



## Europa veroordeelt België voor niet-correcte omzetting overheidsopdrachtenrichtlijnen (H.v.J., nr. C-287/07 en C-292/07)



### Inhoud

1. Inleiding
2. Bespreking arresten
3. Conclusie



### Inleiding

In 2006 heeft de Europese Commissie conform artikel 226 EG-Verdrag, twee beroepen ingesteld tegen het Koninkrijk België wegens gebrekkige uitvoering van de Overheidsopdrachtenrichtlijnen, zijnde enerzijds een beroep inzake de Richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten inzake klassieke sectoren<sup>1</sup>, en anderzijds een beroep inzake de 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 (nutssectoren)<sup>2</sup>.

Het *huidige wetgevende kader* inzake overheidsopdrachten bestaat uit:

- de Wet van 24 december 1993 betreffende overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten,
- en de respectievelijke uitvoeringsbesluiten, nl.:
  - het K.B. van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken,
  - het K.B. van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie,
  - het K.B. van 18 juni 1996 betreffende de mededinging in het raam van de Europese Gemeenschap van sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten,
  - en tenslotte het K.B. tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken

<sup>1</sup> H.v.J., 23 april 2009, nr. C-287/07.

<sup>2</sup> H.v.J., 23 april 2009, nr. C-292/07.

In het *Belgisch Staatsblad van 15 februari 2007* werden de nieuwe wetten inzake overheidsopdrachten gepubliceerd, nl.:

1) de Wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006, hierna afgekort als "*Overheidsopdrachtenwet 2006*";

(2) de Wet van 16 juni 2006 betreffende de gunning, informatie aan kandidaten en inschrijvers en wachtermijn inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, hierna afgekort als "*Standstillwet*".

Deze wetten vormen de omzetting van de voormelde Overheidsopdrachtenrichtlijnen, alsmede van de Europese Rechtsbeschermingsrichtlijnen. In dezelfde editie van het Staatsblad werden ook de wijzigende wetten van 12 januari 2007 gepubliceerd (Wet tot wijziging van de Wet van 15 juni 2006 en Wet tot wijziging van de Wet van 16 juni 2006).

De Overheidsopdrachtenwet 2006 en de Standstillwet zijn heden echter nog niet volledig in werking getreden. Ondertussen werden in het huidig wetgevend kader verschillende wijzigingen ingevoerd ter omzetting van de voormelde Overheidsopdrachtenrichtlijnen.

Hierna worden de belangrijkste overwegingen van het Hof van Justitie besproken in beide arresten.

## Bespreking arresten

### Algemeen

Het Hof van Justitie heeft alvorens tot het eigenlijk onderzoek van de tekortkomingen van het Belgische Koninkrijk over te gaan, in een eerste instantie vastgesteld dat het actueel Belgisch wetgevend kader (zie *supra*), eigenlijk een omzetting uitmaakt van de oude Overheidsopdrachtenrichtlijnen, zijnde Richtlijn 92/50 en Richtlijn 93/37. Het Hof vervolgde dat hoewel de nieuwe Overheidsopdrachtenrichtlijnen, in sterke mate verschillen van de oude Overheidsopdrachtenrichtlijnen, het onderzoek ten gronde dient te gebeuren aan de hand van een vergelijking van de huidig Belgische overheidsopdrachtenreglementering met de nieuwe Overheidsopdrachtenrichtlijnen.

In de loop van de niet-nakomingsprocedures werd vastgesteld dat middels het Koninklijk Besluit van 23 november 2007<sup>3</sup> tot wijziging van de voormelde overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993, het Belgisch Koninkrijk is overgaan tot omzetting van enkele bepalingen van de nieuwe Overheidsopdrachtenrichtlijnen. Deze laattijdige omzetting heeft geleid tot een beperking van het onderzoek inzake tekortkomingen in hoofde van het Belgisch Koninkrijk<sup>4</sup>.

### Wat betreft de niet of foutieve omzetting van de Overheidsrichtlijnen in het huidig wetgevend kader

De volgende tekortkomingen betreffende de regelgeving *in de klassieke sectoren* werden in hoofde van het Belgische Koninkrijk vastgesteld:

- Vooreerst stelt het Hof vast dat de Richtlijn 2004/18 bepaalt dat voor de berekening van de geraamde waarde van een overheidsopdracht rekening moet worden gehouden met eventuele verlengingen van het contract. Volgens het Hof voorziet de Belgische wetgeving niet in een dergelijke bepaling. Het begrip "opeenvolgende

<sup>3</sup> B.S., 7 december 2007 (eerste uitg.), err., B.S., 31 december 2007 (eerste uitg.).

