleren van innovatie in overheidsopdrachten, tot betere en duurzamere oplossingen komen voor de aanbestedende overheden. De ondernemingen achter de innovatieve ideeën kunnen hier echter zelf ook munt uitslaan door het commercialiseren van nieuwe ideeën, dit kan vervolgens weer leiden tot groei en nieuwe jobs. Onderwijs en overheidsopdrachten zijn ook nauw verbonden. Zo zal de overheid door het efficiënter besteden van overheidsmiddelen in meer en kwalitatief beter onderwijs kunnen voorzien. Hierdoor zullen jongeren meer kansen krijgen op de arbeidsmarkt en die zal ook armoede en sociale uitsluiting tegen gaan.

18. De jaarlijkse omzet uit openbare aanbestedingen bedraagt meer dan 16% van het bruto binnenlands product, zo vormen de overheidsopdrachten een belangrijke factor om het ondernemersklimaat te verbeteren.² KMO's vormen de ruggengraat van de tewerkstelling in Europa, men moet er dus voor zorgen dat de overheidsopdrachten ook voor hen voldoende toegankelijk zijn. Tevens zijn overheidsopdrachten ook een belangrijke factor om de milieudoelstellingen van de “Europa 2020 strategie” succesvol te laten zijn. Door overheden te stimuleren om samen te werken met partners die het ecologische gedachtegoed vooropstellen, maar ook door energie-efficiënte gebouwen te realiseren. Deze maatregelen zullen niet enkel het milieu in brede zin ten goede komen, maar zal op lange termijn ook kosten besparend werken voor de overheden.

19. Doordat Europa meer dan louter economische doelstellingen najaagt, moet de overheden ook de mogelijkheden bieden om andere doelstellingen te laten doorwegen in hun investeringen. Uit het voorgaande blijkt duidelijk dat overheidsopdrachten zeer nauw verweven zijn met de “Europa 2020 strategie” en dat zij ook een van de voornaamste factoren zal zijn in het succes van deze strategie. Ook de onderliggende kerninitiatieven zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden, zij versterken elkaar door middel van overheidsopdrachten. Maar om deze doelstelling terug te laten keren in het uitgaven patroon van de overheid moeten er ook nieuwe procedures of nieuwe bepalingen in de wetgeving overheidsopdrachten opgenomen worden. Hiervoor is er nood aan nieuwe en mogelijk ook meer flexibele procedures. Maar evenwel nog belangrijker is om er voor te zorgen dat overheidsopdrachten efficiënter worden uitgevoerd, zodat de aanbestede overheden

² Verslag (Comm.) Verslag over nieuwe ontwikkelingen bij overheidsopdrachten, 16. 2009/2175 (INI).

meer welvaart uit dezelfde hoeveelheid middelen kunnen halen. Deze efficiëntie kan bereikt worden door het optimaliseren van mededinging. De doelstellingen en kerninitiatieven uit dit document zijn dan ook zeer belangrijk geweest voor de ontwikkeling van een nieuwe richtlijn inzake overheidsopdrachten.³

2.2 COMMISSION STAFF WORKING PAPER: EVALUATION REPORT: IMPACT AND EFFECTIVENESS OF EU PUBLIC PROCUREMENT LEGISLATION

20. Overheidsopdrachten worden binnen de Europese Unie gereguleerd door richtlijnen. Deze zetten een framework op voor het publiceren en organiseren van procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten. De eerste Europese wetgeving omtrent overheidsopdrachten dateert van de jaren 70. Initieel lag de focus op het aanpakken van de gefragmenteerde markt van de nationale overheidsaanbestedingen. De focus inzake het beleid van de overheidsaanbestedingen is door de jaren heen gewijzigd naar een meer economische focus waar de aanbestedende overheid de meest efficiënte oplossing vooropstelt. Overheidsopdrachten worden ook gebruikt voor het realiseren van doelstellingen in andere beleidsdomeinen zoals milieubescherming, innovatie en sociale verantwoordelijkheid.

21. Het 'Commission staff working paper: Evaluation report: Impact and effectiveness of EU public procurement legislation' is een evaluatie van de wetgeving overheidsopdrachten in Europa na richtlijn 2004/17/EC. Het document biedt ook een basis voor de verdere ontwikkeling van het Europees overheidsopdrachten recht. Er is dan ook wederom veel aandacht aan besteed bij het opstellen van richtlijn 2014/24/EU.

22. Het 'Evaluation report' benadrukt het feit dat overheden niet dezelfde economische en organisatorische druk kennen voor het aankopen van goederen en diensten dan de privé sector, waar een zware concurrentie druk heerst. Hierdoor is het van groot belang om een adequaat juridisch kader te scheppen dat toelaat om middelen beter en efficiënter te besteden en het risico op het bevoordelen van partijen en corruptie te verminderen. De overheidsopdrachten wetgeving is een nationale wetgeving, die elk zijn karakteristieke eigenschappen bezit. Dit is iets wat de lidstaten niet graag uit handen geven. Vandaar dat de wetgeving die Europa uitvaardigt, minimum coördinatie richtlijnen zijn die de wetgeving tracht te coördineren in plaats van te harmoniseren.⁴ Zodoende bepaalt Europa niet waaraan lidstaten hun geld moet spenderen maar enkel de procedure waarop.

2.2.1 RECHTSBESCHERMING

23. Transparantie, mededinging en behoorlijk bestuur vormen enkele fundamentele pijlers van de wetgeving inzake overheidsopdrachten. Daarnaast zijn er nog enkele andere elementen van

³ Overw. 2, Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, Pb. L. 28 maart 2014. (hierna richtlijn 2014/24/EU)

⁴ Commission staff working paper (Comm.) Evaluation report impact en effectiveness of EU public procurement legislation part 1, 27 juni 2011, SEC (2011) 853, P39.

groot belang voor de rechtsbescherming zoals open communicatie, gelijkheid en rechtszekerheid. Een transparant en goed gereguleerd systeem van gunningsprocedures voor de toekenning van overheidsopdrachten draagt bij tot een hogere mate van rechtsbescherming en een efficiëntere besteding van overheidsmiddelen.

24. Tevens benadrukt de Europese Commissie in deze 'Evaluation paper' dat een richtlijn omtrent de procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten op zich onvoldoende is. De economische actoren moeten hun rechten die ze verkregen hebben door de richtlijnen overal in de Europese Unie kunnen afdwingen. De Europese rechtsbescherming werd geïntroduceerd door de richtlijnen 89/665/EEC en richtlijn 92/13/EG, en recentelijk gewijzigd door richtlijn 2007/66/EG van 11 december 2007 "tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten".

25. De rechtsbeschermingsrichtlijnen hebben er voor gezorgd dat economische actoren overal in Europa toegang hebben tot duidelijke en efficiënte procedures om een schadevergoeding te bekomen indien zij de mening zijn toegedaan dat een overeenkomst op een strijdige wijze is toegekend. Rechtsbescherming is een cruciaal element om ervoor te zorgen dat een contract wordt toegewezen aan de partij die het beste aanbod heeft gedaan. Maar ook om ervoor te zorgen dat de toekenning van overheidsopdrachten eerlijk verloopt.

2.2.2 KOSTEN EFFICIËNTIE

26. Uit de cijfers van de 'Commission paper' blijkt dat de laatste 5 jaren, 73% van de gepubliceerde gunningsprocedures een open procedure uitmaakten. Daartegenover staat dat de waarde die deze open gunningsprocedures vertegenwoordigen slechts 52% van de totale waarde van gunningen uitmaakt. De open gunningsprocedure wordt dus meer gebruikt voor overheidsopdrachten met een lagere waarde.

27. Een ander belangrijk punt inzake overheidsopdrachten en de efficiëntie ervan is de duur van de procedure. De gemiddelde duur van een procedure (over alle soorten procedures heen) van aanvang tot gunning van de opdracht bedraagt 108 dagen. Maar de duur van de procedures verschilt aanzienlijk tussen de lidstaten, zo duurt een gemiddelde procedure in Liechtenstein 'slechts' 61 dagen, in vergelijking met Malta waar de procedures het langst aanslepen, namelijk gemiddeld 241 dagen.⁵ Deze verschillen in duur van de gunningsprocedures zijn te verklaren door de verschillen in implementatie per lidstaat.

28. De richtlijnen bepalen de minimum termijn voor de eerste fase van de gunningsprocedure. Voor de tweede fase van de gunningsprocedure zijn er geen termijnen bepaald. De gemiddelde tijd

⁵ Commission staff working paper (Comm.) Evaluation report impact en effectiveness of EU public procurement legislation part 1, 27 juni 2011, SEC (2011) 853, P117.

om een opdracht te gunnen is 58 dagen, variërend van 45 dagen in geval van de gunning van een eenvoudige opdracht tot gemiddeld 245 dagen in geval van een concurrentiedialoog.⁶

29. Een ander belangrijk aspect voor het bepalen van de efficiëntie zijn namelijk de kosten. In dergelijke lange procedures kruipen ook veel manuren werk. Gemiddeld gezien over de verschillende gunningsprocedures heen vergt een procedure 38 dagen werk, dit getal is de som van het werk geïnvesteerd door de onderneming en de overheid.⁷ Dus gemiddeld gezien is één persoon 38 dagen aan het werk aan één procedure. Natuurlijk zijn er grote verschillen in de lidstaten onderling maar niettemin brengt dit een grote kost met zich mee voor de procedure.

30. De kosten van dergelijke procedures en meer bepaald in geval van kleine aankopen, kunnen zeer zwaar wegen op kleine overheden. De vraag is dan ook of een dergelijke regulering dan ook efficiënt is? Regulering brengt onvermijdelijk kosten met zich mee. Het opzetten van een competitieve en transparante markt vergt veel regels die moeten worden nageleefd.

31. Het is in het belang van de belastingbetaler dat men de regels in acht neemt ook al brengt dit een klein verlies aan efficiëntie met zich mee. Het verlies aan efficiëntie zou nog vele malen hoger liggen indien men de regels niet hanteert. Voor de kleinere overheden zal het van groot belang zijn om zich te verenigen in aankoopcentrales of vergelijkbare systemen om de kosten van de procedures te verkleinen om zo tot een efficiëntere manier van aankopen te komen.

2.2.3 EUROPESE CONCURRENTIE

32. Een belangrijk aspect van de Europese Unie is de realisatie van een interne markt. Dit geldt evenzeer voor de het domein van de overheidsopdrachten. De Europese Unie wil de nationale overheidsopdrachten markten openstellen voor concurrentie van bedrijven uit alle lidstaten van de Europese Unie, want gefragmenteerde nationale markten worden als economisch inefficiënt beschouwd. Het maximaliseren van de concurrentie of mededinging zorgt voor een beter prijsniveau voor de aanbestedende overheden waardoor de middelen efficiënter kunnen worden ingezet. De belangrijkste principes om deze doelstelling te bereiken zijn die van non-discriminatie en transparantie.

33. Als we naar de cijfers in de 'Commission paper' gaan kijken dan kunnen we stellen dat de import in de publieke sector ondanks de Europese maatregelen slechts 2,4% gestegen is in de periode van 1995 tot 2005. Ook in de cijfers van de directe en indirecte grensoverschrijdende concurrentie zien we een stagnering, lichte stijging in de periode van 2007 tot 2009. Uit deze cijfers blijkt dat de ondernemingen toch enige terughoudendheid aan de dag leggen wat betreft grensoverschrijdende aanbestedingen.

⁶ Commission staff working paper (Comm.) Evaluation report impact en effectiveness of EU public procurement legislation part 1, 27 juni 2011, SEC (2011) 853, P119.

⁷ Commission staff working paper (Comm.) Evaluation report impact en effectiveness of EU public procurement legislation part 1, 27 juni 2011, SEC (2011) 853, P125.

34. Een van de voornaamste redenen die de buitenlandse ondernemingen tegenhoudt om deel te nemen aan grensoverschrijdende aanbestedingen zijn: "nationale regels die de toegang tot de aanbestedingsmarkt in de gunnende lidstaat beperken."⁸ Er spelen natuurlijk ook nog andere redenen mee zoals het gebrek aan ervaring om zaken te doen in het buitenland, taal barrières of een te hoge kost.⁹ Maar het is toch opvallend dat ondernemers dit als de vierde reden opgeven om niet deel te nemen aan een buitenlandse aanbestedingsprocedure. Hieruit blijkt dat de ondernemers toch nog handelsbarrières ondervinden in een ééngemaakte Europese interne markt. Bijgevolg moet er geconcludeerd worden dat de mededinging op Europees niveau nog niet optimaal is.

35. De toenemende mate van transparantie mist zijn effect niet. Door het toenemende gebruik van informatica systemen wordt de uitwisseling van informatie enkel goedkoper en sneller.¹⁰ Het is voor de buitenlandse geïnteresseerden dan ook gemakkelijk via het TED portaal alle informatie over buitenlandse aanbestedingen te bekomen. Het probleem van de handelsbarrières speelt meer in het kader van het non-discriminatie beginsel. Er zijn ook verschillende administratieve formaliteiten die in de praktijk een feitelijke handelsbelemmeringen vormen voor de aanbestedingsmarkt. Bijgevolg is het belangrijk dat men blijft inzetten op transparantie om de mededinging op Europees niveau te maximaliseren om zo een grotere mate van efficiëntie te bereiken.

2.2.4 COMPLEXE OPDRACHTEN

36. Door de tijd heen zijn de noden van de publieke overheden gewijzigd. Er komen steeds meer factoren kijken waarmee rekening gehouden moet worden bij de aankoop van goederen en diensten. Voorbeelden hiervan zijn: ecologisch verantwoord, duurzaam, sociaal verantwoord,... Heden ten dage spelen deze aspecten dan ook een voorname rol bij de aanbesteding. De opdrachten worden hierdoor een pak complexer.¹¹ Om deze bijkomende aspecten in de opdracht te verwerken wordt er van de aanbestedende overheid een grote kennis verwacht, maar de meeste overheden hebben deze kennis echter niet in pacht.

37. Vanuit deze situatie is ook de nood ontstaan aan specifieke gunningsprocedures voor meer complexe opdrachten waarbij de nodige kennis niet steeds bij de aanbestedende overheid aanwezig is. Doordat de aanbestedende overheid meer overleg gaat plegen met de inschrijvers, moet er voldoende aandacht besteed worden aan de algemene beginselen die spelen in het overheidsopdrachten recht. In deze situaties van veelvuldig overleg en informatiedeling is een schending van de mededinging en non-discriminatie nooit ver weg. Ook hier geldt weer het zelfde principe, men moet tegemoetkomingen doen aan de noden van de aanbestedende overheden in

⁸ Commission staff working paper (Comm.) Evaluation report impact en effectiveness of EU public procurement legislation part 1, 27 juni 2011, SEC (2011) 853, P141.

⁹ Commission staff working paper (Comm.) Evaluation report impact en effectiveness of EU public procurement legislation part 1, 27 juni 2011, SEC (2011) 853, P141.

¹⁰ Commission staff working paper (Comm.) Evaluation report impact en effectiveness of EU public procurement legislation part 1, 27 juni 2011, SEC (2011) 853, P142.

¹¹ Commission staff working paper (Comm.) Evaluation report impact en effectiveness of EU public procurement legislation part 1, 27 juni 2011, SEC (2011) 853, P74.

het creëren van meer flexibele aanbestedingsprocedures, aan de andere kant moet men voorzien in voldoende rechtsbescherming.

2.2.5 COÖRDINATIE RICHTLIJN

38. De 'Commission paper' benadrukt dat de richtlijnen door de Europese Lidstaten op diverse manieren geïntegreerd zijn in hun nationale wetgeving. Dit is een gevolg van het feit dat de richtlijn omtrent overheidsopdrachten minimum coördinatie richtlijnen zijn. Gevolg is dat de principes van de wetgeving overal terug te vinden zijn maar dat de invulling toch verschilt van Lidstaat tot Lidstaat. Dit is een goede stap in de richting van naar een ééngemaakte markt waar ondernemingen uit verschillende lidstaten deelnemen aan aanbestedingsprocedures. Maar in de praktijk lijkt dit toch moeilijker omdat de wetgeving in elke lidstaat verschillend is. In deze situatie waar er slechts sprake is van coördinatie van de wetgeving is het aspect van de rechtsbescherming des te belangrijker, dit om een minimum aan rechtswaarborgen zoals transparantie en mededinging te voorzien.

2.3 COM (2011) 15: GROENBOEK BETREFFENDE DE MODERNISERING VAN HET EU-BELEID INZAKE OVERHEIDSOPDRACHTEN, NAAR EEN MEER EFFICIËNTE EUROPESE AANBESTEDINGSMARKT

39. Groenboeken zijn documenten van de Europese Commissie die tijdens het ontwerpproces van een richtlijn worden geproduceerd. Het groenboek dient als discussiestuk waarmee men op Europees niveau het debat wenst te stimuleren omtrent een bepaald onderwerp. In dit document worden vervolgens verschillende ideeën, vragen en onderwerpen opgenomen waarbij geïnteresseerden hun visie erover kunnen delen. Zo geldt dit ook voor het groenboek betreffende de modernisering van het Europees beleid inzake overheidsopdrachten dat op 27 januari 2011 werd gepubliceerd.¹²

40. De Commissie benadrukt in dit document dat er in het kader van de eerder besproken Europa 2020 Strategie, Europa naar een efficiëntere aanbestedingsmarkt dient te evolueren. De vorige generaties richtlijnen zorgden voor meer transparantie en minder discriminerende gunningsprocedures. Op die manier wenste Europa in de eerste plaats te garanderen dat de ondernemingen op het gebied van overheidsopdrachten ten volle gebruik konden maken van hun fundamentele vrijheden. De vragen die in dit document gesteld werden hebben als voornaamste doel de efficiëntie van de overheidsbestedingen te vergroten. De commissie omschrijft het zo:

¹² Groenboek (Comm.) Groenboek betreffende de modernisering van het EU beleid inzake overheidsopdrachten, 27 januari 2011, COM (2011) 15.

“Het eerste doel is de efficiëntie van de overheidsbestedingen te vergroten. Dit houdt allereerst in dat wordt gestreefd naar het best mogelijke aanbestedingsresultaat (beste prijs- kwaliteitverhouding). Om dat te bereiken is het van wezenlijk belang dat er zo scherp mogelijk wordt geconcurrereerd¹³ om de overheidsopdrachten die in de interne markt worden geplaatst in de wacht te slepen.”¹⁴

Daarnaast benadrukt de Europese Commissie dat de inschrijvers de kans moeten hebben om op voet van gelijkheid te concurreren en de vervalsing van mededinging moet worden vermeden. Een middel om deze doelen te bewerkstelligen is transparantie.

41. In het document komen vragen over verschillende aspecten van de wetgeving overheidsopdrachten aanbod zoals innovatie, sociale diensten, toegang voor KMO's, deugdelijke procedures. Ik ga er slechts enkele uitpikken die kaderen in het onderwerp van deze masterscriptie.

2.3.1 WAAROM SPECIALE REGELS VOOR HET PLAATSEN VAN OVERHEIDSOPDRACHTEN

42. De Europese Commissie stelt dat de inkopers bij een aanbestedende dienst rekening moeten houden met andere aspecten dan hun collega's in de private sector. Inkopers bij de private sector kunnen het risico lopen om verlies te maken en uiteindelijk failliet te gaan. De private spelers zijn rechtstreeks onderworpen aan de marktkrachten. Bij het plaatsen van overheidsopdrachten dient er aandacht besteed te worden aan andere aspecten, zo moet men er voor zorgen dat publieke aanschaffingen zo rationeel, transparant en eerlijk mogelijk verlopen.¹⁵ De waarborgen die daarin voorzien moeten het mogelijke tekort aan commerciële discipline die een aanbestedende dienst kenmerkt, compenseren. Daarnaast moet er ook voor gezorgd worden dat er geen lokale of nationale ondernemingen zijn die een voorkeursbehandeling zouden krijgen, die de staat veel geld zou kosten. Met andere woorden, het doel van de wetgeving overheidsopdrachten bestaat erin om door middel van transparante procedures een maximum aan mededinging te laten spelen om een correcte marktprijs te verkrijgen en favoritisme tegen te gaan.

2.3.2 VERBETERINGEN VAN HET INSTRUMENTARIUM VOOR AANBESTEDENDE DIENSTEN

2.3.2.1 Modernisering van de procedures

43. Een van de voornaamste taken van de nieuwe richtlijn is het moderniseren van de richtlijn met het oog op het verhogen van de efficiëntie. Een van deze elementen die de efficiëntie zouden kunnen verhogen is de soepelheid in de aanbestedingsprocedures. Aanbestedende diensten opperen vaak dat meer soepelheid noodzakelijk is in de aanbestedingsprocedures. Deze soepelheid uit zich dan in de mogelijkheid van de aanbestedende dienst om te kunnen onderhandelen over de

¹³ Eigen onderlijning

¹⁴ Groenboek (Comm.) Groenboek betreffende de modernisering van het EU beleid inzake overheidsopdrachten, 27 januari 2011, COM (2011) 15, P4.

¹⁵ Groenboek (Comm.) Groenboek betreffende de modernisering van het EU beleid inzake overheidsopdrachten, 27 januari 2011, COM (2011) 15, P6.

contractvoorwaarden met de potentiële inschrijvers. De Commissie stelt echter wel dat men ook de voordelen tegen de nadelen moet afwegen. De voordelen van een grotere onderhandelingsmarge zijn een grotere soepelheid en een vereenvoudiging, maar daartegenover staat het risico van favoritisme en een eventueel te subjectieve beslissing.

44. Enkele vragen die de Commissie hier opwerpt om het debat aan te zwengelen zijn de volgende:

- Zou u het een goede zaak vinden als meer ruimte werd geschapen voor onderhandelingen in het kader van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten en/of als het gebruik van onderhandelingsprocedures zonder voorafgaande bekendmaking werd veralgemeend? ¹⁶
- Bent u het ermee eens dat een veralgemeend gebruik van onderhandelingsprocedures bepaalde risico's van misbruik/discriminatie zou meebrengen? Moeten er, naast de garanties die met betrekking tot onderhandelingsprocedures reeds in de richtlijnen zijn opgenomen, nog extra waarborgen voor transparantie en non-discriminatie komen om een tegenwicht te bieden voor de grotere keuzevrijheid? Zo ja, waarin zouden die extra waarborgen kunnen bestaan? ¹⁷

2.3.2.2 Publiek-Publieke samenwerkingen

45. Onder deze titel van dit document komen de in-house opdrachten specifiek aan bod. Met name de vraag of de regels voor het plaatsen van overheidsopdrachten van toepassing moeten zijn op contracten die worden gesloten tussen overheidsinstanties onderling. Opvallend is dat de Europese Commissie in de tweede alinea het volgende stelt:

“Het beginsel van eerlijke en open mededinging staat eraan in de weg dat contracten tussen overheidsinstanties automatisch ¹⁸ uitgesloten zouden zijn van het toepassingsgebied van de EU-richtlijn inzake overheidsopdrachten. Het staat echter buiten kijf dat de toepassing van deze regels niet gewenst is bij bepaalde vormen van samenwerking tussen overheidsinstanties, die door het Hof van Justitie dan ook niet als het plaatsen van overheidsopdrachten worden beschouwd.” ¹⁹

46. Toch is het uiterst opmerkelijk te noemen dat de Europese Commissie stelt dat contracten tussen overheidsinstanties niet automatisch uitgesloten mogen zijn van het toepassingsgebied van de richtlijn overheidsopdrachten, aangezien overheidsinstanties zelf beslissen of ze aan de voorwaarden voldoen om van een in-house aanbesteding te spreken waardoor ze de wetgeving

¹⁶ Groenboek (Comm.) Groenboek betreffende de modernisering van het EU beleid inzake overheidsopdrachten, 27 januari 2011, COM (2011) 15, vraag 19.

¹⁷ Groenboek (Comm.) Groenboek betreffende de modernisering van het EU beleid inzake overheidsopdrachten, 27 januari 2011, COM (2011) 15, vraag 21.

¹⁸ Eigen onderlijning

¹⁹ Groenboek (Comm.) Groenboek betreffende de modernisering van het EU beleid inzake overheidsopdrachten, 27 januari 2011, COM (2011) 15, P23; eigen onderlijning.

overheidsopdrachten niet moeten toepassen. Deze beweringen staan mijn inziens dan ook haaks op elkaar. Maar het is echter wel een belangrijke indicatie met het transparantiebeginsel in het achterhoofd.

47. Daarnaast geeft de Europese Commissie ook een beschrijving van hoe zij in-house opdrachten definieert:

“Opdrachten die worden toegewezen aan een entiteit waarvan de overheid eigenaar is , worden niet beschouwd als overheidsopdrachten wanneer de aanbestedende diensten over die entiteit zeggenschap uitoefenen zoals over hun eigen diensten en die entiteit het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeven van de aanbestedende diensten”

De Europese Commissie merkt echter ook op dat er op het moment van publicatie van het Groenboek er nog verschillende vragen onbeantwoord blijven door het Hof van Justitie zoals met betrekking tot de horizontale en omgekeerde in-house opdrachten.

48. De vragen die de Europese Commissie in het kader van de publiek- publieke samenwerking opwerpt zijn de volgende:

- Acht u het in het licht van het bovenstaande nuttig om op EU-niveau wetgeving op te stellen betreffende de werkingssfeer en de criteria voor publiek- publieke samenwerking?²⁰
- Bent u het ermee eens dat een concept met bepaalde gemeenschappelijke criteria voor de vrijstelling van bepaalde vormen van publiek-publieke samenwerking dient te worden ontwikkeld? Wat zouden volgens u belangrijke elementen van dat concept moeten zijn?²¹
- Of zou u de voorkeur geven aan specifieke regels voor verschillende vormen van samenwerking, in de lijn van de rechtspraak van het Hof van Justitie (bv. “in-house”)? Zo ja, kunt u nader toelichten waarom en wat die regels zouden moeten zijn?²²

2.3.2.3 Problemen in verband met de uitvoering van de opdracht aanpakken

49. Ook de problematiek van de wezenlijke wijziging wordt aangehaald in het Groenboek. De Europese Commissie haalt aan dat de vorige richtlijnen geen betrekking hadden op de uitvoering van de overheidsopdrachten, maar dat er toch bepaalde ernstige problemen kunnen opduiken tijdens deze fase die zware gevolgen kunnen hebben op het gebied van non-discriminatie tussen

²⁰ Groenboek (Comm.) Groenboek betreffende de modernisering van het EU beleid inzake overheidsopdrachten, 27 januari 2011, COM (2011) 15, vraag 30.

²¹ Groenboek (Comm.) Groenboek betreffende de modernisering van het EU beleid inzake overheidsopdrachten, 27 januari 2011, COM (2011) 15, vraag 31.

²² Groenboek (Comm.) Groenboek betreffende de modernisering van het EU beleid inzake overheidsopdrachten, 27 januari 2011, COM (2011) 15, vraag 32.

de inschrijvers. De Europese Commissie haalt hier het arrest *Presstext* Nachrichtenagentur aan, in dit arrest heeft het Hof van Justitie aangegeven wanneer een wijziging als wezenlijk moet worden beschouwd.²³ In dit document stelt de Commissie vooral de vraag of deze kwestie moet gecodificeerd worden op Europees niveau.

50. De vragen die de Commissie hieromtrent opwerpt zijn de volgende:

- Moeten de richtlijnen inzake overheidsopdrachten de kwestie van ingrijpende wijzigingen in een lopend contract regelen? Zo ja, welke elementen ter verduidelijking stelt u voor?²⁴
- Wanneer na een wijziging van een of meer wezenlijke voorwaarden een nieuwe procedure moet worden opgestart om tot mededinging op te roepen, zou het dan gerechtvaardigd zijn een soepelere procedure te volgen? Wat voor procedure zou het kunnen zijn?²⁵

Uit de bovenstaande vragen blijkt duidelijk dat de Europese Commissie de mogelijke discriminatie van inschrijvers wil tegen gaan om zo de mededinging ten volle te laten spelen en de beste voorwaarden in de wacht te slepen.

2.3.3 BESTRIJDING VAN FAVORITISME EN CORRUPPTIE

51. Overheidsopdrachten, en meer bepaald belangrijke en omvangrijke projecten voor werken worden vaak als een lucratief doelwit voor corruptie beschouwd. Een vaak voorgesteld middel om corruptie tegen te gaan is de verhoging van de mate van transparantie. Meer bepaald zouden beslissingen genomen door de betrokken ambtenaren gedurende de gehele aanbestedingsprocedure zouden openbaar kunnen gemaakt worden. Dit zou gegadigden en het grote publiek in staat kunnen stellen om de beslissingen van de ambtenaren te controleren en dit zou bijgevolg een doeltreffend instrument tegen corruptie kunnen zijn.²⁶ Ook de bekendmaking van geplaatste opdrachten mits eventuele bewerking van commerciële gevoelige informatie zou kunnen leiden tot een betere democratische controle van aanbestedingsbeslissingen. Dit alles moet natuurlijk afgewogen worden tegen de extra administratieve lasten van dergelijke maatregelen voor de aanbestedende overheden.

²³ HvJ 19 juni 2008, nr. C-454/06, ECLI:EU:C:2008:351, 'Presstext'.

²⁴ Groenboek (Comm.) Groenboek betreffende de modernisering van het EU beleid inzake overheidsopdrachten, 27 januari 2011, COM (2011) 15, vraag 39.

²⁵ Groenboek (Comm.) Groenboek betreffende de modernisering van het EU beleid inzake overheidsopdrachten, 27 januari 2011, COM (2011) 15, vraag 40.

²⁶ Groenboek (Comm.) Groenboek betreffende de modernisering van het EU beleid inzake overheidsopdrachten, 27 januari 2011, COM (2011) 15, p56.

52. De Europese Commissie heeft omtrent dit onderwerp volgende vragen geformuleerd in het Groenboek:

- Bent u het ermee eens dat er bij overheidsopdrachten een risico bestaat op corruptie en favoritisme? Bent u van mening dat er op dat gebied EU maatregelen moeten worden genomen of moet dat aan de afzonderlijke lidstaten worden overgelaten?²⁷
- Wat zijn volgens u de kritieke risico's voor de integriteit in elk van de verschillende stadia van de aanbestedingsprocedure (omschrijving van het voorwerp van de opdracht, het openstellen van de inschrijving, selectie, gunning, uitvoering van de opdracht)?²⁸
- Welke van de geconstateerde risico's moeten volgens u worden aangepakt door de invoering van specifiekere/aanvullende regels in de EU aanbestedingsrichtlijnen, en op welke wijze (welke regels/waarborgen)?²⁹

Het is duidelijk dat de Europese Commissie het belang van transparantie erkent, niet enkel op vlak van mededinging maar ook op vlak van corruptie en favoritisme.

²⁷ Groenboek (Comm.) Groenboek betreffende de modernisering van het EU beleid inzake overheidsopdrachten, 27 januari 2011, COM (2011) 15, vraag 100.

²⁸ Groenboek (Comm.) Groenboek betreffende de modernisering van het EU beleid inzake overheidsopdrachten, 27 januari 2011, COM (2011) 15, vraag 101.

²⁹ Groenboek (Comm.) Groenboek betreffende de modernisering van het EU beleid inzake overheidsopdrachten, 27 januari 2011, COM (2011) 15, vraag 102.

3 IN-HOUSE AANBESTEDINGEN

3.1 SITUERING

53. Overheidsopdrachten veronderstellen in de klassieke rechtsverhouding de gunning van een opdracht door een aanbestedende overheid aan een private opdrachtnemer. Maar er wordt tegenwoordig vaak afgeweken van de klassieke rechtsverhouding. Het valt vaak voor dat opdrachten tussen aanbestedende diensten onderling worden toegewezen. Het fundamentele uitgangspunt is dat de regels inzake overheidsopdrachten ten alle tijden van toepassing zouden zijn. Bijgevolg vallen in beginsel de opdrachten toegewezen door een aanbestedende dienst aan een andere aanbestedende dienst onder dezelfde wetgeving overheidsopdrachten dan indien deze aan een private partner zou worden toegewezen.

54. Ook in de nieuwe richtlijn hanteert men dit standpunt, men omschrijft de definitie van ondernemer namelijk als volgt:³⁰

“ondernemer”: elke natuurlijke 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.”

Elk openbaar lichaam wordt dus in beginsel gelijkgesteld met een private rechtspersoon, waardoor dus de regels inzake overheidsopdrachten steeds toepassing zouden moeten vinden bij het toewijzen van een opdracht aan een openbaar lichaam. Dit standpunt is ook bevestigd in de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie sinds het Teckalarrest.³¹ Toch heeft dit arrest grote gevolgen gehad, in bepaalde gevallen was het namelijk mogelijk dat de toewijzing van een opdracht door een aanbestedende dienst aan een andere aanbestedende dienst niet meer onderworpen was aan de wetgeving overheidsopdrachten. Deze regel vormt dus een uitzonderingsgrond op het toepassingsgebied van de regels inzake overheidsopdrachten.

3.2 ARREST TECKAL

55. Het arrest *Teckal Srl tegen Comune di Viano* van 18 november 1999 (“Teckal”) is in feite het startpunt van deze uitzonderingsregel. Het is in dit arrest dat het Europese Hof van Justitie voor het eerst de in-house uitzondering formuleerde waarbij de toewijzing van een overheidsopdracht door een aanbestedende dienst aan een andere aanbestedende dienst, is vrijgesteld van de toepassing van de overheidsopdrachten reglementering.³² De problematiek van de in-house opdrachten is reeds eerder in de zaken BFI Holding en RI.SAN besproken door de

³⁰ Art. 2, 10^o Richtlijn 2014/24/EU

³¹ HvJ 18 november 1999, nr.C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562, ‘Teckal Srl’, 45.

³² HvJ 18 november 1999, nr.C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562, ‘Teckal Srl’, 45; B., SCHUTYSER, K., MICLOTTE, “De rechtspraak inzake in-house-opdrachten: nog eens over zelfstandigings- en samenwerkingsinitiatieven en de werking van het aanbestedingsrecht”, *T. Gem.* 2013/2, 2.

desbetreffende advocaat generaal, maar het Europees Hof van Justitie heeft er destijds geen uitspraken over gedaan.³³

56. In het desbetreffende arrest gunde de gemeente Viano het beheer van de verwarmingsinstallaties van een aantal gebouwen van de gemeente, met inbegrip van het aanbrengen van de nodige verbeteringen en de levering van brandstoffen aan Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia (AGAC) zonder het toepassen van de destijds geldende communautaire vastgelegde regeling inzake het plaatsen van overheidsopdrachten. AGAC was een samenwerkingsverband van vijfenveertig gemeenten dat beschikte over een eigen rechtspersoonlijkheid en beheersautonomie. De gemeente Viano participeerde hierin voor 0,9%. AGAC verrichtten niet alleen diensten aan gemeenten, zij kon ook leveringen en diensten verrichten aan particulieren of andere overheidsinstanties die geen lid waren. Teckal was een particulier onderneming die actief was op het gebied van verwarmingsinstallaties en stelde beroep in tegen het door de gemeente genomen besluit.³⁴

57. In het arrest werden enkele prejudiciële vragen gesteld met betrekking tot wat een levering in de zin van overheidsopdrachten uitmaakten. Voor de toepassing van de regelgeving overheidsopdrachten was ook vereist dat er een overeenkomst werd gesloten tussen twee afzonderlijke personen. Hierover oordeelde het Hof als volgt:

“Volgens artikel 1, sub a, van richtlijn 93/36 volstaat daartoe in beginsel, dat de overeenkomst is gesloten tussen een territoriaal lichaam en een persoon die daar rechtens van onderscheiden is. Dit zou slechts anders zijn wanneer het territoriale lichaam op de betrokken persoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen.”³⁵

Bijgevolg moet een gunning van een overheidsopdracht van een aanbestedende overheid aan een andere aanbestedende overheid getoetst worden aan de volgende criteria: (I) indien de aanbestedende overheid die de opdracht geeft, toezicht uitoefent op de aanbestedende overheid die de opdracht aanneemt zoals ze dit op haar eigen diensten doet; en (II) de opdrachtnemende overheid het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeven van haar toezicht houdende lichamen. Indien er cululatief aan deze criteria is voldaan, zal de opdracht vrijgesteld worden van de toepassing van de wetgeving overheidsopdrachten. De uitzondering van de in-house opdrachten was echter geboren.

3.2.1 EVOLUTIE RECHTSPRAAK

58. Het arrest Teckal heeft een zeer grote invloed gehad op de verhoudingen tussen overheden. De concrete toepassing van deze uitzondering heeft aanleiding gegeven tot een zeer

³³ HvJ 10 november 1998, nr.C-360/96, ECLI:EU:C:1998:525, 'BFI Holding'; HvJ 9 september 1999, nr.C-108/98, ECLI:EU:C:1999:400, 'RI.SAN'; C., DE KONINCK, V., PETITAT, "Inbesteding zonder aanbesteding", *NJW* 2005, 1083.

³⁴ HvJ 18 november 1999, nr.C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562, 'Teckal Srl', 21.

³⁵ HvJ 18 november 1999, nr.C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562, 'Teckal Srl', 50.

uitgebreide rechtspraak omtrent dit thema. Alvorens de invloed van de richtlijn op deze materie te bespreken is het interessant om eerst de rechtspraak van het Hof van Justitie toe te lichten. Op deze manier krijgen we een beeld van hoe het Hof van Justitie deze materie interpreteerde en ontwikkeld heeft. Tevens worden zal er bij sommige arresten reeds op de transparantie ingegaan worden, hieraan zal in een volgend deel terug gekoppeld worden. In dit deel zullen dan ook summier enkele van de belangrijkste arresten en bepalingen aangehaald worden.

3.2.1.1 Rechtspraak verticale samenwerking

3.2.1.1.1 *Stadt Halle*

59. Het arrest *Stadt Halle* is een tweede belangrijk arrest inzake de in-house aanbestedingen. In deze zaak had de Duitse stad Halle een opdracht voor het uitwerken van een project rond de voorbehandeling en verwerking van afvalstoffen onderhands gegund aan RPL Lochau. RPL Lochau is een aan de stad verbonden kapitaal vennootschap, waarin de stad Halle voor 75,1 procent participeert. De overige 24,9 procent is in handen van een privé investeerder.

60. Krachtens de eerste voorwaarde gesteld in het Teckal arrest dient de aanbestedende overheid een toezicht uit te oefenen zoals op de eigen diensten. De vraag in kwestie die zich hier stelt is of een aanbestedende overheid toezicht kan hebben op een juridisch onderscheiden entiteit waarin privaat kapitaal deelneemt? Het Hof besluit hierover dat een deelneming van een particuliere onderneming in het kapitaal van de vennootschap waarin ook de betrokken aanbestedende dienst deelneemt, ook al bedraagt het aandeel van de deelneming minder dan de helft, een toezicht zoals men dit op de eigen dienst uitoefent zonder meer uitsluit. Door de aanwezigheid van privaat kapitaal is het voor de aanbestedende dienst volgens het Hof onmogelijk om op dezelfde wijze als op de eigen diensten toezicht uit te oefenen.³⁶ Bijgevolg is het krachtens dit arrest dus steeds uitgesloten dat men toepassing kan maken van de in-house uitzondering indien er een deelname van privaat kapitaal aanwezig is in de opdracht nemende dienst.

61. Het Hof stelt in overweging 48 van het arrest dat: *"een overheidsorgaan dat een aanbestedende dienst is zijn taken van algemeen belang kan vervullen met zijn eigen administratieve, technische en andere middelen, zonder dat hij een beroep hoeft te doen op externe lichamen die niet tot zijn diensten behoren. In dat geval kan er geen sprake zijn van een overeenkomst onder bezwarende titel met een lichaam dat juridisch van de aanbestedende dienst onderscheiden is. De gemeenschapsregels inzake overheidsopdrachten behoeven dan ook niet te worden toegepast."* Uit deze overweging blijkt ook de intentie van het Europees Hof van Justitie om een uitzondering te creëren voor aanbestedende overheden om taken van algemeen belang zelf te kunnen uitvoeren zonder daarvoor beroep te moeten doen op de overheidsopdrachtenwetgeving en de mededinging. Bijgevolg valt de deelname van privaat kapitaal dan ook niet te vereenzelvigen met de doelstelling van het gebruik van eigen middelen om doelstelling van algemeen belang te realiseren. Een deelname van privaat kapitaal streeft andere belangen en doelstellingen na dan

³⁶ HvJ 11 januari 2005, nr.C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5, 'Stadt Halle en RPL Recyclingpark Lochau GmbH/ Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna', 49.

enkel het algemeen belang.³⁷ Tevens zou het toestaan van een dergelijke constructie een aanfluiting zijn van de mededinging en het beginsel van gelijke behandeling van de belanghebbende, omdat een dergelijke procedure een particuliere onderneming die deelneemt aan het kapitaal van de opdrachtnemende entiteit een voordeel biedt ten opzichte van de concurrentie.

62. Het Hof beklemtoont ook dat een dergelijke uitzonderingsgrond zeer restrictief dient te worden geïnterpreteerd. De hoofddoelstelling van de Europese regelgeving inzake overheidsopdrachten is het vrij verkeer van goederen en diensten te waarborgen door toepassing van de mededinging. De toewijzing van een opdracht zonder een beroep te doen op de Europese regels inzake overheidsopdrachten ondergraaft dus eigenlijk de algemene beginselen en de doelstelling van het Europese idee.³⁸

63. Tevens wordt er in dit arrest reeds melding gemaakt van een mogelijke transparantie verplichting in hoofde van de aanbestedende dienst, dit opdat men de naleving van de regels zou kunnen controleren.³⁹ Dit punt wordt echter niet verder uitgeklaard in het arrest.

3.2.1.1.2 *Coname*

64. Dit arrest kadert in het geding tussen Consorzio Aziende Metano (hierna "Coname" genoemd) en de gemeente Cingia de Botti. De gemeente had eerst een overeenkomst gesloten met Coname voor het onderhoud en toezicht op het methaangasdistributienet. Na het aflopen van het contract besluit de gemeente om het contract rechtstreeks en zonder toepassing van de wetgeving overheidsopdrachten toe te wijzen aan Padania. Het kapitaal van deze vennootschap is overwegend in handen van de overheid en de gemeentes van de provincie. De gemeente Cingia de Botti bezit een deelneming van 0,97% in het kapitaal van Padania.⁴⁰

65. Het Hof oordeelt echter dat een deelneming van slechts 0,97% te klein is om al zodanig te kunnen spreken van een toezicht zoals op de eigen diensten.⁴¹ Maar wat evenwel nog belangrijker is in de beslissing van het Hof heeft betrekking op de gelijke behandeling en de transparantie. In overweging 17 stelt het Hof dat door de rechtstreekse toewijzing van de overeenkomst aan Padania, zonder enige vorm van transparantie, een ongelijke behandeling ontstaat in het nadeel van ondernemingen in andere lidstaten die geïnteresseerd zouden kunnen zijn in de opdracht. Doordat er geen transparantie heerst hebben andere ondernemingen niet de reële mogelijkheid om interesse te tonen.⁴²

³⁷ HvJ 11 januari 2005, nr.C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5, 'Stadt Halle en RPL Recyclingpark Lochau GmbH/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna', 50.

³⁸ HvJ 11 januari 2005, nr.C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5, 'Stadt Halle en RPL Recyclingpark Lochau GmbH/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna', 47.

³⁹ HvJ 11 januari 2005, nr.C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5, 'Stadt Halle en RPL Recyclingpark Lochau GmbH/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna', 39.

⁴⁰ HvJ 21 juli 2005, nr.C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487, 'Coname', nr.5.

⁴¹ B., SCHUTYSER, K., MICLOTTE, "De rechtspraak inzake in-house-opdrachten: nog eens over verzelfstandigings- en samenwerkingsinitiatieven en de werking van het aanbestedingsrecht", *T. Gem.* 2013/2, 11.

⁴² HvJ 21 juli 2005, nr.C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487, 'Coname', 18.

66. Volgens het Hof kan een dergelijke ongelijke behandeling, doordat alle in andere lidstaten gevestigde ondernemingen worden uitgesloten, krachtens artikelen 43 EG en 49 EG een verboden indirecte discriminatie op grond van nationaliteit uitmaken.⁴³ *In casu* oordeelt het Hof dat omwille van de zeer geringe economische betekenis van de overeenkomst het geen inbreuk vormt op de vrijheden.⁴⁴

67. In de voorafgaande conclusie haalt Advocaat Generaal Stix-Hackl aan dat een dergelijke uitzonderingsgrond voor het buiten toepassing laten van de richtlijnen en wetgeving overheidsopdrachten men toch het primaire unie recht en de fundamentele vrijheden moet naleven.⁴⁵ Tevens stelt STIX-HACKL dat de transparantieplicht eerder een leidend beginsel vormt voor de gehele aanbestedingsprocedure.⁴⁶ De transparantieplicht houdt in dat er op de aanbestedende dienst een verplichting tot transparantie rust, dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstenmarkt opengesteld wordt voor mededinging en dat de aanbestedingsprocedure op onpartijdigheid kan worden getoetst.⁴⁷

3.2.1.1.3 *Brixen*

68. Het arrest betreft de verhouding tussen de stad Brixen en een parkeerbedrijf Stadtwerke Brixen AG.⁴⁸ De stad Brixen had een overeenkomst gesloten met de vennootschap Stadtwerke Brixen AG voor de exploitatie en beheer van een parking. De stad had deze opdracht echter toegekend zonder de regels inzake overheidsopdrachten toe te passen. De vennootschap Stadtwerke Brixen is een AG (Aktiengesellschaft), vergelijkbaar met een NV naar Belgisch recht. De statuten van de AG bepaalde dat de stad de meerderheid van de leden van de raad van bestuur kon aanwijzen.

69. Krachtens het Hof kan er slechts sprake zijn van toezicht op een kapitaal vennootschap wanneer de aanbestedende dienst een doorslaggevende invloed uitoefent, zowel op de strategische als op andere belangrijke beslissingen. *In casu* oordeelt het Hof dat de stad niet over een dergelijke invloed beschikt omdat Stadtwerke Brixen AG over een belangrijke graad van marktgerichtheid of zelfstandigheid beschikt. Het Hof leidde deze situatie niet af uit de feitelijke situatie maar hanteerde enkel juridische overwegingen zoals het gebruik van het vennootschapstype AG, verruimd maatschappelijk doel, aanzienlijke bevoegdheden van de raad van bestuur waarop nauwelijks controle door de stad wordt uitgeoefend.⁴⁹

⁴³ HvJ 21 juli 2005, nr.C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487, 'Coname', 19.

⁴⁴ HvJ 21 juli 2005, nr.C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487, 'Coname', 20.

⁴⁵ HvJ 12 april 2005, nr.C-231/03, ECLI:EU:C:2005:212, (Conclusie AG), 'Coname', 67.

⁴⁶ HvJ 12 april 2005, nr.C-231/03, ECLI:EU:C:2005:212, (Conclusie AG), 'Coname', 91.