<sup>4</sup> H.v.J., 23 april 2009, nr. C-292/07, r.o. 61-63; H.v.J., 23 april 2009, nr. C-292/07, r.o. 63-64.

opdrachten” zoals voorzien in artikel 28, tweede alinea van het voormeld KB van 8 januari 1996, is volgens het Hof niet voldoende precies en duidelijk om het begrip “verlenging” van een overheidsopdracht te dekken<sup>5</sup>.

- Wat betreft de bepaling van de waarde van de overheidsopdracht gegund volgens de procedure van de wedstrijdofferteaanvraag, heeft de Belgische wetgever nagelaten om rekening te houden met het prijzengeld en/of de betaling van de deelnemers<sup>6</sup>.

Inzake de regeling van de wedstrijdofferteaanvraag, heeft het Hof verder nog andere implementatiegebreken in hoofde van de Belgische wetgever vastgesteld, nl. betreffende de uitsluitingen op het toepassingsgebied<sup>7</sup>, het bepalen van de selectiecriteria op duidelijke en niet-discriminatoire wijze<sup>8</sup> en de onafhankelijkheid van de jury<sup>9</sup>

- Wat betreft de mogelijkheid tot organisatie van een onderhandelingsprocedure in opeenvolgende fasen, dient, ingeval het aantal de te onderhandelen offertes tijdens deze fasen vermindert, deze vermindering enkel op basis van de gunningscriteria te gebeuren zoals bepaald in de aankondiging van de opdracht en in het bestek. De Belgische wetgever heeft echter niet voorzien in dergelijke bepaling<sup>10</sup>.
- Verder heeft de Belgische wetgever geenszins voorzien in de verplichting in hoofde van de aanbestedende overheid om, bij het bepalen van de termijn voor de inschrijvingen en verzoeken tot deelneming, rekening te houden met de complexiteit van de opdracht en met de voor de voorbereiding van de inschrijvingen benodigde tijd, onverminderd de vastgestelde minimumtermijnen. De Belgische wetgever voorziet enkel in een verlenging in specifieke uitzonderingsgevallen zonder te voorzien in de voormelde algemene regel<sup>11</sup>.
- Evenmin heeft de Belgische wetgever voorzien in de bepaling waarbij wordt voorzien dat de inlichtingen en de minimumeisen inzake economische en financiële draagkracht en technische en professionele bekwaamheden moeten verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht<sup>12</sup>.
- Tevens heeft de Belgische wetgever verzuimd om te voorzien in de mogelijkheid voor een ondernemer die aan een overheidsopdracht wenst deel te nemen, om zijn bevoegdheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen, aan te tonen via een verklaring onder ede of een attest te verstrekken als bedoeld in bijlage IX A voor overheidsopdrachten voor werken, in bijlage IX B voor overheidsopdrachten voor leveringen en in bijlage IX C voor overheidsopdrachten voor diensten van de Richtlijn 2004/18<sup>13</sup>.
- Voorts heeft het Hof vastgesteld dat de Belgische wetgever niet in de bepaling heeft voorzien waarin de aanbestedende overheid, alvorens een abnormaal lage inschrijving af te wijzen, de inschrijver schriftelijk kan vragen om preciseringen te geven betreffende de naleving van de bepalingen inzake arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden die gelden op de plaats waar de opdracht wordt uitgevoerd<sup>14</sup>.

De volgende tekortkomingen betreffende de regelgeving *in de nutssectoren* werden in hoofde van het Belgische Koninkrijk vastgesteld:

<sup>5</sup> H.v.J., 23 april 2009, nr. C-292/07, r.o. 86-91.

<sup>6</sup> H.v.J., 23 april 2009, nr. C-292/07, r.o. 169-173.

<sup>7</sup> H.v.J., 23 april 2009, nr. C-292/07, r.o. 174-178.

<sup>8</sup> H.v.J., 23 april 2009, nr. C-292/07, r.o. 179-185.

<sup>9</sup> H.v.J., 23 april 2009, nr. C-292/07, r.o. 1186-192.

<sup>10</sup> H.v.J., 23 april 2009, nr. C-292/07, r.o. 169-173.

<sup>11</sup> H.v.J., 23 april 2009, nr. C-292/07, r.o. 112-116.

<sup>12</sup> H.v.J., 23 april 2009, nr. C-292/07, r.o. 136-141.

<sup>13</sup> H.v.J., 23 april 2009, nr. C-292/07, r.o. 147-152.