⁴⁷ HvJ 12 april 2005, nr.C-231/03, ECLI:EU:C:2005:212, (Conclusie AG), 'Coname', 91.; HvJ 7 december 2000, nr.C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669, 'Telaustria Verlags GmbH en Telefonadress GmbH/Telekom Austria AG', 62; K., WAUTERS, *Rechtsbescherming en overheidsovereenkomsten : de preventieve en jurisdictionele rechtsbescherming bij de gunning van overheidsovereenkomsten in Nederland, Frankrijk en België en de mogelijke invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 127.

⁴⁸ HvJ 13 oktober 2005, nr.C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605, 'Parking Brixen GmbH/ Gemeente Brixen en Stadtwerke Brixen AG'.

⁴⁹ HvJ 13 oktober 2005, nr.C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605, 'Parking Brixen GmbH/ Gemeente Brixen en Stadtwerke Brixen AG', 67.

70. Door deze stringente benadering van het toezicht op de eigen diensten heeft dit arrest de mogelijkheid om gebruik te maken van deze uitzondering nog meer ingeperkt. Hieruit leiden we weer het buitengewone karakter van de uitzonderingsgrond af.⁵⁰ Men mag niet te snel het gebruik van deze uitzonderingsgrond aannemen door het effect dat deze heeft op de mededinging.

71. Ook in dit arrest haalt het Europees Hof van Justitie aan dat er een transparantieplichting is in hoofde van de aanbestedende overheid.⁵¹ Het algemeen beginsel van gelijke behandeling dat een uitdrukking is van artikelen 43 en 49 EG-verdrag die de opheffing van elke belemmering van vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten garandeert. Dit beginsel zou een transparantieplicht impliceren. Die transparantie verplichting zou een passende mate van openbaarheid inhouden stelt het Hof.⁵² Dus ook in dit arrest leidt het Hof van Justitie een mogelijke transparantieplichting af uit de fundamentele beginselen die voortspruiten uit het primaire Unierecht.

3.2.1.1.4 Carboterme

72. De feiten zijn als volgt: de gemeente Busto Arsizio die hier optreedt als aanbestedende dienst bezit 99,98 procent van de aandelen van de holding AGESP Holding SpA. De overige 0,2 procent zit bij zes andere gemeenten die elk één aandeel bezitten. Deze holding is op zijn beurt voor 100 procent aandeelhouder van AGESP SpA. In dit arrest bevestigt het Hof de zeer strenge toepassing van het begrip toezicht of invloed op de aandelen- of kapitaalvennootschappen.⁵³

73. In eerste instantie oordeelt het Hof van Justitie dat het criterium van toezicht moet gezien worden als invloed, meer bepaald:⁵⁴

" onder een zodanig toezicht staat dat de aanbestedende dienst haar beslissingen kan beïnvloeden. Het moet gaan om een doorslaggevende invloed zowel op strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van deze vennootschap."

Tevens oordeelde het Hof van Justitie dat de statuten van de Holding en de andere vennootschap niet voorzien in een bijzondere controlebevoegdheid voor de gemeente om de vrijheid van de raad van bestuur in te perken. Tevens oefent de gemeente haar invloed slechts uit via een

⁵⁰ C., DE KONINCK, V., PETITAT, "Inbesteding zonder aanbesteding: Aanscherping van de voorwaarden in Parking-Brixen arrest van hof van justitie", *NJW* 2005, 129.

⁵¹ K., WAUTERS, *Rechtsbescherming en overheidsovereenkomsten : de preventieve en jurisdictionele rechtsbescherming bij de gunning van overheidsovereenkomsten in Nederland, Frankrijk en België en de mogelijke invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 127.

⁵² HvJ 13 oktober 2005, nr.C-458/03,ECLI:EU:C:2005:605, 'Parking Brixen GmbH/ Gemeente Brixen en Stadtwerke Brixen AG', 49.

⁵³ B., SCHUTYSER, K., MICLOTTE, "De rechtspraak inzake in-house-opdrachten: nog eens over verzelfstandigings- en samenwerkingsinitiatieven en de werking van het aanbestedingsrecht", *T. Gem.* 2013/2, 14.

⁵⁴ HvJ 11 mei 2006, nr.C-340/04, ECLI:EU:C:2006:308, 'Carbotermo SpA en Consorzio Alisei/Comune di Busto Arsizio en AGESP SpA',36.

tussenpersoon, meer bepaald de AGESP Holding SpA.⁵⁵ Dit houdt volgens het Hof een verzwakking in van haar invloed waardoor er toch geen sprake kan zijn van toezicht.

74. Het Hof van Justitie stelt steeds stringentere voorwaarden aan het toezichtscriterium, men wil op deze manier bewerkstelligen dat men slechts in zeer specifieke gevallen gebruik kan maken van een in-house opdracht. Dit vanwege de ondermijning van een van de Europese kernwaarden, namelijk mededinging.

3.2.1.1.5 ANAV

75. De partijen in dit geding zijn de gemeente Bari en AMTAB Servizio een vennootschap op aandelen waarvan het maatschappelijke kapitaal volledig in handen is van de gemeente Bari, versus ANAV welke een internationale vennootschap is, actief op het gebied van reizigersvervoer. Dit arrest heeft betrekking op een onderhandse gunning van de openbare vervoersdienst aan AMTAB Servizio door de gemeente Bari.⁵⁶

76. In eerste instantie is er voldaan aan de eerste Teckal-voorwaarde omwille van het feit dat Bari 100% van de aandelen van AMTAB bezit. Maar de gemeente Bari had de intentie om na de gunning van de opdracht 80% van de aandelen van AMTAB te verkopen, de gemeente is echter van deze plannen afgestapt. Toch overwoog het Hof van Justitie hier dat moest men de aandelen verkopen en zo de overeenkomst zou worden opengesteld voor particuliere aandeelhouders, dan zou dit een schending van de Teckal voorwaarden inhouden, ook al vond deze inmenging plaats na de toekenning van de opdracht.⁵⁷ Hieruit blijkt weer het restrictieve karakter van de in-house uitzondering.

77. Een evenwel interessante bepaling in het arrest is de uitsluiting van de toepassing van de algemene beginselen door de toepassing van de in-house uitzondering.⁵⁸ Deze uitzonderingsgrond zou het rechtvaardigen dat men een opdracht kan gunnen zonder in overeenstemming te zijn met het transparantiebeginsel of de mededinging. Tevens bevestigt dit arrest ook het bestaan van het transparantiebeginsel.⁵⁹

3.2.1.1.6 Asemfo

78. Het arrest Asemfo kan gezien worden als een van de eerste arresten van de tweede generatie Teckal-arresten. Het Hof gaat in de tweede generatie Teckal-arresten na in welke mate de aanbestedende diensten gezamenlijk toezicht zoals in de eerste Teckal voorwaarde, kunnen uitoefenen en dus met andere woorden een gezamenlijk toezicht creëren. Asemfo diende een klacht in tegen Tragsa, teneinde te doen vaststellen dat laatstgenoemde misbruik maakt van haar

⁵⁵ B., SCHUTYSER, K., MICLOTTE, "De rechtspraak inzake in-house-opdrachten: nog eens over verzelfstandigings- en samenwerkingsinitiatieven en de werking van het aanbestedingsrecht", *T. Gem.* 2013/2, 14.

⁵⁶ HvJ 6 april 2006, nr. C-410/04, ECLI:EU:C:2006:237,'ANAV'.

⁵⁷ HvJ 6 april 2006, nr. C-410/04, ECLI:EU:C:2006:237,'ANAV', 30; B., SCHUTYSER, K., MICLOTTE, "De rechtspraak inzake in-house-opdrachten: nog eens over verzelfstandigings- en samenwerkingsinitiatieven en de werking van het aanbestedingsrecht", *T. Gem.* 2013/2, 15.

⁵⁸ HvJ 6 april 2006, nr. C-410/04, ECLI:EU:C:2006:237,'ANAV', 24.

⁵⁹ HvJ 6 april 2006, nr. C-410/04, ECLI:EU:C:2006:237,'ANAV', 22.

machtspositie op de Spaanse markt van werken, diensten en projecten op het gebied van bosbouw.⁶⁰ Volgens Asemfo stelt de regeling die Tragsa gebruikt, de onderneming in staat om een groot aantal werkzaamheden rechtstreeks in opdracht van het bestuur uit te voeren zonder toepassing van een aanbestedingsprocedure, waardoor er inbreuken worden gemaakt op de beginselen van mededinging. Krachtens Asemfo is Tragsa een openbare onderneming in de zin van het gemeenschapsrecht, waardoor zij geen geprivilegieerde behandeling op het gebied van toepassing van de regels inzake overheidsopdrachten dient te genieten.

79. Tragsa is een overheidsvennootschap die overeenkomstig de bepaling van de Spaanse nationale wetgeving, essentiële diensten verricht op het gebied van plattelandsontwikkeling en het instandhouden van het milieu. De autonome Spaanse regio's kunnen deelnemen in het maatschappelijk kapitaal van de overheidsvennootschap, door het verwerven van aandelen, die slechts kunnen worden vervreemd na goedkeuring door de Spaanse minister van Economie en Financiën, op voorstel van het ministerie van Landbouw.⁶¹ De aandelen zijn als volgt verdeeld, de Spaanse staat beheert 99% van de aandelen, de vier autonome regio's die deelnemen in het kapitaal bezitten elk één aandeel wat samen overeenstemt met 1% van Tragsa.⁶²

80. Toch oordeelde het Europees Hof van Justitie dat Tragsa voldeed aan de eerste Teckal voorwaarde, namelijk het toezichtscriteria. Tragsa voert namelijk haar werkzaamheden uit als instrumenteel middel en technische dienst voor de autonome regio's. Zij beschikt in deze relatie niet over de mogelijkheid om het tarief te bepalen en de mogelijkheid om een opdracht te weigeren.⁶³ Nochtans vereist het Hof van Justitie dat de aanbestedende dienst een doorslaggevende invloed moet hebben op de strategische doelstellingen als op belangrijke beslissingen, deze uitspraak was dan echter ook opmerkelijk aangezien de autonome regio's toch slechts één procent van het kapitaal in handen hadden.⁶⁴ Het Hof van Justitie verlaat hierin immers toch haar zeer strikte interpretatie van het toezichtscriterium.⁶⁵

81. Een ander interessant element is terug te vinden in de conclusie van Advocaat Generaal GEELHOED van dit arrest. In overweging 87 stelt de advocaat generaal dat indien een verhouding tussen een opdracht gevend publiek lichaam en uitvoerende dienst of rechtspersoon niet wordt beheerst door de gemeenschapsregels inzake overheidsopdrachten, daar toch de algemene verdragsbepalingen, meer in het bijzonder de bepalingen betreffende de fundamentele verkeersvrijheden en mededinging, van toepassing blijven, uiteindelijk is het Hof van Justitie hem niet gevolgd in zijn overtuiging.⁶⁶

⁶⁰ HvJ 19 april 2007, nr.C-295/05, ECLI:EU:C:2007:227, 'Asemfo', 17.

⁶¹ HvJ 19 april 2007, nr.C-295/05, ECLI:EU:C:2007:227, 'Asemfo', 2.

⁶² HvJ 19 april 2007, nr.C-295/05, ECLI:EU:C:2007:227, 'Asemfo', 58.

⁶³ HvJ 19 april 2007, nr.C-295/05, ECLI:EU:C:2007:227, 'Asemfo', 60.

⁶⁴ S., BAETEN, "Het arrest Asemfo: stappen vooruit inzake inbesteding", *CDPK* 2008, afl. 1; B., SCHUTYSER, K., MICLOTTE, "De rechtspraak inzake in-house-opdrachten: nog eens over verzelfstandigings- en samenwerkingsinitiatieven en de werking van het aanbestedingsrecht", *T. Gem.* 2013/2, 16.

⁶⁵ G., LAENEN, "Het Asemfo arrest: eindelijk een lichtpunt in de duisternis?", *T. Gem.* 2007/4, 331; M., VOREL, N., NULAND, "ASEMFO: Een nieuwe uitzondering op de aanbestedingsregels?", *TBO* 2007, 168.

⁶⁶ HvJ 28 september 2006, nr.C-295/05, ECLI:EU:C:2006:619, (Conclusie AG), 'Asemfo', 87.

3.2.1.1.7 *Coditel Brabant*

82. De gemeente Ukkel was in het bezit van een eigen kabeltelevisienet, welke eerst werd geëxploiteerd door Coditel. Maar in 1999 wenst de gemeente Ukkel het kabeltelevisienet in te brengen in de intercommunale Brutélé, ten nadele van Coditel welke meedeed aan de aanbesteding om het net in concessie te bekomen. De gemeente Ukkel besliste vervolgens om het kabeltelevisie net in te brengen bij Brutélé en dit zonder enige vorm van mededinging. Tevens trad de gemeente Ukkel zelf toe tot de intercommunale. De vraag die zich hier opwierp was of dit mogelijk was zonder een beroep te doen op een aanbesteding of een andere gunningsprocedure.

83. Brutélé is een intercommunale coöperatieve vennootschap waarvan de vennoten bestaan uit gemeenten en een andere intercommunale die tevens enkel gemeenten als aandeelhouder heeft. Er is geen mogelijkheid dat er private investeerders toetreden tot Brutélé. Daarnaast bestaat de raad van bestuur ook enkel uit vertegenwoordigers van de gemeenten die worden benoemd door de algemene vergadering die op zijn beurt ook weer bestaat uit enkel vertegenwoordigers van de gemeenten. De raad van bestuur van Brutélé beschikt tevens over een zeer uitgebreide bevoegdheid.⁶⁷

84. Het Hof neemt bovenstaande elementen mee in zijn overweging en oordeelt hier dat het niet vereist is dat de aanbestedende overheid in de relatie met het samenwerkingsverband een individuele controle kan uitoefenen zoals ze op haar eigen diensten kan uitoefenen.⁶⁸ Het volstaat voor het Hof van Justitie dat de aanbestedende overheid samen met de andere betrokken overheden een dergelijk toezicht kan uitoefenen. Met andere woorden, het globale toezicht van de overheden samen kan gezien worden als een toezicht op de eigen diensten.⁶⁹ Met dit arrest neemt het Hof van Justitie een minder stringent standpunt in inzake het toezichtscriterium.

3.2.1.1.8 *Sea*

85. Dit arrest werd beslecht in het kader van een aanbesteding inzake de ophaling, transport en verwijdering van afval. De Comune Di Ponte Nossa had eerst de aanbesteding aan sea gegund. Verschillende jaren later wanneer er een nieuwe aanbesteding dient te worden uitgeschreven overweegt de Comune Di Ponte Nossa om een participatie te nemen in Setco om deze vervolgens de taak te laten overnemen van Sea. Setco is een aandelen vennootschap in handen van een aantal gemeenten van Val Seriana, met als meerderheidsaandeelhouder de Comune di Clusone.⁷⁰ Vervolgens beslist de Comune Di Ponte Nossa om een minderheidsparticipatie te nemen in Setco en de opdracht tot afvaltransport en beheer rechtstreeks te gunnen.⁷¹

86. Het Europees Hof van Justitie bevestigt de rechtspraak van het Coditel Brabant arrest, namelijk dat het toezicht op de voor de opdracht geselecteerde vennootschap niet individueel moet

⁶⁷ HvJ 13 november 2008, nr.C-324/07, ECLI:EU:C:2008:621, 'Coditel Brabant SA', 16.

⁶⁸ HvJ 13 november 2008, nr.C-324/07, ECLI:EU:C:2008:621, 'Coditel Brabant SA', 31.

⁶⁹ B., SCHUTYSER, K., MICLOTTE, "De rechtspraak inzake in-house-opdrachten: nog eens over verzelfstandigings- en samenwerkingsinitiatieven en de werking van het aanbestedingsrecht", *T. Gem.* 2013/2, 20.

⁷⁰ HvJ 10 september 2009, nr.C-573/07, ECLI:EU:C:2009:532, 'Sea Srl', 21.

⁷¹ HvJ 10 september 2009, nr.C-573/07, ECLI:EU:C:2009:532, 'Sea Srl', 22.

zijn.⁷² Want in de meeste gevallen waarin verschillende overheidsinstanties een openbare dienstverplichting in een vennootschap onderbrengen zal geen enkele van deze instanties alleen over een beslissend toezicht beschikken aangezien ze allemaal slechts een minderheidsparticipatie hebben.⁷³ Dit zou als gevolg hebben dat er nooit sprake zou kunnen zijn van een individueel toezicht, waardoor men steeds een beroep zou moeten doen op de regels inzake overheidsopdrachten.

87. Het Europees Hof van Justitie creëert hier dus een concept van dat het gezamenlijk toezicht van de samenwerkende overheden gelijk is aan toezicht zoals op de eigen diensten. Terwijl in wezen de individuele overheid hier in feite geen inspraak zal hebben.⁷⁴ Dit staat in zeer groot contrast tot de zeer strenge houding die men aanneemt tegenover de deelname van privé kapitaal.

3.2.1.2 Rechtspraak Horizontale in-houseopdracht

3.2.1.2.1 *Commissie tegen Spanje*

88. Dit arrest betreft geen toepassing van de regel van de horizontale in-house maar een foutieve omzetting van een richtlijn die het zou toelaten, dat ingeval van horizontale samenwerking, geen beroep moest worden gedaan op de wetgeving overheidsopdrachten.⁷⁵ Het Europees Hof van Justitie oordeelde vervolgens dan ook dat de Spaanse wet die in deze mogelijkheid voorziet, geen correcte omzetting was van de destijds vigerende richtlijn overheidsopdrachten. Hiermee was het in feite het eerste arrest waarin men de mogelijkheid van de horizontale in-house aanbestedingen afwees.

3.2.1.2.2 *Datenlotsen hamburg*

89. Deze zaak betrof een situatie waar de universiteit van Hamburg via een rechtstreekse gunning, zonder toepassing van de wetgeving overheidsopdrachten, een opdracht heeft gegund aan HIS voor de aanschaf van een management IT-systeem voor de universiteit. De universiteit van Hamburg is een publiekrechtelijke instelling in de zin van de richtlijn overheidsopdrachten en dus ook een aanbestedende dienst. HIS op zijn beurt is een privaatrechtelijk vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, waarvan de Bondsrepubliek Duitsland voor een derde eigenaar is van het kapitaal, en de overige twee derden van het kapitaal verdeeld is over de 16 Duitse deelstaten.⁷⁶ Zo is de stad Hamburg voor 4,16% eigenaar van HIS.

90. Het Hof benadrukt in eerste instantie het stringente karakter van deze uitzonderingsgrond.⁷⁷ Het Hof oordeelt niet zo zeer over de horizontale in-house zelf, ze stelt enkel

⁷² HvJ 10 september 2009, nr.C-573/07, ECLI:EU:C:2009:532, 'Sea Srl', 55.

⁷³ HvJ 10 september 2009, nr.C-573/07, ECLI:EU:C:2009:532, 'Sea Srl', 56.

⁷⁴ B., SCHUTYSER, K., MICLOTTE, "De rechtspraak inzake in-house-opdrachten: nog eens over verzelfstandigings- en samenwerkingsinitiatieven en de werking van het aanbestedingsrecht", *T. Gem.* 2013/2, 22.

⁷⁵ HvJ 13 januari 2005, nr.C-84/03, ECLI:EU:C:2005:14, 'Commissie/Spanje', 18.

⁷⁶ HvJ 8 mei 2014, nr.C-15/13, ECLI:EU:C:2014:303, 'Technische Universität Hamburg-Harburg and Hochschul-Informationssystem GmbH/Datenlotsen Informationssysteme GmbH', 10.

⁷⁷ HvJ 8 mei 2014, nr.C-15/13, ECLI:EU:C:2014:303, 'Technische Universität Hamburg-Harburg and Hochschul-Informationssystem GmbH/Datenlotsen Informationssysteme GmbH', 23.

dat er geen toezicht van de stad Hamburg is op de Universiteit waardoor er dus niet aan de voorwaarden voldaan kan zijn.⁷⁸ Maar het Hof laat hier echter wel de mogelijkheid bestaan om in andere situaties wel horizontale in-house opdrachten toe te laten.

91. De Advocaat Generaal neemt in zijn conclusie van 23 januari 2014, een maand voor de publicatie van richtlijn 2014/24/EU evenwel een zeer strenge houding aan tegenover de horizontale samenwerking. De Advocaat Generaal stelt dat de in-house uitzondering dan ook niet zou mogen worden uitgebreid naar de situatie van een horizontale in-houseopdracht waarbij een opdracht wordt gegund tussen twee rechtssubjecten waarop een dienst samen met een andere aanbestedende dienst toezicht uitoefent zoals op de eigen dienst, zoals reeds in de rechtspraak is gedefinieerd.⁷⁹ Vanwege de verregaande gevolgen van deze uitzonderingsregel is een zeer strenge toepassing vereist, hieruit blijkt evenwel weer de argwanende positie van het Europees Hof van Justitie tegenover deze rechtsfiguur. Dit staat echter wel in schril contrast met de gecodificeerde bepaling in richtlijn 2014/24/EU.

3.2.2 INTENTIE HOF VAN JUSTITIE

92. Het Europees Hof van Justitie is met deze uitzondering op de toepassing van de wetgeving overheidsopdrachten tegemoet willen komen aan de bevoegdheid van zelfbestuur van de regionale en lokale besturen. Deze bevoegdheid is door het verdrag van Lissabon opgenomen in artikel 4 lid van het verdrag van de Europese Unie. Het moet overheidsorganen in staat stellen om diensten van algemeen economisch belang te organiseren die de markt, zonder overheidsoptreden, anders niet op dezelfde voorwaarden had kunnen verrichten.⁸⁰

93. Het Hof heeft de overheidsorganen, die een aanbestedende dienst zijn, het recht willen toekennen om haar taken van algemeen belang te vervullen met haar eigen administratieve en technische middelen, zonder dat zij daarvoor beroep hoeft te doen op externe lichamen die niet tot haar diensten behoren. Het gebruik van eigen middelen moest dan ook worden uitgebreid naar de mogelijkheid waarin de medecontractant een entiteit is die juridisch onderscheiden is van de aanbestedende dienst, wanneer deze aanbestedende dienst op de opdrachtnemer toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en die entiteit het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeven van de aanbestedende dienst of diensten die haar beheersen.⁸¹ Zodoende

⁷⁸ HvJ 8 mei 2014, nr.C-15/13, ECLI:EU:C2014:303, 'Technische Universität Hamburg-Harburg and Hochschul-Informationssystem GmbH/Datenlotsen Informationssysteme GmbH', 31-32.

⁷⁹ HvJ 23 januari 2014, nr.C-15/13, ECLI:EU:C2014:23,(Conclusie AG), 'Technische Universität Hamburg-Harburg and Hochschul-Informationssystem GmbH/Datenlotsen Informationssysteme GmbH', 45.

⁸⁰ Protocol 26 betreffende de diensten van algemeen belang, 9 september 2008, *PB* 115, 0308.

⁸¹ HvJ 11 januari 2005, nr.C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5, 'Stadt Halle en RPL Recyclingpark Lochau GmbH/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna', 48; HvJ 8 mei 2014, nr.C-15/13, ECLI:EU:C2014:303, 'Technische Universität Hamburg-Harburg and Hochschul-Informationssystem GmbH/Datenlotsen Informationssysteme GmbH', 24-25.

dat de aanbestedende overheid niet verplicht werd om dergelijke taken te privatiseren ingeval ze dit ook zelf konden organiseren.⁸²

94. Toch heeft het Hof verschillende keren benadrukt dat men deze uitzondering zeer restrictief dient te interpreteren aangezien hierdoor de wetgeving overheidsopdrachten buiten spel wordt gezet. Nochtans moet de toepassing van deze wetgeving de regels inzake mededinging garanderen zodoende dat iedereen een gelijke behandeling geniet en de overheid efficiënt omgaat met zijn middelen.