<sup>14</sup> H.v.J., 23 april 2009, nr. C-292/07, r.o. 157-163

- Het Hof heeft eerst vastgesteld dat de Belgische wetgever enkele definities inzake het begrip overheidsopdracht voor werken<sup>15</sup>, voor leveringen van producten<sup>16</sup> en diensten<sup>17</sup>, niet conform de Richtlijn 2004/17 heeft omgezet. Inzake overheidsopdracht voor diensten heeft de Belgische wetgever meer bepaald een categorie van diensten ten onrechte uitgesloten van het toepassingsgebied.
- Inzake de wedstrijdofferteaanvraag, heeft het Hof vastgesteld dat de Belgische wetgever niet uitdrukkelijk heeft voorzien in de bepaling waarin de aanbestedende overheid het aantal deelnemers enkel kan beperken op basis van duidelijke en niet-discriminerende selectiecriteria<sup>18</sup>. Tevens heeft het Hof vastgesteld dat de Belgische wetgever de communautaire bepalingen inzake de vaststelling van de selectiecriteria op duidelijke en niet-discriminatoire wijze, niet op afdoende wijze heeft omgezet<sup>19</sup>.
- Verder heeft het Hof op dezelfde wijze zoals in de niet-nakomingsprocedure in zake de richtlijn 2004/18, vastgesteld dat de Belgische wetgever bij het onderzoek naar het abnormale karakter van de inschrijving rekening kan houden met de naleving van de bepalingen inzake arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden die gelden op de plaats waar de opdracht wordt uitgevoerd<sup>20</sup>.
- Tevens werd op dezelfde wijze zoals in de beroepsprocedure inzake de omzetting van de Richtlijn 2004/18 vastgesteld, dat de Belgische wetgever geenszins in de algemene regel heeft voorzien; nl. dat de aanbestedende overheid, bij het bepalen van de termijn voor de inschrijvingen en verzoeken tot deelneming, rekening kan houden met de complexiteit van de opdracht en met de voor de voorbereiding van de inschrijvingen benodigde tijd, onverminderd de vastgestelde minimumtermijnen<sup>21</sup>.
- Tevens heeft het Hof vastgesteld dat de Belgische wetgever niet op correcte wijze de Richtlijn 2004/17 heeft omgezet, wat betreft het gebruik van de elektronische middelen en vertrouwelijkheid van de offertes en deelnemingsaanvragen<sup>22</sup>.
- Tenslotte heeft de Belgische wetgever nagelaten om uitdrukkelijk in de verplichting te voorzien inzake de kennisgeving van de motieven ingeval van niet-gunning in de specifieke gevallen bedoeld in artikel 34, leden 4 en 5, nl. dat er geen gelijkwaardigheid voorhanden is wat betreft de technische specificaties of indien de offerte niet voldoet aan de functionele en prestatie-eisen van betrokken opdracht<sup>23</sup>.

### **Wat betreft de reeds omgezette, maar nog niet in werking getreden bepalingen in de Belgische reglementering**

Een aantal tekortkomingen heeft betrekking op de omzetting van de Overheidsopdrachtenrichtlijnen in de bepalingen van Overheidsopdrachtenwet 2006, doch deze bepalingen zijn nog niet in werking zijn getreden. Het gaat meer bepaald om de lijst van activiteiten zoals te vinden in de Overheidsopdrachtenrichtlijnen, dat relevant is voor het begrip 'overheidsopdracht voor werken'. Deze lijst is al hernomen door Overheidsopdrachtenwet 2006, maar nog niet in werking getreden.<sup>24</sup>

Verder vindt men in artikel 26,§3 van de Overheidsopdrachtenwet 2006 reeds de uitdrukkelijke

<sup>15</sup> H.v.J., 23 april 2009, nr. C-287/07, r.o. 71-80.

<sup>16</sup> H.v.J., 23 april 2009, nr. C-287/07, r.o. 81-88.

<sup>17</sup> H.v.J., 23 april 2009, nr. C-287/07, r.o. 89-100.

<sup>18</sup> H.v.J., 23 april 2009, nr. C-287/07, r.o. 175-183.

<sup>19</sup> H.v.J., 23 april 2009, nr. C-292/07, r.o. 179-185.

<sup>20</sup> H.v.J., 23 april 2009, nr. C-287/07, r.o. 123-128.

<sup>21</sup> H.v.J., 23 april 2009, nr. C-287/07, r.o. 127-133.

<sup>22</sup> H.v.J., 23 april 2009, nr. C-287/07, r.o. 134-147.

<sup>23</sup> H.v.J., 23 april 2009, nr. C-287/07, r.o. 148-150.