3.3 CODIFICATIE IN-HOUSE

95. Met de nieuwe richtlijn 2014/24/EU van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG heeft men deze uitzonderingsregels eindelijk gecodificeerd. Voorheen was er toch sprake van een grote onduidelijkheid bij de overheden die een beroep wilden doen op deze uitzonderingsgronden omdat de leer enkel in de rechtspraak was ontwikkeld. Het was dan ook niet vanzelfsprekend om te bepalen aan welke voorwaarden steeds moest worden voldaan om rechtsgeldig van deze uitzondering gebruik te kunnen maken. Toch verschilt de codificatie van de onderliggende rechtspraak. Zo zijn criteria inzake participatie van privé kapitaal versoepeld. Tevens voegt lid twee ook de horizontale en de omgekeerde in-house opdrachten toe aan het toepassingsgebied.

3.3.1 VERTICALE IN HOUSE

96. Artikel 12 lid 1 van de richtlijn 2014/24/EU codificeert de "verticale in-house" uitzondering gebaseerd op de Teckal rechtspraak als volgt:

"1. Een overheidsopdracht die door een aanbestedende dienst aan een andere privaot- of publiekrechtelijke rechtspersoon wordt gegund, valt buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

a) de aanbestedende dienst oefent op die rechtspersoon toezicht uit zoals op zijn eigen diensten;

b) meer dan 80 % van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon wordt uitgeoefend in de vorm van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende dienst of door andere, door diezelfde aanbestedende dienst gecontroleerde rechtspersonen, en

c) er is geen directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon, met uitzondering van geen controle of blokkerende macht opleverende vormen van participatie

⁸²HvJ 1 maart 2005, nr.C-458/03,ECLI:EU:C:2005:123, (Conclusie AG),Parking Brixen GmbH/ Gemeente Brixen en Stadtwerke Brixen AG',71; F., VANDENDRIESSCHE, A., CARTON, "Toepassingsgebied" in D., D'HOOGHE, *De Gunning van overheidsopdrachten*, Bugge, Die Keure, 2015, 287.

van privékapitaal, vereist krachtens de nationale regelgeving, in overeenstemming met de verdragen, die geen beslissende invloed uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon.

Een aanbestedende dienst wordt geacht op een rechtspersoon toezicht zoals op zijn eigen diensten uit te oefenen in de zin van de eerste alinea, onder a), indien hij zowel op strategische doelstellingen als op belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon een beslissende invloed uitoefent. Dit toezicht kan ook worden uitgeoefend door een andere rechtspersoon, die zelf op dezelfde wijze door de aanbestedende dienst wordt gecontroleerd.”

97. Met deze derde voorwaarde in artikel 12, eerste lid richtlijn 2014/24/EU neemt de Europese wetgever een belangrijke koerswijziging ten opzichte van de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie. In het Stadt Halle arrest van 11 januari 2005 besliste het Europees Hof van Justitie nog éénduidig dat elke deelneming ook al is het voor minder dan de helft, van een privaat kapitaal in het kapitaal van de vennootschap waarin de betrokken aanbestedende entiteit deelneemt, onder om het even welke omstandigheden uitsluit dat de aanbestedende entiteit toezicht kan uitoefenen zoals op de eigen diensten.⁸³ Met andere woorden, een participatie van privaat kapitaal sluit steeds de toepassing van de uitzonderingsregel van de in-house aanbestedingen uit.

98. De richtlijn voorziet dus in een versoepeling inzake de kapitaal participatie. Zodoende is het onder de nieuwe richtlijn toegestaan dat een indirecte participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon wordt opgebouwd. Daarnaast is ook een directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon mogelijk, zolang deze participatie geen controlerende of blokkerende macht uitmaakt en deze participatie vereist is krachtens nationale bepalingen.

99. Het is maar de vraag of deze verruiming van het toepassingsgebied wenselijk is? Reeds in het arrest Stadt Halle stelt het Hof dat de toekenning van een opdracht aan een gemengd publiek private onderneming zonder toepassing te maken van de regels inzake overheidsopdrachten ingaat tegen de algemene beginselen van de Europese Unie, namelijk de mededinging en het gelijkheidsbeginsel, omdat de deelnemende private eigenaar bevoordeeld wordt tegenover zijn concurrenten. Nochtans benadrukt considerans 32 van de richtlijn dat de participatie van privé kapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon de concurrentie niet beïnvloed, wat mijns inziens toch zeer twijfelachtig is.

3.3.2 OMGEKEERDE VERTICALE- EN HORIZONTALE IN HOUSE

100. In artikel 12 lid 2 van de richtlijn 2014/24/EU wordt voorzien in de mogelijkheid om de regels inzake overheidsopdrachten buiten beschouwing te laten in geval van “omgekeerde verticale

⁸³ HvJ 11 januari 2005, nr.C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5, ‘Stadt Halle en RPL Recyclingpark Lochau GmbH/ Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna’.

in house aanbestedingen” en de “horizontale in house aanbesteding”. De Europese wetgever heeft dit als volgt gecodificeerd:⁸⁴

“Lid 1 is eveneens van toepassing wanneer een gecontroleerde rechtspersoon die een aanbestedende dienst is, een opdracht gunt aan zijn aanbestedende dienst of aan een andere rechtspersoon die door dezelfde aanbestedende dienst wordt gecontroleerd, mits er geen directe participatie van privékapitaal is in de rechtspersoon aan wie de overheidsopdracht wordt gegund, met uitzondering van geen controle of blokkerende macht opleverende vormen van participatie van privékapitaal, vereist krachtens de nationale wet- en regelgeving, in overeenstemming met de Verdragen, die geen beslissende invloed uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon.”

101. Dergelijke situaties zijn nog niet vaak in de rechtspraak aan bod gekomen. Enkel in het reeds eerder besproken Arrest Datenlotsen Informationssysteme werd er aangestuurd op een horizontale in house aanbesteding, deze werd echter niet toegestaan door het Hof omdat het toezichtscriterium ontbrak.⁸⁵

102. De toevoeging van de horizontale en de omgekeerde in-house opdrachten aan de richtlijn zorgt voor een uitbreiding van het toepassingsgebied. Bijgevolg zullen meer opdrachten tussen aanbestedende diensten als een in-house opdracht worden beschouwd.

3.4 RECHTSBESCHERMING

3.4.1 TRANSPARANTIE

103. Transparantie neemt een zeer voorname plaats in bij de gunning van overheidsopdrachten. Men verwacht transparantie en doorzichtigheid van de openbare besturen vermits de burger een inzicht wil krijgen in de werking van de overheid en de beslissingen die zij neemt. Dergelijke transparantie of openheid geeft de burger een gevoel van controle. Dit resulteert in een groter vertrouwen in de overheid.⁸⁶ Transparantie zorgt er tevens voor dat het gelijkheidsbeginsel uitwerking vindt, zodat alle inschrijvers op voet van gelijkheid kunnen deelnemen aan de gunningsprocedure. Dit zorgt er op zijn beurt voor dat er geen vervalste concurrentie plaatsvindt.⁸⁷ Tenslotte biedt een hogere mate van transparantie ook een hogere rechtsbescherming door middel van controle. De vraag die zich hier opwerpt is echter wat het statuut is van die transparantiegedachte? Kan dit gezien worden als een algemeen of specifiek rechtsbeginsel of eerder een verplichting in hoofde van de aanbestedende overheid?

⁸⁴ Art. 12 lid 2 richtlijn 2014/24/EU

⁸⁵ HvJ 8 mei 2014, nr.C-15/13, ECLI:EU:C2014:303, ‘Technische Universität Hamburg-Harburg and Hochschul-Informationssystem GmbH/Datenlotsen Informationssysteme GmbH’.

⁸⁶ B., DRIESSEN, *Transparency in EU institutional law A practitioner's handbook*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law, 2012, P4; W., TIMMERMANS, T., BRUYNINCKX, “Gunningscriteria en transparantie bij overheidsopdrachten”, *NJW* 2009, 338.

⁸⁷ A.,MAST, J., DUJARDIN, M., VAN DAMME, J., VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, nr.158; C.H., BOVIS, *EU public procurement law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2012, P250; R., VAN MELSEN, “Aperçu de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et du Conseil d’Etat en matière de passation de marchés publics (2003-2007)”, *CDPK* 2007, 556.

3.4.1.1 Transparantieplicht

104. Het Europees Hof van Justitie haalde voor de eerste maal de verplichting tot transparantie aan in het arrest *Unitron Scandinavia*, waarin een schending van het non-discriminatie beginsel de grondslag vormde.⁸⁸ In dit arrest stelde het Hof van Justitie dat het non discriminatie beginsel meer inhoudt dan enkel de gelijke behandeling van derden op basis van nationaliteit, maar dat het de overheid verplicht tot transparantie om de correcte naleving ervan te controleren.⁸⁹

105. Een jaar later op 7 december 2000 beslist het Hof van Justitie in het arrest *Teleaustria Verlag* dat er krachtens een aantal bepalingen van EG-verdrag een transparantieverplichting rust op de overheid die een concessie van openbare dienst gunt. Het opmerkelijke aan de uitspraak van het Hof van Justitie was echter dat de concessie van openbare dienst is uitgesloten van het toepassingsgebied van de richtlijnen overheidsopdrachten. Hierover overweegt het Hof van Justitie: *“De aanbestedende diensten die deze overeenkomsten sluiten, niettemin de fundamentele regels van het Verdrag in het algemeen en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in het bijzonder in acht moeten nemen.”*⁹⁰ Dit arrest van het Hof van Justitie benadrukt het belang van deze verplichting aangezien deze zelfs toepasbaar is buiten het toepassingsgebied van de richtlijnen.

106. Het is ook in dit arrest dat het Hof van Justitie voor het eerst een omschrijving geeft van de transparantie verplichting:

*“Deze op de aanbestedende dienst rustende verplichting tot transparantie houdt in dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.”*⁹¹

107. In het arrest *Coname* van 21 juli 2005 bevestigde het Hof van Justitie de bovengenoemde transparantieplicht. De Advocaat Generaal in deze zaak ging echter nog een stapje verder en stelde dat er sprake was van een transparantiebeginsel.⁹² Het Hof van Justitie is hier in de finale uitspraak echter niet verder op ingegaan om dit te bekrachtigen. Op basis van de rechtspraak kan er worden

⁸⁸ HvJ 18 november 1999, nr.C-275/98, ECLI:EU:C:1999:567, 'Unitron Scandinavia A/S en 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselska', 31.

⁸⁹HvJ 18 november 1999, nr.C-275/98, ECLI:EU:C:1999:567, 'Unitron Scandinavia A/S en 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselska', 31.; K., WAUTERS, *Rechtsbescherming en overheidsovereenkomsten : de preventieve en jurisdictionele rechtsbescherming bij de gunning van overheidsovereenkomsten in Nederland, Frankrijk en België en de mogelijke invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 89.

⁹⁰ HvJ 7 december 2000, nr.C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669, 'Telaustria Verlags GmbH en Telefonadress GmbH/Telekom Austria AG', 60.

⁹¹ HvJ 7 december 2000, nr.C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669, 'Telaustria Verlags GmbH en Telefonadress GmbH/Telekom Austria AG', 62.

⁹² HvJ 21 juli 2005, nr.C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487, 'Coname', 90; C., DE KONINCK, "Encyclopedie van het overheidsopdrachtenrecht", Mechelen, Wolters – Kluwer, 2010, P453.

besloten dat er een transparantieplicht is in hoofde van de aanbestedende diensten op basis van fundamentele vrijheden en het algemene beginsel van gelijke behandeling.⁹³

3.4.1.2 Specifiek rechtsbeginsel

108. Zoals hierboven reeds besproken is kunnen we stellen dat er sprake is van een transparantieplicht in hoofde van de aanbestedende dienst, maar kan dit ook gezien worden als een algemeen rechtsbeginsel zoals Advocaat Generaal STIX-HACKL aanhaalde in zijn conclusie in de zaak Coname? Indien er sprake zou zijn van een rechtsbeginsel van transparantie, kan de rechtsonderhorige zich hier rechtstreeks op beroepen voor de nationale rechter of het Hof van Justitie.

109. Krachtens artikel 19 lid 1 VEU is het aan het Hof van Justitie toegelaten om gebruik te maken van algemene beginselen bij de uitlegging en toepassing van het Unierecht. Algemene rechtsbeginselen maken deel uit van de Unierechtsorde, bijgevolg is een schending van die regels een miskennis van de Verdragen.⁹⁴ Algemene beginselen kunnen uit verschillende bronnen voortspuiten. Zo bevinden zich diverse rechtsbeginselen in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Maar het Europees Hof van Justitie kan even goed algemene beginselen afleiden uit de nationale tradities van de lidstaten van de Europese Unie, uit beginselen aanwezig in het Internationaal recht of rechtstreekse uit bepalingen van de Verdragen.⁹⁵

110. In de arresten Van Hool en Succhi di frutta spreekt men voor het eerst van een beginsel van doorzichtigheid gelieerd aan het algemeen beginsel van gelijke behandeling.⁹⁶ In die arresten stelt het Hof van Justitie dat de procedures steeds in overeenstemming moeten zijn met zowel het beginsel van de gelijke behandeling als het daaruit voortvloeiende beginsel van doorzichtigheid zodat de inschrijvers dezelfde kansen kunnen genieten. In de arresten Commissie t. Italië, Parking Brixen en ANAV gaat het Hof van Justitie nog een stapje verder en stelt zij dat het transparantiebeginsel duidelijk onderscheiden kan worden van het beginsel van gelijke behandeling en dat het tevens op dezelfde hoogte staat als het gelijkheidsbeginsel.⁹⁷ Opvallend is echter dat het Hof van Justitie het beginsel van transparantie enkel hanteert met betrekking tot overheidsopdrachten. Het beginsel wordt niet gehanteerd in andere rechtstakken. Transparantie is echter ook een zeer ruim begrip en heeft verschillende betekenissen binnen andere rechtstakken zodoende dat het in feite onmogelijk is om van een eenduidig overkoepelend algemeen

⁹³ F., LLORENS, "Principe de transparence et contracts publics", *CMP* 2004, nr. 1, 5; K., WAUTERS, *Rechtsbescherming en overheidsovereenkomsten : de preventieve en jurisdictionele rechtsbescherming bij de gunning van overheidsovereenkomsten in Nederland, Frankrijk en België en de mogelijke invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 92.

⁹⁴ K., LENAERTS, P., VAN NUFFEL, *Europees recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 731.

⁹⁵ K., LENAERTS, P., VAN NUFFEL, *Europees recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 731.

⁹⁶ HvJ 22 april 1994, nr.C-87/94, ECLI:EU:C:1994:166, 'Commissie t. België', Overw. 88; HvJ 29 april 2004, nr.C-496/99, ECLI:EU:C:2004:236, 'Succhi di Frutta'.

⁹⁷ HvJ 13 oktober 2005, nr.C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605, 'Parking Brixen', 50; HvJ 6 april 2006, nr. C-40/04, ECLI:EU:C:2006:237, 'ANAV', 21; HvJ 21 februari 2008, nr.C-412/04, ECLI:EU:C:2008:102, 'Commissie t. Italië', 78; K., WAUTERS, *Rechtsbescherming en overheidsovereenkomsten : de preventieve en jurisdictionele rechtsbescherming bij de gunning van overheidsovereenkomsten in Nederland, Frankrijk en België en de mogelijke invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 127; S., PRECHAL, M.E., DE LEEUW, "Transparency: a general principle of EU law", in U., BERNITZ, J., NERGELIUS, C., CARDNER (eds.), *General principles of EC law in a process of development*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2008, 230.

rechtsbeginsel van transparantie te spreken.⁹⁸ Dit is echter wel een indicatie dat het transparantiebeginsel geen algemene status heeft.

111. Een rechtsbeginsel kan zoals reeds eerder vermeld ook worden afgeleid uit bepalingen van het gemeenschapsrecht. In overweging twee van richtlijn 2004/18/EU stelt de Commissie dat de lidstaten het transparantiebeginsel moeten naleven.⁹⁹ Die bepaling wordt ook herhaald in de nieuwe richtlijn 2014/24/EU in considerans 68.¹⁰⁰ Toch bevat de nieuwe richtlijn nog een andere belangrijke indicatie inzake het statuut van het transparantiebeginsel, namelijk artikel 18 van de richtlijn.¹⁰¹ Deze bepaling stelt dat de aanbestedende diensten de ondernemers op een gelijke, niet discriminerende, transparante en proportionele wijze dienen te behandelen. Met deze bepaling stelt de Europese Commissie het transparantiebeginsel op gelijke hoogte van het non-discriminatie en gelijkheidsbeginsel.

112. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie en de bepalingen uit de richtlijnen kunnen we stellen dat er sprake is van een transparantiebeginsel.¹⁰² De term algemeen beginsel is mijns inziens niet gepast, aangezien men het rechtsbeginsel enkel nog maar heeft toegepast binnen het kader van de overheidsopdrachten. Het statuut van dit beginsel is dan ook eerder dat van een specifiek rechtsbeginsel binnen het kader van de overheidsopdrachten. Het is dus nog te vroeg om te spreken van een algemeen rechtsbeginsel, al belet niets dat het deze status in de toekomst toch nog kan verkrijgen, desalniettemin blijft het op dit moment een leidend beginsel binnen het overheidsopdrachten recht.

3.4.1.3 Draagwijdte transparantiebeginsel

113. De volgende vraag die zich in het kader van "transparantie" opwerpt is, welke is de draagwijdte van het transparantiebeginsel? Zoals reeds werd aangehaald omschreef Het Hof van Justitie in het arrest Teleaustria de transparantieplicht als volgt: "*Deze op de aanbestedende dienst rustende verplichting tot transparantie houdt in dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst*"¹⁰³. In de arresten Parking Brixen en ANAV bevestigt het Hof van Justitie dat er een passende mate van

⁹⁸ S., PRECHAL, M.E., DE LEEUW, "Transparency: a general principle of EU law", in U., BERNITZ, J., NERGELIUS, C., CARDNER (eds.), *General principles of EC law in a process of development*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2008, 238.

⁹⁹ Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, Pb. L. 30 april 2004 (hierna Richtlijn 2004/18/EG);

¹⁰⁰ Richtlijn 2014/24/EU.

¹⁰¹ Art. 18 Richtlijn 2014/24/EU

¹⁰² K., MAN, "Over de toepassing van het beginsel van de openbaarheid van bestuur en het transparantiebeginsel in het raam van de gunning van overheidsopdrachten", *CDPK* 2008, afl. 3, nr.4; V., DOR, *Les principes légaux La loi de 15 juin 2006*, Waterloo, Wolters – Kluwer, 2014, 13; D., BATSELE, T., MORTIER, A., YERNA, *Reussir ses marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2015, 100.

¹⁰³ HvJ 7 december 2000, nr.C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669, 'Telaustria Verlags GmbH en Telefonadress GmbH/Telekom Austria AG', 62; D., D'HOOGHE, S., JOCHEMS, "De gunning van overheidsopdrachten in het algemeen", in D., D'HOOGHE (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 2009, 100.

openbaarheid aan de dag moet worden gelegd, maar er wordt evenwel nagelaten om een duidelijke inhoud aan deze bepaling toe te kennen.¹⁰⁴

114. In de zaak Coname die betrekking had op een rechtstreekse gunning tussen twee Italiaanse aanbestedende diensten, omschrijft de Advocaat Generaal het transparantiebeginsel als volgt: “ *Het beginsel van transparantie vormt bovendien veelal eerder een leidend beginsel voor de gehele aanbestedingsprocedure. Hieronder valt bijvoorbeeld ook de inzichtelijkheid van besluiten van de opdrachtgever en, in het algemeen, een objectieve handelswijze tijdens een aanbestedingsprocedure.*”¹⁰⁵ Bijgevolg dient dus begrepen te worden dat de transparantie gedurende de hele procedure moet worden gegarandeerd.

115. Wat het beginsel concreet inhoudt heeft het Europees Hof van Justitie niet verder verduidelijkt, ARROWSMITH identificeert evenwel vier aspecten van voorvermeld beginsel.¹⁰⁶ Ten eerste omvat het transparantiebeginsel enige mate van publiciteit van een opdracht zodat geïnteresseerden de kans hebben om hun belangstelling te tonen. Dit aspect van het transparantiebeginsel vindt men onder verschillende vormen terug in de richtlijnen en nationale wetgeving, voorbeelden hiervan zijn de oproep tot deelname aan een overheidsopdrachtenprocedure of een oproep tot mededinging.¹⁰⁷

116. Een tweede aspect van het transparantiebeginsel kwam reeds aan bod in het arrest Coname¹⁰⁸ en veronderstelt dat men de nodige publiciteit geeft aan de regels en voorschriften van de gunningsprocedure. Hieruit moet worden afgeleid dat alle voor de overheidsopdracht geldende voorwaarden en criteria met bijhorende weging moeten worden bekend gemaakt aan potentiële inschrijvers alvorens de indiening van de offertes. Onder dit aspect valt ook alle informatie die pas tijdens de procedure bekend geraakt. Deze zal vervolgens ook aan alle inschrijvers meegedeeld moeten worden.

117. Het transparantiebeginsel vereist tevens dat de beslissing van de opdracht gevende overheid gebaseerd is op de door haar vastgelegde criteria. De interpretatie van deze criteria dient ook gedurende de hele procedure eenduidig te verlopen. De interpretatie van de bekend gemaakte gunningscriteria mag dus niet gewijzigd worden in de loop van de procedure.

118. Tenslotte is er ook nog het controle aspect van het transparantiebeginsel. Transparantie moet het mogelijk maken om de regelmatigheid van de gunning van een overheidsopdracht te controleren en, indien nodig dit ook af te dwingen. Concrete voorbeelden van dit aspect zijn de verplichting tot mededeling van het resultaat van de gunningsprocedure, de verplichting om processen verbaal op te stellen of bepaalde documenten te bewaren onder de

¹⁰⁴ HvJ 13 oktober 2005, nr.C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605, 'Parking Brixen'; HvJ 6 april 2006, nr. C-40/04, ECLI:EU:C:2006:237, 'ANAV'.

¹⁰⁵ HvJ 12 april 2005, nr.C-231/03, ECLI:EU:C:2005:212, (Conclusie AG), 'Coname', 90.

¹⁰⁶ S., ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Londen, Thomson, Sweet & Maxwell, 2004, 127-128.

¹⁰⁷ D., D'HOOGHE, S., JOCHEMS, "De gunning van overheidsopdrachten in het algemeen", in D., D'HOOGHE (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 2009, 100.

¹⁰⁸ HvJ 21 juli 2005, nr.C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487, 'Coname', nr.29.

openbaarmakingsverplichting.¹⁰⁹ Bijgevolg hebben we door de rechtsleer wel een beeld gekregen van wat het transparantiebeginsel mogelijk omvat, toch ontbreekt er nog omvangrijke rechtspraak die de inhoud beter kadert.

3.4.1.4 Interpretatie transparantiebeginsel Raad van State

119. De rechtspraak van de Raad van State met betrekking tot het transparantiebeginsel is niet zo omvangrijk, aangezien het om een relatief recent beginsel gaat. Toch zijn er enkele interessante arresten die toepassing maken van dit voorheen onbekende beginsel.

120. In het arrest van 14 januari 2014 besliste de Raad van State dat de aanbestedende overheid op basis van het transparantiebeginsel de beoordelingsmethodiek niet op voorhand dient bekend te maken.¹¹⁰ Deze beslissing is in overeenstemming met de bovengenoemde draagwijdte van het transparantiebeginsel, dat stelt dat enkel de criteria en de weging van die criteria op voorhand bekendgemaakt dienen te worden.¹¹¹

121. In een ander arrest van de Raad van State wordt het transparantiebeginsel aangewend in het kader van de weging van de gunningscriteria.¹¹² In het onderliggende geschil hanteerde de aanbestedende overheid een specifieke methode die weging de van enkele gunningscriteria beïnvloedde. Hierover heeft de Raad van State dan ook geoordeeld dat een dergelijke methode niet in overeenstemming is met het transparantiebeginsel aangezien het de op voorhand bekendgemaakte weging van de gunningscriteria wijzigt.

122. Tenslotte is er nog een arrest van de Raad van State die het statuut van het transparantiebeginsel bevestigt. Zo stelt de Raad dat het transparantiebeginsel enkel een beginsel van het aanbestedingsrecht is en geen algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.¹¹³ Bijgevolg kan het ook enkel ingeroepen worden in geschillen met betrekking tot overheidsopdrachten.

123. Uit bovenstaande arresten kan er geconcludeerd worden dat de Raad van State het transparantiebeginsel toepast in overeenstemming met de invulling die ARROWSMITH aan het transparantiebeginsel heeft toegekend.¹¹⁴

3.4.1.5 Toetsing

124. De in-house wetgeving bepaalt wanneer een opdracht tussen twee aanbestedende diensten niet kan gezien worden als een overheidsopdracht, waardoor de aanbestedende overheid de

¹⁰⁹ D., D'HOOGHE, S., JOCHEMS, "De gunning van overheidsopdrachten in het algemeen", in D., D'HOOGHE (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 2009, 100.

¹¹⁰ RvS 14 januari 2014, nr.226.031, MCP 2014/2, P179.

¹¹¹ Randnummer 116.

¹¹² RvS 1 juli 2014, nr.227.947, MCP 2014/4, p536.

¹¹³ RvS 18 september 2014, nr.228.402, TBP 2014/10, p671.

¹¹⁴ S., ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Londen, Thomson, Sweet & Maxwell, 2004,127-128

wetgeving overheidsopdrachten niet in acht hoeft te nemen.¹¹⁵ De aanbestedende overheden bepalen zelf wanneer zij onder deze uitzonderingsgrond vallen en kunnen vervolgens de opdracht onderhands toekennen aan een andere aanbestedende dienst. De onderhandse toekenning van de opdrachten vindt plaats zonder enige vorm van bekendmaking of publicatie. Voor derden is het zeer moeilijk om na te gaan of de desbetreffende overheden correct de Unieregels hebben toegepast.

125. Zoals reeds besproken kan men niet stellen dat er een algemeen rechtsbeginsel van transparantie is, maar eerder een specifiek rechtsbeginsel met betrekking tot overheidsopdrachten zodoende dat de rechtsonderhorigen zich er rechtstreeks op kunnen beroepen voor de nationale rechter of Europees Hof van Justitie maar enkel met betrekking tot een overheidsopdracht.

126. *In casu* zijn de in-house opdrachten uitgesloten van de richtlijn en is er geen sprake van een overheidsopdracht. Met als gevolg dat men zich niet kan beroepen op het transparantiebeginsel. Bijgevolg moet men terug vallen op de richtlijn, maar deze bevat echter geen bepaling die een dergelijke bekendmakingsverplichting oplegt. Derhalve is er dus geen controle mogelijk op de toepassing van deze regel door de aanbestedende overheid. Dit vormt mijns inziens een groot gebrek aan rechtsbescherming. De derden die mogelijk nadeel ondervinden door toepassing van de in-house techniek kunnen hier niet of amper tegen verzetten omdat ze geen kennis hebben van de toepassing ervan.

127. De Europese wetgever had mogelijksterwijs in een transparantie verplichting moeten voorzien in de richtlijn. Op deze manier zouden alle gevallen waarin toepassing gemaakt wordt van deze uitzondering gepubliceerd moeten worden. Dit zou derden en mogelijk benadeelden in staat stellen om te controleren of de aanbestedende overheid op een correcte manier van de uitzondering op het toepassen van de overheidsopdrachtenwetgeving gebruik heeft gemaakt.

3.4.2 MEDEDINGING

3.4.2.1 Algemeen

128. Mededinging of concurrentie is een zeer belangrijk element, zelfs een van de voornaamste doelstellingen van de wetgeving overheidsopdrachten.¹¹⁶ De wetgeving is opgesteld met het doel om waar mogelijk echte concurrentie aan te wakkeren, zodoende dat de aanbestedende dienst zich niet schuldig kan maken aan favoritisme en zij tevens een betere prijs voor de opdracht kan bekomen. De wetgeving probeert deze mededinging te garanderen door het invoeren van procedurele verplichtingen zoals: de voorafgaande bekendmaking van de opdrachten, het verbod op discriminerende criteria, een gunningsprocedure die reële concurrentie mogelijk maakt, gelijke behandeling van inschrijvers garanderen gedurende de gehele procedure.¹¹⁷ De in-house

¹¹⁵ S., BAETEN, "De ongelijke behandeling van het overheidsondernemen door de wetgeving inzake overheidsopdrachten, in het licht van de richtlijnen en de rechtspraak van het Hof van Justitie te zake", *TBP* 2008/4, 11.

¹¹⁶ C., DE KONINCK, *Encyclopedie van het Overheidsopdrachtenrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2010, 263; D., BATSELE, T., MORTIER, A., YERNA, *Reussir ses marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2015, 98.

¹¹⁷ D., D'HOOGHE, S., JOCHEMS, "De gunning van overheidsopdrachten in het algemeen", in D., D'HOOGHE (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 2009, 106.

uitzondering stelt dat bepaalde opdrachten niet onderworpen zijn aan de wetgeving overheidsopdrachten bijgevolg is zij hierdoor in principe ook vrijgesteld van mededinging. De vraag is of we net zoals bij transparantie kunnen spreken van een beginsel van mededinging? Zodoende dat er toch enige vorm van mededinging in acht moet worden genomen.

3.4.2.2 Beginsel van mededinging

129. Het beginsel van mededinging komt voor het eerst aan bod in de conclusie van Advocaat Generaal STIX HACKL in het arrest *Sintesi*.¹¹⁸ Volgens de Advocaat Generaal vindt het mededingingsbeginsel zijn rechtsgrondslag in de fundamentele vrijheden, meer bepaald de interne markt. Zowel de richtlijnen als het gemeenschapsrecht hebben als doel dat de mededinging niet beperkt wordt en dat de markt wordt geopend.¹¹⁹ Daarnaast stelt hij nog dat het mededingingsbeginsel dus één van de fundamentele pijlers van het communautaire aanbestedingsrecht zou zijn.¹²⁰ Opmerkelijk is dat het Hof van Justitie in het bijhorende arrest niet specifiek in gaat op het mededingingsbeginsel in het aanbestedingsrecht.¹²¹ Toch werd er reeds eerder over een soort van mededingingsbeginsel gesproken. In het arrest *Teleaustria* leidde het Hof van Justitie uit de fundamentele regels van het EG verdrag en meer bepaald het gelijkheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel een verplichting tot inmededingingstelling af. Deze zou ook van toepassing zijn op overeenkomsten die niet onder het toepassingsgebied van de richtlijn vallen.¹²²

130. De Europese wetgeving spreekt echter niet expliciet van een mededingingsbeginsel. Zo vindt men in artikelen met betrekking tot de beginselen van het aanbestedingsrecht, respectievelijk artikel 2 van richtlijn 2004/18/EG en artikel 18 van richtlijn 2014/24/EU geen spoor terug van mededinging, dit in tegenstelling tot de eerste overweging van de richtlijn waar wel de nadruk op het belang van mededinging wordt gelegd.¹²³ Hetzelfde geldt voor de interpretatieve mededeling van de Commissie waar mededinging niet wordt aangehaald als een rechtsbeginsel, toch haalt de Commissie onder punt 1.2 aan dat de overheidsopdrachtenmarkt voor mededinging moet worden geopend.¹²⁴ Maar Ondanks het ontbreken van een expliciete bepaling in de wetgeving moet men toch stellen dat vanuit de aard en het fundamentele belang van mededinging voor overheidsopdrachten men dit moet beschouwen als een specifiek rechtsbeginsel.

3.4.2.3 Draagwijdte beginsel

131. De inhoud van het beginsel is niet volledig duidelijk, men moet echter trachten mededinging na te streven, dit om waar mogelijk de reële concurrentie te bevorderen en de

¹¹⁸ HvJ 1 juli 2004, nr.C-247/02, ECLI:EU:C:2004:399, (Conclusie AG), 'Sintesi'.

¹¹⁹ HvJ 1 juli 2004, nr.C-247/02, ECLI:EU:C:2004:399, (Conclusie AG), 'Sintesi', 32.

¹²⁰ HvJ 1 juli 2004, nr.C-247/02, ECLI:EU:C:2004:399, (Conclusie AG), 'Sintesi', 33.

¹²¹ HvJ 7 oktober 2004, nr.C-247/02, ECLI:EU:C:2004:593, 'Sintesi'.

¹²² HvJ 7 december 2000, nr.C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669, 'Telaustria Verlags GmbH en Telefonadress GmbH/Telekom Austria AG'.

¹²³ S., ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Londen, Thomson, Sweet & Maxwell, 2004, 432.

¹²⁴ Interpretatieve mededeling (Comm.) Interpretatieve mededeling over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, 1 januari 2008, (2006/C179/02).

aanbestedende diensten te behoeden voor favoritisme, met andere woorden, er is een verplichting tot inmededingingstelling.

132. De verplichting tot inmededingingstelling houdt echter geen verplichting in voor aanbestedende overheden om gebruik te maken van een door de wet voorziene overheidsopdrachten procedure voor opdrachten die buiten het toepassingsgebied van de richtlijn vallen. Dit standpunt werd uitdrukkelijk bevestigd door het Hof van Justitie in de zaak Coname.¹²⁵ De verplichting tot inmededingingstelling moet bijgevolg geïnterpreteerd worden als de verplichting om voldoende openbaarheid aan de gunning van de opdracht te geven zodat mogelijk geïnteresseerde ondernemingen de kans hebben om een voorstel te doen.¹²⁶

133. Het principe van inmededingingstelling geldt echter niet onvoorwaardelijk. In het arrest Coname oordeelde het Hof van Justitie dat objectieve rechtvaardigingsgronden of bijzondere omstandigheden een uitzondering op de inmededingingstelling zouden kunnen rechtvaardigen.¹²⁷ In de zaak Commissie t. Republiek Ierland heeft Advocaat Generaal STIX-HACKL deze voorwaarden verder uitgewerkt.¹²⁸ Een aanbestedende overheid mag een uitzondering maken op de inmededingingstelling indien: de gevolgen voor de gunning gering zijn, er een uitdrukkelijk in het verdrag opgenomen rechtvaardigingsgrond is, een niet uitdrukkelijk in het verdrag opgenomen rechtvaardigingsgrond of een grond van algemeen belang en tenslotte ingeval van een objectieve rechtvaardigingsgrond.

3.4.2.4 Toetsing

134. De in-house leer zorgt ervoor dat aanbestedende overheidsdiensten zelf kunnen bepalen wanneer ze onder de in-house voorwaarden vallen om zodoende een opdracht onderhands toe te kennen aan een andere aanbestedende dienst. Door het gebruiken van in-house opdrachten moet de aanbestedende overheid geen toepassing maken van de wetgeving overheidsopdrachten. Op deze manier wordt de opdracht onttrokken aan de mededinging. Zoals reeds beschreven zijn er uitzonderingen mogelijk op het mededingingsbeginsel. Op basis van welke uitzondering de in-house opdrachten zijn toegelaten is niet volledig duidelijk.¹²⁹ Zo wordt er aangehaald dat het een objectieve rechtvaardigingsgrond is omdat er geen interesse zou zijn van buitenlandse ondernemers, maar ook het algemeen belang wordt in andere arresten aangehaald.

135. Desalniettemin is deze uitzondering rechtsgeldig aangezien het meermaals door het Hof van Justitie is bevestigd in tal van arresten. Met andere woorden is het mededingingsbeginsel hier niet van toepassing waardoor het de aanbestedende overheden is toegestaan om een opdracht onderhands toe te kennen aan een andere aanbestedende dienst. Bijgevolg heeft deze bepaling

¹²⁵ HvJ 21 juli 2005, nr.C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487,'Coname', 28.

¹²⁶ D., D'HOOGHE, S., JOCHEMS, "De gunning van overheidsopdrachten in het algemeen", in D., D'HOOGHE (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 2009, 108.

¹²⁷ HvJ 21 juli 2005, nr.C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487,'Coname', 28

¹²⁸ HvJ 14 september 2006, nr.C-532/03, ECLI:EU:C:2006:560, (Conclusie AG), 'Commissie t. Republiek Ierland'.

¹²⁹ S., ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Londen, Thomson, Sweet & Maxwell, 2004,390.

van richtlijn 2014/24/EU toch een grote invloed op de rechtsbescherming, omwille van het feit dat door het uitgebreide toepassingsgebied meer opdrachten aan de mededinging onttrokken worden.

136. Een andere vraag die zich hier op werpt is hoe de rechtspraak van het Hof van Justitie zal evolueren. Het Hof van Justitie heeft de in-house bepalingen steevast zeer restrictief benaderd. De wetgever heeft nu het toepassingsgebied uitgebreid en hanteert dus een soepelere benadering van de in-house opdrachten. Er is dus een spanningsveld tussen de visie van de wetgever en Hof van Justitie. Zal het Hof de in-house bepaling restrictief blijven benaderen of zal ze de visie van de wetgever overnemen? Verwacht wordt dat het Hof van Justitie deze restrictieve benadering zal doortrekken vermits mededinging één van de fundamentele pijlers is van het overheidsopdrachtenrecht en misbruiken hiertegen vermeden moeten worden.

3.4.2.5 Opmerking

137. Een onvermijdelijke vraag die zich hier opwerpt is of deze uitzonderingsgrond op de toepassing van de overheidsopdrachten wetgeving wel gewenst is? In de documenten die de Europese Commissie voortbrengt wordt verschillende keren aangehaald dat de mededinging of concurrentie moet worden gemaximaliseerd om er voor te zorgen dat de overheid de best mogelijk offerte krijgt.¹³⁰ Tevens benadrukt de Commissie dat de aanbestedende overheden efficiënt met hun middelen moeten omspringen. Het rechtstreeks onderhands gunnen van opdrachten aan een andere aanbestedende dienst zonder een beroep te doen op de mededinging is niet altijd de meest efficiënte oplossing. Op deze manier heeft men ook geen weet van betere en efficiëntere oplossingen.

138. Dit geldt ook voor het eerder vernoemde doel van de Commissie om het favoritisme van de aanbestedende overheden aan banden te leggen. Voorheen onder de strikte interpretatie van de in-house opdrachten door het Hof van Justitie vormde dit geen probleem aangezien men onder geen enkel beding mocht participeren met privékapitaal in een opdracht nemende entiteit. Maar onder de versoepeling van de nieuwe richtlijn is het dus echter wel opnieuw toegelaten dat men participeert met privékapitaal, bijgevolg kan men zo private partijen bevoordelen doordat er geen mededinging speelt. Deze bepaling uit de richtlijn staat dus haaks op de intenties van de Europese Commissie.

3.5 TUSSENCONCLUSIE

139. De codificatie van de uitzonderingsregels in de richtlijn verhoogt de rechtszekerheid en de rechtsbescherming omdat er nu meer zekerheid bestaat omtrent de toe te passen voorwaarden om gebruik te maken van de in-house uitzondering. Enerzijds heeft de nieuwe richtlijn geen invloed op het niveau van rechtsbescherming met betrekking tot transparantie, aangezien het transparantiebeginsel niet van toepassing is en er ook geen transparantiebepalingen in de richtlijn zijn opgenomen. Anderzijds heeft de richtlijn met de codificatie van de horizontale en omgekeerde in-house nog extra mogelijkheden geïntroduceerd voor het buiten toepassing laten van de

¹³⁰ Infra. 42.

wetgeving overheidsopdrachten. Op deze manier worden er nog meer opdrachten onttrokken aan de mededinging. De vraag is hier of dit te rijmen valt met de intentie van de Europese Commissie om de middelen van de overheid zo efficiënt mogelijk aan te wenden en de mededinging te maximaliseren.

140. Toch moet men zich de vraag stellen of er zich hier toch geen probleem inzake rechtsbescherming voor doet? Meer bepaald op gebied van transparantie, door dat er geen transparantiebepalingen in de richtlijn zijn opgenomen en het transparantiebeginsel niet speelt is er voor de derden geen enkele mogelijkheid om enige vorm van controle uit te oefenen op de toepassing van de in-house opdrachten.

4 DE MEDEDINGINGSPROCEDURE MET ONDERHANDELING

4.1 SITUERING

141. Het principe van mededinging staat centraal in de wetgeving overheidsopdrachten. Dit principe moet garanderen dat iedereen gelijk behandeld wordt door de overheden, waardoor het voor iedereen mogelijk is om met gelijke kansen overheidsopdrachten in de wacht te slepen. Het is ook dit principe wat er voor moet zorgen dat de overheden de beste prijs krijgen aangeboden. De wijze waarop de mededinging wordt georganiseerd in de wetgeving overheidsopdrachten wordt bepaald door de gekozen gunningswijze.¹³¹

142. In het Belgische recht kent men anno 2016 de volgende gunningswijze: open of beperkte aanbesteding, de open of beperkte offerte aanvraag, de onderhandelingsprocedure met of zonder bekendmaking en de concurrentiedialoog. Binnen de klassieke sectoren zijn er twee klassieke of standaard gunningswijzen namelijk de offerteaanvraag en de aanbesteding. Deze standaardprocedures kunnen open of beperkt zijn, wat inhoudt dat de gunning in één of twee fases kan verlopen.¹³² De aanbestedende overheid kan vrij een beroep doen op één van beide procedures zonder de keuze voor een van de procedures formeel te moeten motiveren.¹³³ Omtrent deze zienswijze is echter nog wel enige discussie. Zo stellen sommige auteurs dat de keuze voor de aanbesteding of de offerteaanvraag wel degelijk formeel dient te worden gemotiveerd.¹³⁴ Toch kunnen we stellen dat een dergelijke formele motivering niet vereist is, de wet vereist enkel een motivering ingeval van een onderhandelingsprocedure of concurrentiedialoog.

143. Hieruit blijkt dat de onderhandelingsprocedure een bijzondere procedure is. Men mag er enkel gebruik van maken in de bij wet limitatief opgesomde gevallen. De verklaring voor het uitzonderlijk gebruik van deze procedure is te vinden in het feit dat de procedure het toelaat aan de aanbestedende overheid om te onderhandelen met de gekozen ondernemingen. De wetgever is altijd argwanend geweest tegenover het onderhandelen met de inschrijvers, vandaar dit uitzonderingsstatuut.

144. Maar richtlijn 2014/24/EU brengt enkele grote veranderingen met zich mee in het kader van deze procedure. Zo zal deze gunningswijze niet langer de naam 'onderhandelingsprocedure met bekendmaking' dragen, voortaan zal deze gunningswijze de 'mededingingsprocedure met onderhandeling' noemen. Niet enkel de naam is gewijzigd, ook inhoudelijk zijn er verschillende wijzigingen in de procedure doorgevoerd. In dit deel gaan we deze gewijzigde procedure dan ook bespreken en toetsen aan de transparantie en mededinging.

¹³¹ S., VAN GARSSE, "Overheidsopdrachten" in I., OPDEBEEK, A., COOLSAET (eds.), *Formele motivering van bestuurshandelingen*, Brugge, Die Keure, 2013, 409.

¹³² Art. 23 wet 15 juni 2006 overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, BS 15 februari 2007 (hierna: Wet Overheidsopdrachten).

¹³³ B., VAN LIERDE, A., DELVAUX, C., DEWOLF (eds.), *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten - Deel 1A - Wet overheidsopdrachten 15 Juni 2006*, Brussel, Confederatie Bouw, 2014, 293; N., KIEKENS, "Wijzen van Gunnen" in D., D'HOOGE, *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 2015, 333.

¹³⁴ S., VAN GARSSE, "Wijze van Gunnen" in D., D'HOOGE (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 2009, 238 -239.

4.2 PROCEDURE

145. Bij de standaardprocedures zoals de open of beperkte aanbesteding en de open of beperkte offerteaanvraag maakt de aanbestedende overheid haar keuze louter en alleen op basis van de ingediende offertes. In de huidige Belgische wetgeving overheidsopdrachten mag de aanbestedende overheid slechts beroep doen op deze gunningswijze door de bij wet vastgelegde limitatieve lijst van toepassingsgronden.¹³⁵ Ook dit verandert niet door de nieuwe richtlijn, al zijn er toch grote wijzigingen inzake het toepassingsgebied, dit wordt in het volgende deel verder uitgewerkt.

146. Het belangrijkste kenmerk van deze gunningswijze is het feit dat de aanbestedende overheid met een aantal gekozen ondernemers kan onderhandelen over de contractuele voorwaarden.¹³⁶ De onderhandelingsprocedure is destijds in leven geroepen om een flexibel kader te bieden voor aanbestedingen. Het is ook in het kader van deze flexibiliteit dat er in de nieuwe richtlijn verschillende wijzigingen in deze gunningsprocedure zijn aangebracht. Om in het kader van de kerninitiatieven van Europa 2020 strategie van de Europese Commissie aan de vooropgestelde doelstellingen te voldoen is er meer nood aan extra flexibiliteit in de aanbestedingsprocedures vanwege de aanbestedende diensten.¹³⁷

147. De flexibiliteit en het uitzonderingskarakter vloeit dan ook voort uit het feit dat men kan onderhandelen. De wetgever staat argwanend tegenover deze gunningswijze omdat deze procedure een afwijking kan vormen op het publiciteits- en mededingingsbeginsel in vergelijking met een aanbesteding of offerteaanvraag.¹³⁸ Toch wordt deze stelling ook enigszins betwist, aangezien de voorafgaande aankondiging een voldoende garantie biedt op eenzelfde graad van mededinging of minstens de mogelijkheid tot mededinging zoals in de open of beperkte procedures.¹³⁹ Toch is er het risico dat de onderhandelingsprocedure niet dezelfde zekerheden biedt inzake objectiviteit en transparantie dan de aanbesteding of offerteaanvraag.¹⁴⁰

148. De onderhandelingsprocedure met bekendmaking vertoont grote gelijkenissen op gebied van verloop met een beperkte procedure. Het grote verschil schuilt hem natuurlijk in het feit dat men onderhandelingen kan voeren met de inschrijvers, maar ook in de grotere vrijheid die de aanbestedende overheid geniet in de gunningsfase. De aanbestedende overheid kan namelijk de procedure en voorschriften inzake het onderhandelen vrij bepalen. Zo kan de aanbestedende overheid zelf bepalen of ze meerdere rondes gaat organiseren, of er gebruik gaat gemaakt worden van eliminatiemomenten.

¹³⁵ Art. 26 Wet overheidsopdrachten

¹³⁶ art. 1.11 Richtlijn 2004/18/EG

¹³⁷ Overw. 42 Richtlijn 2014/24/EU

¹³⁸ RvS 11 oktober 2006, nr.163.472; RvS 1 februari 2007, nr.167.381.