<sup>24</sup> H.v.J., 23 april 2009, nr. C-287/07, r.o. 71-80 ; H.v.J., 23 april 2009, nr. C-292/07, r.o. 72-80.

bevestiging van het principe van de gelijke behandeling inzake de onderhandelingsprocedure en haar invloed op deze procedure op het vlak van de beperkingen en het doel van de onderhandelingen. Dit artikel is echter nog niet in werking getreden.<sup>25</sup> Hetzelfde geldt wat betreft het uitdrukkelijke verbod om misbruik te maken van de raamovereenkomsten, dat in artikel 32, vierde alinea van de Overheidsopdrachtenwet 2006, is vastgelegd.

## Conclusie

Uit de besproken arresten blijkt duidelijk dat er voor de Belgische wetgever nog heel wat werk aan de winkel is wat betreft de correcte omzetting van de nieuwe Overheidsopdrachtenrichtlijnen.

De vraag stelt zich welke rechtsgevolgen deze veroordelingen met zich meebrengen.

In de eerste plaats dient de Belgische wetgever de nodige maatregelen te nemen binnen een redelijke termijn<sup>26</sup>. Ondertussen werd **het KB van 29 september 2009** tot wijziging van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en van sommige koninklijke besluiten tot uitvoering van deze wet<sup>27</sup> aangenomen teneinde de bestaande regelgeving aan te passen aan de betrokken Overheidsopdrachtenrichtlijnen. Dit besluit treedt in werking op 1 november 2009, met uitzondering van de artikelen 49 tot 52 en de artikelen 97 tot 100 die in werking treden op 1 januari 2010.

Verder kan een particulier, in afwachting van de correcte en volledige omzetting van de betrokken Overheidsopdrachtenrichtlijnen, beroep doen op de rechtstreekse werking van de bepalingen van deze Richtlijnen ten aanzien van de betrokken overheidsinstantie<sup>28</sup>.

Tevens dient op aanvraag van een particulier de Belgische rechter de nationale overheidsopdrachtenbepaling die niet in overeenstemming met de richtlijn is omgezet, buiten toepassing te laten (beperkte derdenwerking)<sup>29</sup>. Deze verplichting geldt tevens voor de administratieve overheden. Volgens de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie rust de verplichting om nationale wetgeving die in strijd met het gemeenschapsrecht is, buiten toepassing te laten, niet alleen op de nationale rechter maar op alle overheidsorganen, met inbegrip van de bestuursorganen<sup>30</sup>.

## Kamain MAN

[kman@philippe-law.eu](mailto:kman@philippe-law.eu)

---

Brussels - Avenue Louise 240 Louizalaan - Tel : +32 2 600 52 00 - Fax : +32 2 600 52 01  
Charleroi - Boulevard Mayence 17-18 - Tel : + 32 71 30 70 97 / 31 01 89 - Fax : +32 71 30 51 60 / 32 86 98  
Liège - Boulevard d'Avroy 280 - Tel: +32 4 253 67 16 - Fax: +32 4 253 28 70  
Luxembourg - Avenue de la Liberté 41 - Tel: +352 266 886 - Fax: +352 266 88 700

© Philippe & Partners - The content and lay out of this newsflash are the copyright of the law Philippe & Partners or its contributors, and are protected under copyright and other relevant intellectual property rights laws and regulations. No reproduction in any form or through any medium is allowed without the explicit consent of Philippe & Partners or its contributors. Although Philippe & Partners verifies the reliability of the information given, such information is general and Philippe & Partners may not be held responsible in any way for any possible error that might occur or for any use or interpretation that could be made of this information without the assistance of Philippe & Partners.

[www.philippe-law.eu](http://www.philippe-law.eu) - [info@philippe-law.eu](mailto:info@philippe-law.eu)

---

<sup>25</sup> H.v.J., 23 april 2009, nr. C-287/07. r.o. 103-112.

<sup>26</sup> H.v.J., Parlement/Raad, nr. C-13/83.

<sup>27</sup> B.S. 2/10/2009

<sup>28</sup> H.v.J., 4 december 1974, nr. C-41/74 ; 19 januari 1982, C-8/81.

<sup>29</sup> H.v.J., 26 september 2000, nr. C-443/98.

<sup>30</sup> H.v.J., Fratelli Costanzo van 22 juni 1989, C-103/88, *Jurispr.* blz. 1839, punt 31; Commissie/Italië van 19 januari 1993, C-101/91, punt 30; Ciola van 29 april 1999, C-224/97, punt 30; Larsy van 28 juni 2001, C-118/00, punt 52; CIF van 9 september 2003, C-198/01, punt 49.