¹³⁹ S., VAN GARSSE, "Wijze van Gunnen", in D., D' HOOGHE (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 2009, nr. 387.

¹⁴⁰ S., ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Londen, Sweet & Maxwell, 2004,560; P., VERBEKE, *Overheidsopdrachten voor beginners*, Brugge, Die Keure, 2013, P56.

149. Er zijn zeer weinig bepalingen in de overheidsopdrachten wetgeving opgenomen over de vormvoorschriften en het verloop van de onderhandelingsprocedure.¹⁴¹ In richtlijn 2004/18/EG wordt enkel het toepassingsgebied van de richtlijn aangehaald, en zijn er geen procedurele voorschriften gesteld.¹⁴² Hetzelfde verhaal in de nationale wetgeving die de omzetting van deze richtlijn vormt. Het artikel 26, §3 van de wet 15 juni 2006 stelt enkel dat tijdens de onderhandelingen de aanbestedende overheid de gelijke behandeling van alle inschrijvers moet verzekeren.¹⁴³ Zij mag dus geen discriminerende informatie verstrekken die bepaalde inschrijvers zou kunnen bevoordelen.¹⁴⁴ Over andere en extra waarborgen tijdens de onderhandelingsfase is verder niets bepaald.

150. De aanbestedende overheid moet zelf de regels bepalen in het bestek, er is echter geen wettelijke verplichting hiertoe. Met het oog op de mededinging moet enkel de gelijke behandeling van de inschrijvers steeds worden gegarandeerd.¹⁴⁵ De aanbestedende overheid zal voor het nakomen van deze wettelijk bepaling voorschriften met betrekking tot het verloop van de onderhandelingen opnemen in het bestek van de desbetreffende opdracht. De gegadigden kunnen ook enkel op voorhand tegen de procedurele bepalingen in het bestek verzet aantekenen. Eenmaal ze in de procedure zitten hebben ze de eenzijdig vastgestelde regels van de aanbestedende overheid aanvaard.

4.3 TOEPASSINGSGEBIED

151. Het toepassingsgebied van de mededingingsprocedure met onderhandeling is sterk gewijzigd door richtlijn 2014/24/EU. In essentie zal deze gunningsprocedure nu kunnen worden gebruikt voor alle aankopen, leveringen en diensten die niet standaard zijn.¹⁴⁶

152. Considerans 43 van de richtlijn omschrijft dergelijke opdrachten als volgt:

"Bij opdrachten voor werken, gaat het onder meer om werken die geen standaard gebouwen zijn of werken die tevens ontwerpen of innovatieve oplossingen behelzen. Voor diensten of leveringen waarbij aanpassingen nodig zijn of waarmee ontwerpactiviteiten gemoeid zijn, kan het gebruik van een mededingingsprocedure met onderhandeling of de concurrentiegerichte dialoog wellicht nuttig zijn. Dergelijke aanpassings- of ontwerpactiviteiten zijn met name nodig in het geval van complexe aankopen zoals geavanceerde producten, intellectuele diensten, zoals bepaalde consultancy-, architectuur- of ingenieursdiensten, of grote ICT-projecten. In deze gevallen kunnen onderhandelingen

¹⁴¹ M., DE CASTER, A., EECKHOUT, J., GEERTS, J., HONNAY, F., JUDO, G., LAENEN, S., LOGIE, S., TAELEMANS, S., VAN GEETERUYEN, K., WAUTERS, *Overheidsopdrachten Het K.B. plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren toegelicht*, Brugge, Vanden Broele, 2012, 104.

¹⁴² Art. 30 Richtlijn 2004/18/EG

¹⁴³ Art. 26, §3 Wet overheidsopdrachten

¹⁴⁴ art. 26, §3 Wet overheidsopdrachten

¹⁴⁵ N.,KIEKENS, "Verloop van de flexibele gunningswijzen", in D., D' HOOGHE (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 2015, 1264.

¹⁴⁶ A., MAST, J., DUJARDIN, M., VANDAMME, J., VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters - Kluwer, 2014, 190.

*noodzakelijk zijn om te garanderen dat de levering of dienst voorziet in de behoeften van de aanbestedende dienst.*¹⁴⁷

153. Deze verruiming van het toepassingsgebied van deze procedure vertaalt zich in de volgende bepaling:¹⁴⁸

“a) met betrekking tot werken, leveringen of diensten die aan één of meer van de volgende criteria voldoen:

- i) er kan niet worden voorzien in de behoeften van de aanbestedende dienst zonder aanpassing van gemakkelijk beschikbare oplossingen;*
- ii) het betreft onder meer ontwerp- of innovatieve oplossingen;*
- iii) de opdracht kan niet worden gegund zonder voorafgaande onderhandelingen, wegens specifieke omstandigheden die verband houden met de aard, de complexiteit of de juridische en financiële voorwaarden of wegens de daaraan verbonden risico's;*
- iv) de technische specificaties kunnen door de aanbestedende dienst niet nauwkeurig genoeg worden vastgesteld op basis van een norm, Europese technische beoordelingen, een gemeenschappelijke technische specificatie of een technisch referentiekader in de zin van de punten 2 tot en met 5 van bijlage VII;*

b) met betrekking tot werken, leveringen of diensten waarvoor in het kader van een openbare of niet-openbare procedure alleen onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen worden ingediend. In dergelijke gevallen hoeven de aanbestedende diensten geen aankondiging van een opdracht te publiceren, indien zij tot de procedure uitsluitend alle inschrijvers toelaten die aan de criteria van artikel 57 tot en met 64 voldoen en die gedurende de voorafgaande openbare of niet -openbare procedure inschrijvingen hebben ingediend die aan de formele eisen van de aanbestedingsprocedure voldeden.

Met name inschrijvingen die niet voldoen aan de vereisten in de aanbestedingsstukken, die te laat zijn binnengekomen, waarbij aantoonbaar sprake is van ongeoorloofde afspraken of corruptie, of die door de aanbestedende dienst als abnormaal laag zijn beoordeeld, worden onregelmatig geacht. Met name inschrijvingen van inschrijvers die niet over de vereiste kwalificaties beschikken, en inschrijvingen waarvan de prijs het door de aanbestedende dienst begrote bedrag, vastgesteld en gedocumenteerd vóór de aanvang van de aanbestedingsprocedure, overschrijdt, worden als onaanvaardbaar beschouwd.”

¹⁴⁷ Overw. 43 Richtlijn 2014/24/EU

¹⁴⁸ Art. 26, lid 4 Richtlijn 2014/24/EU

154. Bovenstaande breed toepassingsgebied voor het gebruik van de mededingingsprocedure staat in schril contrast met artikel 26 §2 van de wet van 15 juni 2006, waarin de toepassingsmogelijkheden zeer stringent zijn opgesomd, namelijk in geval van:¹⁴⁹

- In het geval dat er enkel en alleen onregelmatige of onaanvaardbare offertes werden ingediend naar aanleiding van een open of beperkte procedure of concurrentiedialoog.¹⁵⁰ Daarnaast mogen de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht ook niet wezenlijk worden gewijzigd en tevens wanneer de aanbestedende overheid niet alle inschrijvers heeft geraadpleegd die aan de eisen inzake kwalitatieve selectie beantwoorden en die bij de eerste procedure een formeel regelmatige offerte hebben ingediend;
- In uitzonderlijke gevallen, wanneer het gaat om werken, leveringen of diensten, waarvan de aard of de onzekere omstandigheden verhinderen op voorhand een globale prijs vast te stellen;¹⁵¹
- Wanneer een opdracht van werken alleen onderzoek, proefnemings of ontwikkeling beoogt en niet als doel heeft winst te maken of de kosten voor onderzoek en ontwikkeling te dekken;¹⁵²
- Wanneer de aard van een dienst zodanig is dat de specificaties van de opdracht niet met voldoende nauwkeurigheid bepaald kunnen worden om de toewijzing toe te laten volgens de open of beperkte procedures;¹⁵³
- Opdrachten beneden de Europese drempels, die gereserveerd zijn voor beschutte werkplaatsen, sociale werkplaatsen of sociale inschakelingsondernemingen;¹⁵⁴
- Indien het geraamde bedrag voor de opdracht de nationale drempels niet overschrijdt.¹⁵⁵

155. Zoals reeds vermeld stond de Europese wetgever altijd argwanend tegenover de mogelijkheid tot onderhandelen van de aanbestedende dienst omdat deze procedure geen degelijke waarborgen biedt inzake transparantie, objectiviteit en mededinging zoals bij de open of beperkte aanbesteding of offerteaanvraag. Bijgevolg is het dan ook vreemd dat de Europese wetgever net het toepassingsgebied van deze procedure verruimt waardoor deze ook meer toegepast zal worden. Toch komt de Europese wetgever tegemoet aan deze angst. Zo pakt ze het vormvrije karakter van deze procedure aan door enkele verplichte procedurele voorschriften op te leggen, welke in het volgende deel zullen besproken worden.

¹⁴⁹ art. 26 §2 Wet Overheidsopdrachten

¹⁵⁰ Ibid. 1°

¹⁵¹ Ibid. 1° b)

¹⁵² Ibid. 2°

¹⁵³ Ibid. 3°; P., VERBEKE, *Overheidsopdrachten voor beginners*, Brugge, Die Keure, 2013, P64.

¹⁵⁴ Ibid. 1° C); P., VERBEKE, *Overheidsopdrachten voor beginners*, Brugge, Die Keure, 2013, P65.

¹⁵⁵ Ibid. 1° d)

4.4 MEDEDINGINGSPROCEDURE MET ONDERHANDELING

4.4.1 ALGEMEEN

156. De mededingingsprocedure met onderhandeling zoals de vroegere onderhandelingsprocedure met bekendmaking gedoopt wordt in de richtlijn 2014/24/EU voorziet echter wel in dergelijke procedurele voorschriften die het vormvrije karakter van de onderhandelingsprocedure aan banden legt.

157. Een eerste verplichting die de Europese wetgever oplegt is dat de aanbestedende overheid in de aanbestedingsstukken het voorwerp van de opdracht moet bepalen door vast te leggen wat de vereiste kenmerken van de werken, leveringen of diensten zijn en de gunningscriteria. Tevens moeten ook de minimumeisen waaraan alle inschrijvingen moeten voldoen worden vastgelegd.¹⁵⁶ Ook dient de verschaft informatie voldoende nauwkeurig en specifiek te worden omschreven om de marktdeelnemers in staat te stellen de aard en de omvang van de opdracht te bepalen en waardoor ze ook met voldoende kennis van zaken een beslissing kunnen nemen om eventueel deel te nemen aan de gunningsprocedure.¹⁵⁷

158. In artikel 29 lid twee van de richtlijn 2014/24/EU stelt de Europese wetgever dat enkel de door de aanbestedende dienst uitgenodigde ondernemers een inschrijving kunnen indienen. Deze bepaling is ook reeds opgenomen in artikel 55 van het Plaatsings KB.¹⁵⁸ Deze inschrijving zal dan de basis vormen voor verdere onderhandelingen. Tevens kan de aanbestedende dienst ook het aantal adequate gegadigden die worden uitgenodigd om deel te nemen aan de gunningsprocedure beperken. De aanbestedende dienst moet dan echter wel rekening houden met het minimum aantal gegadigden die moeten worden uitgenodigd. Het minimum aantal gegadigden dat voor de mededingingsprocedure met onderhandeling moet worden uitgenodigd zijn er drie.¹⁵⁹ Deze laatste vereiste is echter niet nieuw en geldt ook al voor de onderhandelingsprocedure met bekendmaking.¹⁶⁰

159. Op gebied van de onderhandelingsfase worden er door de richtlijn ook enkele verplichte procedurele voorschriften ingesteld. Zo zal de aanbestedende dienst onderhandelen met de inschrijvers over de eerste en de daaropvolgende inschrijvingen, met uitzondering van de definitieve inschrijving.¹⁶¹ Door deze onderhandelingen zal de aanbestedende dienst trachten de inhoud van de inschrijvingen te verbeteren en zo beter af te stemmen op haar eigen noden en zal

¹⁵⁶ art. 29 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ Art. 55 KB Plaatsing; C., DE KONINCK, P., FLAMEY, 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, 306.

¹⁵⁹ Art. 65 lid 2 Richtlijn 2014/24/EU

¹⁶⁰ Art. 58, §3 KB Plaatsing; B., LOMBAERT, M.; BELMESSIERI, O., DI GIACOMO, N., FRANCOIS, I., MATHY, M., THOMAS, *La passation des marchés publics dans les secteurs classiques commentaire article par article de l'arrêté royal passation du 15 juillet 2011*, Waterloo, Wolters – Kluwer, 2104, 275; C., DE KONINCK, P., FLAMEY, 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, 316.

¹⁶¹ Art. 29 lid 3 Richtlijn 2014/24/EU

zij proberen om het beste product tegen de beste prijs te verkrijgen.¹⁶² Het feit dat er niet meer mag worden onderhandeld over de definitieve inschrijving is echter wel een grote verandering ten opzichte van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking. In deze procedure staat het de aanbestedende dienst vrij om te bepalen hoe de onderhandelingsprocedure zou verlopen. De inschrijvers moeten echter allemaal dezelfde kansen krijgen zodat de mededinging kan worden gewaarborgd. De invoering van de procedurele waarborg in de mededingingsprocedure kan dus echter wel gezien worden als een verhoging van de rechtsbescherming, aangezien de inschrijvers nu finaal een definitieve inschrijving moeten neerleggen waar niet meer over onderhandeld kan worden zodat deze op gelijke wijze kunnen worden getoetst aan de gunningscriteria.

4.4.2 VERPLICHTING TOT ONDERHANDELEN

160. In de huidige procedure van onderhandeling met bekendmaking is het echter niet vereist dat er daadwerkelijk onderhandelingen plaats moeten vinden. In een arrest van 17 november 2009 heeft de Raad van State het volgende beslist: De destijds geldende wetgeving overheidsopdrachten, meer bepaald artikel 39 §2 stelde dat:¹⁶³

“ De overheidsopdrachten mogen eveneens gegund worden bij onderhandelingsprocedure, zonder naleving van de bekendmakingsregels bij de aanvang van de procedure, doch indien mogelijk, na raadpleging van meerdere aannemers, leveranciers of dienstverleners...”

De Raad van State besliste dat uit de bewoordingen *“indien mogelijk, na raadpleging van meerdere aannemers”* dat er geen onderhandelingsplicht in hoofde van de aanbestedende dienst was. Het mocht de aanbestedende dienst niet als schending van bovenstaande bepaling worden verweten, indien zij door analogie toepassing heeft gemaakt van de algemene principes uit het overheidsopdrachten recht en hierdoor toch de laagste regelmatige offerte als voordeligste aanbidding heeft beschouwd. Vanuit dit standpunt is het voeren van eigenlijke onderhandelingen dan ook overbodig.¹⁶⁴

161. Onder de nieuwe richtlijn is de aanbestedende dienst echter meer beperkt in zijn vrijheid om niet te onderhandelen. Het is de aanbestedende dienst enkel toegestaan om geen onderhandelingen te voeren indien hij zich in de aankondiging van de opdracht of de uitnodiging tot bevestiging van belangstelling deze mogelijkheid heeft voorbehouden.¹⁶⁵ Ook hier kunnen we weer stellen dat deze bepaling de rechtszekerheid van de gegadigden verhoogt aangezien ze op voorhand op de hoogte zijn van het feit dat de opdracht gegund kan worden met of zonder onderhandeling navenant deze bepaling is opgenomen in het bestek.

¹⁶² N., KIEKENS, “Verloop van de flexibele gunningswijzen”, in D., D’HOOGHE, *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 2016, 1267.

¹⁶³ RvS 17 november 2009, nr.106.939, Aqua Reno; Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, BS 22 januari 1994, err. BS 25 februari 1997.

¹⁶⁴ RvS 12 mei 2011, nr. 213.228, Strabag Belgium; RvS 18 januari 2000, nr.84.725, Fabricom air conditioning.

¹⁶⁵ Art. 29 lid 4 Richtlijn 2014/24/EU.

4.4.3 GUNNINGSCRITERIA

162. Een andere zeer belangrijke wijziging in de nieuwe richtlijn is dat men niet meer kan onderhandelen over de minimumeisen, de gunningscriteria en de weging van de gunningscriteria. In eerste instantie maakt artikel 29 lid 3 van de richtlijn enkel melding van de minimumeisen en de gunningscriteria.¹⁶⁶ Maar in considerans 45 van de richtlijn voegt de Europese wetgever daar nog de weging van de gunningscriteria aan toe, dit met het oog op de gelijke behandeling van alle ondernemers.¹⁶⁷

163. Dit is echter een vreemde keuze van de Europese wetgever aangezien deze met de nieuwe richtlijn net meer flexibiliteit in de hoofde van de aanbestedende dienst wil leggen. De aanbestedende dienst maakt net gebruik van deze flexibele gunningsmethode omdat zij op dat ogenblik niet in staat is om de technische middelen te bepalen die aan hun doelstellingen en behoeften voldoen.¹⁶⁸ Dan is dit alles behalve logisch dat zij net op voorhand de gunningscriteria moeten bepalen en het relatieve gewicht van deze, zonder daar later nog enige aanpassingen aan te mogen doorvoeren. Want net door deze onderhandelingen krijgt de aanbestedende dienst een beter zicht op de behoeften die zij hebben en de mogelijkheden die de ondernemingen kunnen bieden.

164. Toch kan men deze beslissing van de Europese wetgever in het kader van de rechtsbescherming beter begrijpen. Door de aanbestedende dienst op voorhand de gunningscriteria en het gewicht ervan te laten vastleggen en hen niet meer de mogelijkheid te geven om deze te wijzigen, is de ondernemer steevast van in het begin op de hoogte hiervan. Er kunnen zich dus ook geen wijzigingen meer voor doen die in het voordeel spelen van één welbepaalde onderneming. Hierdoor wordt dus door middel van toenemende transparantie de gelijkheid van de ondernemers op een zo groot mogelijke wijze gegarandeerd.

4.4.4 INFORMATIE EN GELIJKHEID

165. Tijdens de onderhandelingen dient de aanbestedende dienst steeds de gelijke behandeling van de inschrijvers te garanderen. Deze verplichting is van groot belang op gebied van informatie verstrekking. Artikel 29 lid 5 van de richtlijn bepaalt dat de aanbestedende dienst geen informatie op een discriminerende wijze mag verstrekken waardoor bepaalde inschrijvers bevoordeeld zouden kunnen worden. Ook mag er geen informatie onthouden worden door de aanbestedende dienst. Dit laatste is in de praktijk echter moeilijker, maar dit algemene principe kon al reeds worden afgeleid uit de bestaande wettelijke bepaling artikel 26 §3 wet 15 juni 2006.

166. Tevens stelt de Europese wetgever dat er ook een verplichting rust op de aanbestedende dienst om de vertrouwelijke informatie die zij heeft ontvangen van een gegadigde niet zonder toestemming aan een andere inschrijver mag meedelen. De toestemming mag niet van een algemene strekking zijn, maar moet toegespitst zijn op de bekendmaking van een specifieke

¹⁶⁶ Art. 29 lid 3, Richtlijn 2014/24/EU.

¹⁶⁷ Overw. 45, Richtlijn 2014/24/EU.

¹⁶⁸ C., DE KONINCK, P., FLAMEY, *Europees overheidsopdrachten recht: de nieuwe richtlijn overheidsopdrachten klassieke sectoren 2014/24/EU*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, nr42.

inlichting.¹⁶⁹ De Europese wetgever hecht echter zeer veel belang aan de vertrouwelijkheid van de informatie van de inschrijvers aangezien ze nog een apart artikel aan de vertrouwelijkheid heeft gewijd, namelijk artikel 21 van richtlijn 2014/24/EU. Toch bevat de huidige Belgische wetgeving overheidsopdrachten ook een redelijk uitgebreide vertrouwelijkheid van de informatie bepaling, meer bepaald artikel 11 van de wet 15 juni 2006.

167. Dit artikel 11 stelt het volgende:

"De aanbestedende overheid en elke persoon die, in het kader van zijn functie of van de hem toevertrouwde opdrachten, kennis heeft van vertrouwelijke informatie over een opdracht of die hem, in het kader van de plaatsing en uitvoering van de opdracht, door de kandidaten, inschrijvers, aannemers, leveranciers of dienstverleners werd verstrekt, mogen die informatie niet bekendmaken. Deze informatie heeft meer bepaald betrekking op de technische of commerciële geheimen en op de vertrouwelijke aspecten van de offertes.

De aanbestedende overheid kan eisen opleggen om het vertrouwelijke karakter te beschermen van de informatie die ze mededeelt aan de kandidaten en inschrijvers."

Dienaangaand bovenstaand artikel kunnen we stellen dat er op de aanbestedende dienst reeds een verplichting tot vertrouwelijkheid van informatie rustte, waardoor de rechten van de inschrijvers of gegadigden reeds goed beschermd werden en de gelijkheid en de eerlijke mededinging gegarandeerd zijn.

4.4.5 WIJZIGINGEN AANBESTEDINGSSTUKKEN

168. Indien de aanbestedende dienst wijzigingen aanbrengt in de technische specificaties of andere aanbestedingsstukken, met uitzondering van de minimum eisen die reeds zijn vastgelegd, dan worden alle inschrijvers wiens inschrijving niet is afgewezen hiervan schriftelijk op de hoogte gebracht. Na de wijzigingen moeten de aanbestedende diensten de inschrijvers voldoende tijd bieden om hun inschrijving aan te passen aan de wijzigingen, zodat zij opnieuw een passende inschrijving kunnen indienen.¹⁷⁰ Ook deze bepaling moet gezien worden in het licht van het garanderen van mededinging onder de inschrijvers.

4.4.6 ONDERHANDELINGEN IN OPEENVOLGENDE FASES

169. De aanbestedende dienst kan in het kader van de mededingingsprocedure met onderhandeling gebruik maken van de onderhandelingen in opeenvolgende fases. Op deze manier kan de men het aantal inschrijvingen waarmee onderhandelt moet worden verminderen door middel van de toepassing van de gunningscriteria uit de aankondiging van de opdracht, de uitnodiging tot bevestiging van belangstelling of een andere aanbestedingsdocument. De

¹⁶⁹ Art. 29 lid 5 Richtlijn 2014/24/EU

¹⁷⁰ Art. 29 lid 5 Richtlijn 2014/24/EU.

aanbestedende dienst moet echter wel op voorhand in deze documenten vermelden dat ze zich deze bevoegdheid voorbehoud en dat zij er mogelijk gebruik van kan maken.¹⁷¹

170. Op deze manier zijn de inschrijvers van in het begin op de hoogte van de mogelijkheid dat de aanbestedende dienst op voorhand inschrijvers kan uitsluiten op basis van de gunningscriteria.

4.5 RECHTSBESCHERMING

4.5.1 TRANSPARANTIE

171. De onderhandelingsprocedure met bekendmaking bevatte reeds een uitvoerig systeem van transparantie, volledig in overeenstemming met de draagwijdte van het transparantiebeginsel. Toch heeft de wetgever hier met de uitbreiding van het toepassingsgebied van de mededingingsprocedure met onderhandeling hier nog een schepje bovenop gedaan. Voorbeelden hiervan zijn de reeds besproken zoals de kennisgeving van de gewijzigde aanbestedingstukken¹⁷², de niet meer te wijzigingen gunningscriteria¹⁷³ en de voorafgaande vermelding tot mogelijkheid van onderhandelingen in opeenvolgende fases¹⁷⁴ of zelfs het niet voeren van onderhandelingen¹⁷⁵. Deze extra verplichte vermeldingen bieden de geïnteresseerden meer transparantie dan de 'oude' gunningsprocedure en meer rechtswaarborgen op mededinging.

172. Daarnaast voorziet de mededingingsprocedure met onderhandeling nog steeds in een publicatie verplichting zoals de onderhandelingsprocedure met bekendmaking zodat in overeenstemming met het transparantiebeginsel alle geïnteresseerden de kans hebben om hun belangstelling voor de opdracht te tonen. In dit opzicht wijzigt de nieuwe richtlijn niets op gebied van rechtsbescherming inzake transparantie.

173. Tevens bevat richtlijn 2014/24/EU inzake de mededingingsprocedure met onderhandeling nog een specifieke transparantie bepaling, meer bepaald in de 45^{ste} overweging. Deze stelt namelijk dat met het oog op de transparantie en de traceerbaarheid van het proces, alle fases gedocumenteerd moeten worden. Daarnaast moeten ook alle inschrijvingen gedurende de gehele procedure schriftelijk worden ingediend. Deze laatste bepaling kon men ook reeds in de huidige wetgeving overheidsopdrachten terug vinden, namelijk artikel 51 §2 van het Koninklijk besluit van 15 juli 2011 betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren. Het onderstreept echter het belang van de transparantie voor de overheidsopdrachten.

174. De invoering van de extra procedurele waarborgen en de daarmee gepaarde gaande transparantie zijn een extra waarborg van de wetgever tegenover onderhandelingen. Het ontbreken van maximale objectiviteit en mededinging in deze procedure wordt nu gecounterd door de verhoogde transparantie. Deze transparantie bepalingen passen ook volledig in het kader van het transparantiebeginsel, de verhoogde transparantie maakt een betere controle op de correcte

¹⁷¹ Art. 29 lid 6 Richtlijn 2014/24/EU.

¹⁷² Infra. 171

¹⁷³ Infra. 165

¹⁷⁴ Infra. 172

¹⁷⁵ Infra. 164.

toepassing van de gunningsprocedure mogelijk. De verhoogde transparantie in deze gunningsprocedure heeft ontegensprekelijk een positieve invloed op de rechtsbescherming.

4.5.2 MEDEDINGING

175. Het rechtsbeginsel van mededinging houdt in dat iedereen gelijke kansen moeten worden geboden om de opdracht in de wacht te slepen. Om de mededinging te concretiseren moeten in beginsel alle opdrachten bekend gemaakt worden, zodat alle mogelijke geïnteresseerden de gelegenheid hebben om kennis te nemen van de opdracht. Dit principe is nog steeds van toepassing op de mededingingsprocedure met onderhandeling, waarvoor nog steeds een publicatie verplichting geldt, in dit opzicht wijzigt de nieuwe richtlijn niets.

176. De onderhandelingsprocedure met bekendmaking bevatte minder waarborgen op mededinging dan de open aanbesteding of de open offerte. Dit omdat de aanbestedende overheid de mogelijkheid heeft om slechts enkele inschrijvers te selecteren en vervolgens met hun te onderhandelen over de gunningscriteria en voorwaarden van de overeenkomst. Bijgevolg bestond er zoals reeds beschreven de mogelijkheid dat het gelijkheidsbeginsel werd geschonden en dat vervolgens ook de mededinging niet volledig kon worden gegarandeerd. Het is ook omwille van deze mindere mate van rechtsbescherming dat het toegangsgebied van deze gunningsprocedure beperkt was tot een limitatief opgesomde lijst in de wet.

177. De mededingingsprocedure met onderhandeling heeft dan wel een groter toepassingsgebied maar bevat door de bijkomende procedurele voorschriften ook meer rechtswaarborgen die de mededinging garanderen. Bijgevolg kunnen we stellen dat hoewel men deze procedure meer gaan kunnen toepassen in de toekomst, dit geen afbreuk doet aan de mededinging, integendeel. De opdrachten die via deze procedure worden gegund genieten een grotere waarborg op mededinging dan voorheen.

4.6 GEVOLGEN

178. Doordat de mededingingsprocedure met onderhandeling veel minder vormvrij is dan de onderhandelingsprocedure met bekendmaking, neemt natuurlijk het gevaar toe dat tijdens het verloop van de gunningsprocedure inbreuken worden begaan tegen een of meer procedureregels met schorsings- en vernietigingsprocedures tot gevolg.¹⁷⁶ Daaruit volgt dat aanbestedende overheden nu meer nauwkeurigheid en zorgvuldigheid aan de dag zullen moeten leggen wanneer ze een beroep doen op deze gunningswijze.

4.7 TUSSENCONCLUSIE

179. Er is heel wat veranderd in de onderhandelingsprocedure met bekendmaking, het toepassingsgebied, de procedurele vormvoorschriften en zelfs de naam zijn aangepast door richtlijn 2014/24/EU. Zoals reeds besproken wordt het toepassingsgebied van de

¹⁷⁶ C., DE KONINCK, P., FLAMEY, *Europees overheidsopdrachten recht: de nieuwe richtlijn overheidsopdrachten klassieke sectoren 2014/24/EU*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, nr.41.

mededingingsprocedure gevoelig uitgebreid ten opzichte van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking. Door de ruimere omschrijving zullen de aanbestedende diensten in meer situaties beroep kunnen doen op deze flexibele gunningswijze. Maar wat de Europese wetgever langs de ene kant op het gebied van toepassingsgebied geeft neemt ze aan de andere kant op gebied van vormvrijheid weer terug.

180. De Europese wetgever roept een halt toe aan het vormvrije karakter van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking. Men introduceert een aantal procedurele vormvoorschriften die dit vormvrije karakter ondermijnen. Door de invoering van deze procedurele vormvoorschriften moet deze gunningsprocedure een betere waarborg garanderen voor de naleving van het transparantiebeginsel en de mededinging. Verschillende van deze bepalingen zijn reeds aanwezig in de huidige nationale wetgeving overheidsopdrachten en brengen dus geen grotere verandering met zich mee. Maar algemeen gezien kunnen we de invoering van deze verplichte procedurele vormvoorschriften zien als een toename in de preventieve rechtsbescherming van de belanghebbende in deze gunningsprocedure.

5 WIJZIGINGEN VAN OVERHEIDSOPDRACHTEN

5.1 SITUERING

181. Tijdens de uitvoering van een overheidsopdracht komt het vaak voor dat de aanbestedende overheid enkele zaken wenst te wijzigingen aan de opdracht ten opzichte van de omschrijving van de opdracht in de opdrachtdocumenten. Dit kan voort vloeien uit een gewijzigde nood van de opdrachtgever, maar veelal zal het om een technische wijziging gaan. Voorbeelden van dergelijke technische wijzigingen zijn bijvoorbeeld het gebruik van een ander materiaal dan oorspronkelijk voorzien, of het gebruik van een andere hoeveelheid.

182. De wijziging van de opdracht is een overkoepelende term. Deze omvat zowel het uitvoeren van aanvullende werken, leveringen of diensten die om technische en economische redenen beter aan de zelfde aannemer worden gegund, verlengingen of herhalingen van opdrachten, eenzijdige wijzigingsbevelen¹⁷⁷ en wijzigingen door uitvoeringsproblemen.¹⁷⁸ De wetgeving voorziet in een wettelijk kader met te volgen voorschriften en procedures voor overheden om dergelijke wijzigingen door te voeren.

183. Veelal zal er geen gunningsprocedure moeten worden gevolgd of wordt er gebruik gemaakt van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. De aannemer die de oorspronkelijk opdracht heeft toegewezen gekregen zal deze wijzigingen doorvoeren en wordt vervolgens vergoed voor de meerkost die dergelijke wijzigingen met zich meebrengen. Op het eerste zicht lijken dit onbeduidende wijzigingen maar toch hebben deze wijzigingen een invloed op het contractueel kader en meer bepaald op de prijs. De kosten voor dergelijke wijzigingen kunnen dan ook snel oplopen tot aanzienlijke bedragen.

184. Het Rekenhof publiceert regelmatig een verslag over de kostenbeheersing bij aannemingen. Uit deze verslagen blijkt dat meerwerkpercentages tot 100% geen uitzondering zijn.¹⁷⁹ Uit datzelfde verslag blijkt dat in 2010 het totale bedrag van aanbestedingen uitgaande van de Maritieme Dienstverlening en kust met 53,4 % werd vermeerderd omwille van wijzigingen.¹⁸⁰ Met andere woorden, er werd voor één derde van de totale aannemingen van MDK in 2010 geen beroep gedaan op de mededinging. In het verslag van 2014 haalt het Rekenhof ook aan wat er nog overblijft van de wettelijk vastgelegde beginselen van de forfaitaire prijs en mededinging naar

¹⁷⁷ Art. 37 Koninklijk Besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken, *BS* 14 januari 2013. (hierna: AUR)

¹⁷⁸ J., GEERTS, S., VERHOEVEN, "De mogelijkheid tot 'wijziging' van een overheidsopdracht in uitvoering. Tijd voor een nieuwe benadering van Preetext", *T. Gem.* 2014/4, nr.2.

¹⁷⁹ Verslag van het Rekenhof aan het Vlaams parlement, Parl. St. VI. Parl. 2014, nr. 37/1. P18; Verslag van het Rekenhof aan het Vlaams parlement, Parl. St. VI. Parl. 2005-2006, nr. 37-F/1. P16.

¹⁸⁰ Verslag van het Rekenhof aan het Vlaams parlement, Parl. St. VI. Parl. 2014, nr. 37/1. P18.

aanleiding van een meerwerkpercentage van 214% ten opzichte van het oorspronkelijke aanbestedingsbedrag.¹⁸¹

185. Deze situatie was schering en inslag in het overheidsopdrachten recht. Er was wel een wettelijke regeling voorzien om wijzigingen in de overheidsopdracht te kaderen maar deze is beperkt. Tot het Hof van Justitie op 19 juni 2008 het baanbrekende arrest *Presstext Nachrichtenagentur* velde. Dit baanbrekende arrest zorgde voor een omwenteling in het overheidsopdrachten recht. De principes uit dit arrest zijn vervolgens gecodificeerd door artikel 72 van Richtlijn 2014/24/EU, zij het met een aantal nuances.

5.2 ARREST PRESSETEXT NACHRICHTAGENTUR

186. De feiten betreffende het hoofding zijn de volgende. Na de tweede wereldoorlog werd in Oostenrijk het APA opgericht onder de vorm van een coöperatieve vennootschap.¹⁸² Bijna alle Oostenrijkse dagbladen en de Oostenrijkse omroep ORF waren lid van deze coöperatie. APA was stevig marktleider op de Oostenrijkse markt van nieuwsagentschappen ten behoeve van de Oostenrijkse staat.

187. In 1994 sloten APA en de Oostenrijkse staat een overeenkomst voor het gebruik van de databank en archieven van het APA en het verspreiden van persberichten. Voor deze diensten werden een bepaalde vergoeding in de overeenkomst opgenomen. Maar door de omschakeling van de lokale munteenheid naar de Euro en de toenemende digitalisering van het medialandschap, werd de basis overeenkomst herhaaldelijk gewijzigd. Onder deze wijzigingen bevonden zich ook prijs wijzigingen. In 2004 stelde een concurrerend persagentschap een vordering in tegen de wijzigingen aan deze overeenkomst.

188. Het Hof besliste hierin dat voor het garanderen van de transparantie van de procedures en de gelijke behandeling van de inschrijvers, dergelijke wezenlijke wijzigingen van bepalingen van de overeenkomst tijdens de geldingsduur van de overeenkomst een nieuwe opdracht vormen.¹⁸³ Een wijziging van de oorspronkelijk opdracht wordt als wezenlijk beschouwd wanneer dergelijke wijzigingen indien ze waren opgenomen in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure, zouden hebben geleid tot de toelating van andere inschrijvers of de keuze voor een andere offerte.¹⁸⁴

¹⁸¹ Verslag van het Rekenhof aan het Vlaams parlement, Parl. St. VI. Parl. 2014, nr. 37/1. P18; J., GEERTS, S., VERHOEVEN, "De mogelijkheid tot 'wijziging' van een overheidsopdracht in uitvoering. Tijd voor een nieuwe benadering van *Presstext*", *T. Gem.* 2014/4, nr 11.

¹⁸² HvJ 19 juni 2008, nr. C-454/06, ECLI:EU:C:2008:351, 'Presstext', nr. 8.

¹⁸³ *Ibid* 34; C., DE KONINCK, *Encyclopedie van het overheidsopdrachtrecht*, Mechelen, Wolters – Kluwer, 2010, 550.

¹⁸⁴ *Ibid* 35.

189. Met deze beslissing verklaarde het Hof van Justitie dat de principes van mededing, gelijkheid en transparantie niet alleen gelden in de gunningsfase, maar dat deze ook uitwerking vinden nadat de overheidsopdracht is gesloten en zich reeds in uitvoering bevindt.¹⁸⁵

5.3 BELGISCHE WETGEVING

190. In beginsel worden overheidsopdrachten gegund op basis van een omschreven opdracht en forfaitaire prijs.¹⁸⁶ Toch hebben overheden de mogelijkheid om de opdracht te wijzigen, dit kan eenzijdig of op basis van onderling overleg.

191. De eenzijdige wijzigingen worden gereguleerd door de AUR¹⁸⁷. Het AUR bevat de voorwaarden wanneer een overheid de opdracht mag wijzigen en de procedure die ze dient te hanteren ingeval van wijziging.¹⁸⁸ Deze bepalingen bevatten veelal een 'de minimis regeling' zodat de overheid de opdracht mag wijzigingen in de omschreven omstandigheden zonder dat er een nieuwe gunningsprocedure dient aangewend te worden. Deze 'de minimis drempels' worden gehanteerd omwille van het beperken van de administratieve procedures die de overheden dienen te hanteren bij de gunning van een nieuwe opdracht. Opmerkelijk is wel dat slechts elke afzonderlijke wijziging onder deze drempel dient te blijven, bijgevolg kunnen verschillende opeenvolgende wijzigingen het totale project bedrag de hoogte in jagen.

192. De wijziging van de opdracht in onderling overleg wordt geregeld in artikel 26 §1 wet overheidsopdrachten 15 juni 2006. De wijziging in onderling overleg zijn voornamelijk aanvullende werken of diensten. In de huidige wetgeving worden de aanvullende werken in feite niet aanzien als een wijziging maar als een nieuwe opdracht. De aanbestedende overheid zal dan via de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking de opdracht kunnen gunnen. Veelal zijn deze aanvullende werken nodig voor de volledige afwerking van de opdracht zodoende dat we in weze toch kunnen spreken van een wijziging van de opdracht.

193. De wijzigingen van overheidsopdrachten is onder de huidige wetgeving een vrij gesloten systeem, indien de opdrachten onder 'de minimis drempel' vallen dient er geen nieuwe gunningsprocedure te worden opgezet. In geval van aanvullende werken kan men beroep doen op de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, in beide gevallen is er dus geen bekendmaking en kan er dus niet worden gesproken van een maximale mededinging.

¹⁸⁵ J., GEERTS, S., VERHOEVEN, "De mogelijkheid tot 'wijziging' van een overheidsopdracht in uitvoering. Tijd voor een nieuwe benadering van Pressetext", *T. Gem.* 2014/4, nr 15; K., WAUTERS, K., MAN, "De wijzigingen van overheidsopdrachten en andere overheidsovereenkomsten: een Europees sausje?", *CDPK* 2010, 144.

¹⁸⁶ Art. 6 Wet overheidsopdrachten

¹⁸⁷ AUR; M., SCHOUPS, K., LEMMENS, "Wijzigingen van overheidsopdrachten: rechtmatigheid en rechtsgevolgen", in C., DE KONINCK, P., FLAMEY, P., THIEL, B., DEMEULENAERE (eds.), *Jaarboek overheidsopdrachten 2011 - 2012*, Brussel, EBP, 2012, 26.

¹⁸⁸ Zie J., GEERTS, S., VERHOEVEN, "De mogelijkheid tot 'wijziging' van een overheidsopdracht in uitvoering. Tijd voor een nieuwe benadering van Pressetext", *T. Gem.* 2014/4.

5.4 RICHTLIJN 2014/24/EU

194. De 'oude' overheidsopdrachten richtlijn 2004/18/EG¹⁸⁹ bevatte geen bepalingen omtrent de wijziging van de opdracht, niet onlogisch aangezien de overheidsopdrachten zich slechts beperken tot de gunning van overheidsopdrachten. Maar met de 'nieuwe' richtlijn overheidsopdrachten komt hier verandering in, deze richtlijn codificeert de pressetext benadering in artikel 72 van de richtlijn.

195. Artikel 72 van de richtlijn 2014/24/EU bepaalt enkel de voorwaarden waaronder een wijziging al dan niet als een nieuwe opdracht dient beschouwd te worden. Onder wijzigingen dienen zowel de eenzijdige als de in onderling overleg bedoelde wijzigingen te worden begrepen.

196. Onder lid 1 en 2 van het desbetreffende artikel worden de mogelijkheden opgesomd wanneer de aanbestedende overheid de opdracht mag wijzigingen zonder daarvoor een nieuwe gunningsopdracht uit te schrijven. Daarnaast creëert de Europese wetgever met artikel 72 lid 1, e) een vangnet bepaling, namelijk de wezenlijke wijziging. Indien er sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht dient de aanbestedende dienst een nieuwe opdracht uit te schrijven. Het is vooral met betrekking tot de wezenlijke wijziging dat het arrest pressetext van belang is maar het is ook een katalysator geweest voor de gehele thematiek van de wijziging van de opdracht.

5.4.1 WEZENLIJKE WIJZIGING

197. In het arrest pressetext maakte het Hof van Justitie voor de eerste maal gebruik van het begrip wezenlijke wijziging van een opdracht. In dit arrest somt het Hof dan ook enkele gevallen op van wezenlijke wijzigingen, deze zijn vervolgens dan ook opgenomen in artikel 72, 4 van de richtlijn 2014/24/EU.¹⁹⁰ Men spreekt van wezenlijke wijzigingen indien:

- De wijziging voorziet in de invoering van voorwaarden die, als zij deel hadden uitgemaakt van de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure, de toelating van andere dan de aanvankelijk geselecteerde gegadigden had mogelijk gemaakt, of dat men hierdoor de keuze voor een andere offerte dan de oorspronkelijk gekozen had gemaakt;
- De wijziging het economisch evenwicht van de opdracht of de raamovereenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die niet in de oorspronkelijke opdracht is voorzien.
- De wijziging leidt tot een aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied van de opdracht of raamovereenkomst.
- De situatie waarin een nieuwe aannemer in de plaats komt van de oorspronkelijke aannemer, in andere gevallen dan de in lid 1, d) vernoemde situaties.

¹⁸⁹ Richtlijn 2004/18/EG

¹⁹⁰ HvJ 19 juni 2008, nr. C-454/06, ECLI:EU:C:2008:351, 'Pressetext', 35-37.

5.5 RECHTSBESCHERMING

5.5.1 TRANSPARANTIE

198. Op de toepassing van de wetgeving inzake wijziging van een opdracht onder de huidige Belgische wetgeving is in beginsel geen controle mogelijk. De aanbestedende dienst die de opdracht heeft gegund en vervolgens – zowel eenzijdig of in onderling overleg – de opdracht wijzigt zal zelf eerst nagaan of er überhaupt sprake is van een nieuwe opdracht. Veelal zal de wijziging onder 'de minimis drempel' vallen, ofwel maakt men er steeds kleine wijzigingen van zodat ze onder 'de minimis drempel' vallen, zodoende dat zij geen nieuwe opdracht moeten uitschrijven maar dat zij de opdracht rechtstreeks onderhands kunnen geven aan de uitvoerende opdrachtnemer dit om een administratief zware procedure te vermijden.

199. Hetzelfde geldt voor de wijziging in onderling overleg, deze veelal aanvullende werken worden vervolgens gegund via de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Juridisch is dit volledig correct en in overeenstemming met het transparantiebeginsel, dat enkel vereist dat er een passende mate van transparantie aan de dag wordt gelegd. Het houdt geenszins een verplichte bekendmaking in. Toch voelt dit niet helemaal correct aan, men mag wijzigingen tot 50% van de het bedrag van de hoofdopdracht gunnen aan enkel door de aanbestedende overheid gecontacteerde aannemers. De aanbestedende overheid geniet hier zeer veel vrijheid en mogelijke ruimte voor favoritisme. Controle uitoefenen op dergelijke wijzigingen is zonder bekendmaking echter bijna onmogelijk. Als buitenstaander kan men enkel wijzigingen opmerken indien deze zichtbaar merkbaar zijn zoals bijvoorbeeld een extra gebouw.

200. Artikel 72 van de richtlijn zorgt hier echter voor een verandering in de wetgeving. Indien er een wijziging van de opdracht noodzakelijk is in het kader van aanvullende werken dan mag deze nog steeds via het oude systeem gegund worden, maar de aanbestedende overheid moet echter wel een aankondiging maken dat zij de opdracht heeft gewijzigd.¹⁹¹ Deze verplichte bekendmaking geldt ook voor wijzigingen die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien en welke wijziging geen verandering in de algemene aard van de opdracht met zich meebrengt en indien de waarde van de wijziging niet hoger is dan 50 procent van de waarde van de oorspronkelijke opdracht.¹⁹² Deze bekendmakingsverplichting omvat een aankondiging van de wijziging in het publicatieblad van de Europese Unie.¹⁹³ Op deze manier kunnen derden kennis nemen van wijzigingen die een aanbestedende overheid doorvoert. Voorheen was dit echter bijna onmogelijk om wijzigingen vast te stellen. Men moest in dat geval kennis hebben van het dossier en de wijzigingen moesten waarneembaar zijn.

201. Toch kan men stellen dat er reeds een soort van bekendmakingsplicht bestond onder de oude wetgeving, namelijk op basis van het transparantiebeginsel. Een van de aspecten van het transparantiebeginsel is namelijk dat zij de controle op de regelmatigheid van de procedure

¹⁹¹ art. 72, 1 b) Richtlijn 2014/24/EU.

¹⁹² *ibid.* C)

¹⁹³ art. 72 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU

mogelijk moet maken.¹⁹⁴ In die zin kunnen we dus stellen dat er in feite reeds een bekendmakingsplicht rust op de aanbestedende dienst om dergelijke wijzigingen bekend te maken en zo een passende mate van openbaarheid te creëren. In de praktijk vindt dit aspect van het transparantiebeginsel weinig uitwerking omdat andere gegadigden hier ook niet van op de hoogte zijn omdat het in principe niet merkbaar is dat er wijzigingen aan de opdracht worden doorgevoerd.

202. Bijgevolg kunnen we dus stellen dat de richtlijn in principe geen extra rechtsbescherming creëert op gebied van transparantie. Natuurlijk blijft de vraag of de aanbestedende overheden deze in de richtlijn opgenomen bekendmakingsplicht ook zullen naleven.¹⁹⁵ Desalniettemin draagt de codificatie van deze verplichting bij tot duidelijkheid en rechtszekerheid. In dit opzicht kan men dus wel spreken van een toename van de rechtsbescherming.

5.5.2 MEDEDINGING

203. Gunningprocedures zorgen dat de mededinging maximaal kan spelen tijdens de gunning van een overheidsopdracht. Het is bijgevolg dan ook zinloos om de mededinging te maximaliseren in de gunning maar deze niet te garanderen in de uitvoering van de opdracht.¹⁹⁶ In dat geval zou een inschrijver die bij voorbaat weet heeft dat de opdrachtgever zeer inschikkelijk is, met een zeer concurrentiele prijs inschrijven met de zekerheid in het achterhoofd dat er nog rendabele wijzigingen aan de opdracht kunnen worden doorgevoerd. Met andere woorden moet er dus een soort van garantie voorhanden zijn om na de gunning van de opdracht de overheid te verplichten om geen onwettige afwijkingen qua prijs, termijn of dergelijke toe te staan. Anders zou de gelijkheid onder de inschrijvers die de mededinging moet garanderen tijdens de gunning van de opdracht volledig teniet worden gedaan. Bijgevolg vindt het mededingingsbeginsel niet alleen uitwerking tijdens de gunningsfase maar ook tijdens de uitvoeringsfase.¹⁹⁷

204. In het geval van aanvullende werken, diensten of leveringen bevat de richtlijn 2014/24/EU nog een nieuwe bepaling, namelijk een anti-misbruik bepaling. De aanvullende werken, leveringen en diensten maken geen nieuwe opdracht uit indien de prijsverhoging niet hoger is dan 50 procent van het bedrag van de oorspronkelijke opdracht. Deze beperking geldt voor elke afzonderlijke wijziging, zo mag elke wijziging op zich niet meer dan 50 procent bedragen. Hierdoor was het echter nog mogelijk dat één aannemer de prijs de hoogte in kan jagen door steeds kleine wijzigingen door te voeren die onder de drempel van 50 procent blijven. Maar art. 72, 1 b) bevat nu een anti misbruik bepaling, die stelt dat de opeenvolgende wijzigingen niet mogen worden gebruikt om de richtlijn te omzeilen.¹⁹⁸ Deze bepaling in combinatie met de bekendmakingsverplichting maakt het nu voor benadeelden mogelijk om mogelijke misbruiken aan de kaak te stellen. Voorheen waren mogelijke benadeelden niet op de hoogte van deze misbruiken

¹⁹⁴ S., ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Londen, Thomson, Sweet & Maxwell, 2004, 127-128.

¹⁹⁵ C., DE KONINCK, P., FLAMEY, *Europees overheidsopdrachten recht: de nieuwe richtlijn overheidsopdrachten klassieke sectoren 2014/24/EU*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, 97.

¹⁹⁶ C., DE KONINCK, *Encyclopedie van het overheidsopdrachtenrecht*, Mechelen, Wolters – Kluwer, 2010, 550.

¹⁹⁷ HvJ 19 juni 2008, nr. C-454/06, ECLI:EU:C:2008:351, 'Presetext'.

¹⁹⁸ Art. 72, 1 b) Richtlijn 2014/24/EU

waardoor ze zich hier niet tegen konden verzetten. Maar door deze bepaling wordt de gelijkheid onder de gegadigden gewaarborgd, deze gelijke behandeling draagt bij tot een eerlijk concurrentie.

205. De criteria van de wezenlijke wijziging dient als vangnet bepaling voor wijziging die niet onder de uitzonderingen van artikel 72 vallen.¹⁹⁹ Indien men voldoet aan één of meer van de voorwaarden van artikel 72, 4 dan is er sprake van een wezenlijk wijziging en moet er voor de wijziging een nieuwe gunningsprocedure worden opgezet. Doordat de voorwaarden voor een wezenlijke wijziging nu duidelijk zijn opgenomen in een bepaling is het eenvoudiger om hier aan te toetsen, bijgevolg kan men nu beter opkomen tegen mogelijke misbruiken. Dit verhoogt de eerlijke concurrentie en dus kan de codificatie van de wezenlijke wijziging gezien worden als een toename van de rechtsbescherming.

5.6 TUSSENCONCLUSIE

206. De bepalingen omtrent de wijziging van de opdracht zijn compleet nieuw voor de Europese wetgever. Sinds het arrest *Pressetext* zijn de rechtsbeginselen van het overheidsopdrachtenrecht niet alleen van toepassing op de gunning maar ook op uitvoering van de overheidsopdracht. Dit is ook zeer logisch aangezien het zinloos zou zijn om de mededinging in de gunning te maximaliseren maar deze niet te laten spelen bij de uitvoering. Bijgevolg voorziet de nieuwe richtlijn dan ook in een nieuw kader met betrekking tot de wijziging van de overheidsopdracht.

207. Een belangrijke nieuwigheid is de bekendmakingsverplichting ingeval van aanvullende werken en de wijzigingen die onder artikel 72 lid 1 c) vallen. Indien de aanbestedende overheid een wijziging wenst door te voeren dient zij deze te publiceren, zodoende dat derden kennis kunnen nemen van wijzigingen, en bijgevolg dus ook controle hierop kunnen uitoefenen. Dit in combinatie met de anti-misbruik bepaling uit artikel 72 lid 1 c, die stelt dat de opeenvolgende wijzigingen de richtlijn niet mogen omzeilen is een sterke rechtswaarborg op gebied van mededinging.

208. Tenslotte is er ook nog de vangnet bepaling van artikel 72 lid 1 e), ingeval van een wezenlijke wijziging moet men een nieuwe gunningsprocedure instellen voor de wijziging. Door het feit dat er nu duidelijke voorwaarden zijn waaraan de wijziging moet getoetst worden, kan men ook adequater opkomen tegen mogelijke misbruiken. Hieruit moet dus geconcludeerd worden dat het globale kader dat de wijzigingen inzake overheidsopdrachten regelt meer rechtsbescherming biedt dan voorheen.

¹⁹⁹ Art. 72 Richtlijn 2014/24/EU.

6 CONCLUSIE

209. De overheidsopdrachtenregelgeving is een zeer complexe materie, zowel op nationaal als op Europees niveau. Eén van de oorzaken van deze complexiteit is terug te vinden in de immer wijzigende doelstellingen die men wenst na te streven. Toch is er een constante terug te vinden door heen de verschillende wetgevende documenten, meer bepaald rechtsbescherming. De rechtsbescherming inzake overheidsopdrachten bestaat niet enkel in het afdwingbaar karakter van juridische bepalingen maar ook in het preventieve karakter. De wetgeving moet in de nodige waarborgen voorzien.

210. In de wetgevende documenten voorafgaand aan richtlijn 2014/24/EU stelt de Europese Commissie duidelijk nieuwe doelen voor de wetgeving overheidsopdrachten. Zo moeten de aanbestedende diensten hun middelen niet alleen efficiënter aanwenden, er moeten ook meer niet-economische doelstellingen worden nagestreefd. Toch moet dit alles gebeuren tegen de achtergrond van mededinging en transparantie. De Europese Commissie onderstreept dan ook meermaals het belang van deze twee kernwaarden, ze vormen leidende beginselen doorheen de wetgeving overheidsopdrachten.

211. Transparantie vormt een kernelement in de rechtsbescherming, door middel van transparantie kan men de mededinging laten spelen en tevens de toepassing van de wetgeving controleren. Zo kan men voorkomen dat er misbruiken plaatsvinden. De richtlijnen inzake overheidsopdrachten bevatten verschillende bepalingen om de transparantie te waarborgen. Daarnaast vormt de transparantie ook een specifiek rechtsbeginsel voor de wetgeving overheidsopdrachten. Men wordt geacht om de wetgeving te interpreteren zodat zij een passende mate van transparantie voorziet. Dit specifiek rechtsbeginsel vindt enkel toepassing binnen het kader van de overheidsopdrachten, het is nog te vroeg om te spreken van een algemeen rechtsbeginsel.

212. De codificatie van de Teckal rechtspraak is een belangrijke wijziging in richtlijn 2014/24/EU. De wetgeving overheidsopdrachten die voorziet in waarborgen voor het garanderen van mededinging en transparantie wordt door de in-house bepaling buiten spel gezet. Hierdoor worden verschillende opdrachten onttrokken aan enige vorm van transparantie. Omwille van het specifieke karakter van het beginsel van transparantie vindt deze geen uitwerking bij de in-house opdrachten aangezien deze geen overheidsopdrachten uitmaken. Bijgevolg heeft de richtlijn dus geen invloed op het gebied van transparantie, toch kan men hier stellen dat er zich een probleem van rechtsbescherming stelt wat betreft de in-house opdrachten.

213. Dit in tegenstelling tot de mededingingsprocedure met onderhandeling, de 'oude' procedure werd reeds gekenmerkt door een zekere mate van transparantie. Toch was hier er omwille van de vormvrije karakter van de procedure steeds een risico op mogelijke misbruiken. Door de invoering van de bijkomende procedurele waarborgen verhoogt men de transparantie en dus ook de daarmee gepaard gaande rechtsbescherming.

214. Met betrekking tot de wijziging van overheidsopdrachten was er echter weinig sprake van transparantie. Wijziging vielen veelal onder de drempels zodat geen nieuwe aanbestedingsprocedure moest worden gebruikt of de opdrachten werden gegund via een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Richtlijn 2014/24/EU voorziet nu in bepaalde gevallen in een bekendmakingsverplichting zodat de transparantie in beginsel zou moeten toenemen.

215. Mededinging of eerlijke concurrentie wordt onder andere bewerkstelligd door transparantie. Het is mededinging die ervoor zorgt dat iedere belangstellende een eerlijke kans krijgt op het in de wacht slepen van een opdracht. Mededinging zorgt er tevens voor dat de aanbestedende overheid zich niet schuldig maakt aan favoritisme en dat zij de beste prijs krijgt voor een opdracht. Net zoals bij transparantie is het doel van de wetgeving overheidsopdrachten om mededinging te garanderen.

216. De codificatie van de in-house opdrachten zorgt echter voor een ondermijning van de mededinging. De toepassing van de in-house opdrachten werd voorheen zeer restrictief toegepast vanwege het uitzonderingskarakter van de maatregelen. Onder artikel 12 van de richtlijn wordt het toepassingsgebied van de in-house opdrachten echter uitgebreid met de omgekeerde en horizontale in-house opdracht. Hierdoor worden er meer opdrachten onttrokken aan de mededinging dan voorheen. Dit doet echter afbreuk aan de rechtsbescherming.

217. De onderhandelingsprocedure met bekendmaking vormde echter een uitzonderingsprocedure omdat er toch enig risico bestond dat deze procedure niet dezelfde waarborg biedt inzake objectiviteit, mededinging en transparantie dan bijvoorbeeld de aanbesteding of offerteaanvraag. Vanwege het uitzonderingskarakter kon men deze procedure enkel aanwenden in de door de wet limitatief opgesomde gevallen. Richtlijn 2014/24/EU brengt hier echter verandering in, het toepassingsgebied van de mededingingsprocedure met onderhandeling wordt gevoelig uitgebreid naar in feite alle niet standaard oplossingen.

218. De uitbreiding van het toepassingsgebied vormt mogelijk een risico voor de mededinging, toch komt de Europese Wetgever hieraan te gemoed. De mededingingsprocedure met onderhandeling bevat enkele procedurele vormvoorschriften die het vormvrije karakter van deze gunningsprocedure ongedaan maken. Deze procedurele vormvoorschriften bieden een beter waarborg inzake transparantie om de mededinging te maximaliseren. Deze procedure biedt nog steeds niet dezelfde waarborgen als een aanbesteding of een offerteaanvraag maar in het kader van de nood aan flexibelere aanbestedingsprocedures kunnen we toch stellen dat de rechtsbescherming in deze procedure is toegenomen.

219. Door het gebrek aan transparantie blonk de procedure van wijziging van overheidsopdrachten niet uit in waarborgen met betrekking tot mededinging. Richtlijn 2014/24/EU schept echter een duidelijk kader dat aangeeft wanneer er sprake is van een wijziging van een overheidsopdrachten en wanneer er een nieuwe aanbestedingsprocedure dient te worden aangewend. Tevens legt zij in bepaalde gevallen een bekendmakingsverplichting op aan de

aanbestedende overheid. Tenslotte bevat richtlijn 2014/24/EU ook nog een vangnet bepaling in de vorm van de wezenlijke wijziging. Het volledige kader dat richtlijn 2014/24/EU schept zorgt voor een betere waarborg inzake mededinging dan voorheen.

220. Hieruit kan geconcludeerd worden dat de rechtsbescherming op gebied van transparantie en mededinging onder richtlijn 2014/24/EU toeneemt, al zijn er toch nog enkele nuances.

7 BIBLIOGRAFIE

1. Wetgeving

Verdrag betreffende de Europese Unie van 7 februari 1992, *Pb. C.* 6 juli 2010

Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie van 25 maart 1957, *Pb. C.* 6 juli 2010

Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 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

Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, *Pb. L.* 30 april 2004

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

Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 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, *Pb. L.* 28 maart 2014

Mededeling (Comm.) Europa 2020: een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei, 3 maart 2010, COM(2010)2020

Verslag (Comm.) Verslag over nieuwe ontwikkelingen bij overheidsopdrachten, 16. 2009/2175 (INI)

Commission staff working paper (Comm.) Evaluation report impact en effectiveness of EU public procurement legislation part 1, 27 juni 2011, SEC (2011) 853

Groenboek (Comm.) Groenboek betreffende de modernisering van het EU beleid inzake overheidsopdrachten, 27 januari 2011, COM (2011) 15

Interpretatieve mededeling (Comm.) Interpretatieve mededeling over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, 1 januari 2008, (2006/C179/02)

Protocol 26 betreffende de diensten van algemeen belang, 9 september 2008, *PB.* 115, 0308

Wet van 15 juni 2006 overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, BS 15 februari 2007

Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, BS 22 januari 1994, err. BS 25 februari 1997

Koninklijk besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren, BS 9 augustus 2011

Koninklijk Besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken, BS 14 januari 2013

Verslag van het Rekenhof aan het Vlaams parlement, Parl. St. VI. Parl. 2014, nr. 37/1.

Verslag van het Rekenhof aan het Vlaams parlement, Parl. St. VI. Parl. 2005-2006, nr. 37-F/1.

Verslag van het Rekenhof aan het Vlaams parlement, Parl. St. VI. Parl. 2005-2006, nr. 37-F/1.

2. Rechtspraak

2.1. Europese rechtspraak

HvJ 22 april 1994, nr.C-87/94, ECLI:EU:C:1994:166, 'Commissie t. België'.

HvJ 10 november 1998, nr.C-360/96, ECLI:EU:C:1998:525, 'BFI Holding'.

HvJ 9 september 1999, nr.C-108/98, ECLI:EU:C:1999:400, 'RI.SAN'.

HvJ 18 november 1999, nr.C-275/98, ECLI:EU:C:1999:567, 'Unitron Scandinavia A/S en 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselska', nr.31.

HvJ 18 november 1999, nr.C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562, 'Teckal Srl',

HvJ 7 december 2000, nr.C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669, 'Telaustria Verlags GmbH en Telefonadress GmbH/Telekom Austria AG'.

HvJ 29 april 2004, nr.C-496/99, ECLI:EU:C:2004:236, 'Succhi di Frutta'.

HvJ 1 juli 2004, nr.C-247/02, ECLI:EU:C:2004:399, (Conclusie AG), 'Sintesi'.

HvJ 7 oktober 2004, nr.C-247/02, ECLI:EU:C:2004:593, 'Sintesi'.

HvJ 11 januari 2005, nr.C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5, 'Stadt Halle en RPL Recyclingpark Lochau GmbH/ Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna'.

HvJ 13 januari 2005, nr.C-84/03, ECLI:EU:C:2005:14, 'Commissie/Spanje'.

HvJ 12 april 2005, nr.C-231/03, ECLI:EU:C:2005:212, (Conclusie AG), 'Coname'.

HvJ 21 juli 2005, nr.C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487, 'Coname'.

HvJ 13 oktober 2005, nr.C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605, 'Parking Brixen GmbH/ Gemeente Brixen en Stadtwerke Brixen AG'.

HvJ 6 april 2006, nr. C-410/04, ECLI:EU:C:2006:237, 'ANAV'.

HvJ 11 mei 2006, nr.C-340/04, ECLI:EU:C:2006:308, 'Carbotermo SpA en Consorzio Alisei/Comune di Busto Arsizio en AGESP SpA'.

HvJ 14 september 2006, nr.C-532/03, ECLI:EU:C:2006:560, (Conclusie AG), 'Commissie t. Republiek Ierland'.

HvJ 28 september 2006, nr.C-295/05, ECLI:EU:C:2006:619, (Conclusie AG), 'Asemfo'.

HvJ 19 april 2007, nr.C-295/05, ECLI:EU:C:2007:227, 'Asemfo'.

HvJ 21 februari 2008, nr.C-412/04, ECLI:EU:C:2008:102, 'Commissie t. Italië'.

HvJ 19 juni 2008, nr. C-454/06, ECLI:EU:C:2008:351, 'Pressetext'.

HvJ 13 november 2008, nr.C-324/07, ECLI:EU:C:2008:621, 'Coditel Brabant SA'.

HvJ 19 februari 2009, nr.C-480/06, ECLI:EU:C:2009:102, (Conclusie AG), 'Commissie/Duitsland'.

HvJ 9 juni 2009, nr.C-480/06, ECLI:EU:C:2009:357, 'Commissie/Duitsland'.

HvJ 10 september 2009, nr.C-573/07, ECLI:EU:C:2009:532, 'Sea Srl'.

HvJ 8 mei 2014, nr.C-15/13, ECLI:EU:C:2014:303, 'Technische Universität Hamburg-Harburg and Hochschul-Informationssystem GmbH/Datenlotsen Informationssysteme GmbH'.

2.2. Nationale rechtspraak

RvS 18 januari 2000, nr.84.725, Fabricom air conditioning.

RvS 17 november 2009, nr.106.939, Aqua Reno.

RvS 12 mei 2011, nr. 213.228, Strabag Belgium.

RvS 7 mei 2013, nr. 223.403, De Meteor.

RvS 14 januari 2014, nr.226.031, MCP 2014/2, P179.

RvS 18 september 2014, nr.228.402, TBP 2014/10, p671.

3. Rechtsleer

3.1. Boeken

ARROWSMITH, S., *The law of public and utilities procurement*, Londen, Thomson, Sweet & Maxwell, 2004, 1547p.

BATSELE, D., MORTIER, T., YERNA, A., *Reussir ses marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2015, 648p.

BERNITZ, U., NERGELIUS, J., CARDNER, C., (eds.), *General principles of EC law in a process of development*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2008, 480p.

BOVIS, C.H., *EU public procurement law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2012, 544p.

D'HOOGHE, D., (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 2009, 1011p.

D'HOOGHE, D., KIEKENS, N., (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 2015, 856p.

DE CASTER, M., EECKHOUT, A., GEERTS, J., HONNAY, J., JUDO, F., LAENEN, G., LOGIE, S., TAELEMANS, S., VAN GEETERUYEN, S., WAUTERS, K., *Overheidsopdrachten Het K.B. plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren toegelicht*, Brugge, Vanden Broele, 2012, 210p.

DE KONINCK, C., *Encyclopedie van het overheidsopdrachtenrecht*, Mechelen, Wolters – Kluwer, 2010, 665p.

DE KONINCK, C., FLAMEY, P., BOSQUET, J., *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, 1039p.

DE KONINCK, C., FLAMEY, P., *Europees overheidsopdrachten recht: de nieuwe richtlijn overheidsopdrachten klassieke sectoren 2014/24/EU*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, 540p.

DE KONINCK, C., FLAMEY, P., THIEL, P., DEMEULENAERE, B. (eds.), *Jaarboek overheidsopdrachten 2011 – 2012*, Brussel, EBP, 2012, 1150p.

DOR, V., *Les principes légaux La loi de 15 juin 2006*, Waterloo, Wolters – Kluwer, 2014, 312P.

DRIESEN, B., *Transparency in EU institutional law A practioner's handbook*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law, 2012, 408p.

LENAERTS, K., VAN NUFFEL, P., "Europees recht", Antwerpen, Intersentia, 2011, 754p.

LOMBAERT, B., BELMESSIERI, M., DI GIACOMO, O., FRANCOIS, N., MATHY, I., THOMAS, M., *La passation des marchés publics dans les secteurs classiques commentaire article par article de l'arrêté royal passation du 15 juillet 2011*, Waterloo, Wolters – Kluwer, 2104, 754p.

MAST, A., DUJARDIN, J., VAN DAMME, M., VANDE LANOTTE, J., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 1459p.

OPDEBEEK, I., COOLSAET, A., (eds.), *Formele motivering van bestuurshandelingen*, Brugge, Die Keure, 2013, 569.

VAN LIERDE, B., DELVAUX, A., DEWOLF, C., (eds.), *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten –Deel 1A – Wet overheidsopdrachten 15 Juni 2006*, Brussel, Confederatie Bouw, 2014, 651p.

VERBEKE, P., *Overheidsopdrachten voor beginners*, Brugge, Die Keure, 2013, 250p.

WAUTERS, K., *Rechtsbescherming en overheidsovereenkomsten : de preventieve en jurisdictionele rechtsbescherming bij de gunning van overheidsovereenkomsten in Nederland, Frankrijk en België en de mogelijke invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 394p.

WAUTERS, K., DELVAUX, B., VANHEUSDEN, B., (eds.), *Invloed van het Europese recht op het Belgische bestuursrecht*, Brugge, Die Keure, 2014, 319p.

3.2. Bijdrage in tijdschriften

BAETEN, S., "De ongelijke behandeling van het overheidsondernemen door de wetgeving inzake overheidsopdrachten, in het licht van de richtlijnen en de rechtspraak van het Hof van Justitie te zake", *TBP* 2008/4, 195-205.

BAETEN, S., "Het arrest Asemfo: stappen vooruit inzake inbesteding", *CDPK* 2008, afl. 1, 164 -179.

DE KONINCK, C., PETITAT, V., "Inbesteding zonder aanbesteding: Aanscherping van de voorwaarden in Parking-Brixen arrest van Hof van justitie", *NJW* 2005, 1233-1235.

DE KONINCK, C., PETITAT, V., "Inbesteding zonder aanbesteding", *NJW* 2005,1082-1089.

GEERTS, J., VERHOEVEN, S., "De mogelijkheid tot 'wijziging' van een overheidsopdracht in uitvoering. Tijd voor een nieuwe benadering van Preettext", *T. Gem.* 2014/4, nr.2, 235 -249.

LAENEN, G., "Het Asemfo arrest: eindelijk een lichtpunt in de duisternis?", *T.Gem.* 2007/4, 331 - 337.

LLORENS, F., "Principe de transparence et contracts publics' *CMP* 2004, nr. 1, 5

MAN, K., "Over de toepassing van het beginsel van de openbaarheid van bestuur en het transparantiebeginsel in het raam van de gunning van overheidsopdrachten", *CDPK* 2008, afl. 3, 587-609.

SCHUTYSER, B., MICLOTTE, K., "De rechtspraak inzake in-house-opdrachten: nog eens over verzelfstandigings- en samenwerkingsinitiatieven en de werking van het aanbestedingsrecht", *T. Gem.* 2013/2, 136-146.

TIMMERMANS, W., BRUYNINCKX, T., "Gunningscriteria en transparantie bij overheidsopdrachten", *NJW* 2009, 338 - 351.

VAN MELSEN, R., "Aperçu de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et du Conseil d' Etat en matière de passation de marchés publics (2003-2007)", *CDPK* 2007, 525-556.

VOREL, M., NULAND, N., "ASEMFO: Een nieuwe uitzondering op de aanbestedingsregels?", *TBO* 2007, 165 - 170.

Auteursrechtelijke overeenkomst

Ik/wij verlenen het wereldwijde auteursrecht voor de ingediende eindverhandeling:
Rechtsbescherming onder Richtlijn 2014/24/EU

Richting: **master in de rechten-rechtsbedeling**
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,

Gielen, Pedro

Datum: **14/05/2016**