

# Publiek-private samenwerking.

## PPS-instrumenten in het licht van het aanbestedingsrecht

*Tom Villé*

Onder wetenschappelijke begeleiding van Prof. Dr. W. Devroe

### INLEIDING

“Outsourcing”, “verzelfstandiging”, “privatisering”, “uitbesteding” en “publiek-private samenwerking” zijn begrippen die het laatste decennium graag in de mond werden genomen door de overheid als antwoord op een evolutie die al jaren aan de gang is: het steeds groter wordende aandeel van die overheid in economische activiteiten.<sup>1</sup> Enerzijds noopt de marktdeficiëntie m.b.t. quasi-overheidsgoederen (collectieve voorzieningen) de overheid tot het produceren en distribueren van die goederen. Anderzijds groeien de verwachtingen van de burgers-consumenten t.a.v. de overheid.<sup>2</sup> De overheid ziet zich genoodzaakt om in te grijpen op het private marktgebeuren om haar veelvoud aan taken te kunnen realiseren. Bedrijfstypische waarden zoals efficiëntie, flexibiliteit en rendabiliteit zijn niet langer eigen aan de private sector, maar worden ook een noodzakelijk streefdoel voor de overheid. Zij gaat op zoek naar manieren om op een voor haar voordelige manier deze veelheid van overheidstaken tot een beter (goedkoper?) einde te brengen. Uit Brits onderzoek blijkt dat bij PPS-projecten voor de bouw van infrastructuur veel minder dan bij klassieke overheidsopdrachten de geraamde kostprijs (22% t.o.v. 73%) en de uitvoeringstermijn (24% t.o.v. 70%) wordt overschreden.<sup>3</sup> Onder impuls van Europa kunnen staatsschulden niet zomaar onbepert toenemen, waardoor leningsfinancieringen niet het meest adequate financieringsmiddel zijn. Bovendien is onder diezelfde impuls een sanering van de overheidsbegroting vereist en is de creatie van budgettaire ruimte om investeringsprogramma's op te stellen aanzienlijk bemoeilijkt.<sup>4</sup> Onder de

---

<sup>1</sup> De relatieve verhouding binnen het BBP tussen private en publieke sector wijzigt: het aandeel van de overheid bedraagt tussen 1991 – 1997 53,9%. (bron: OECD, 2000 op [www.oecd.org](http://www.oecd.org)).

<sup>2</sup> WILMS B. “De financiering van publiek-private samenwerking in België”, *T.fin.R.* 2003, afl. 2, 460.

<sup>3</sup> PFI Construction Performance, National Audit Office UK, 5 februari 2003 (via [www.vlaanderen.be/pps](http://www.vlaanderen.be/pps)).

<sup>4</sup> Verdrag van 7 februari 1992 betreffende de Europese Unie; B. WILMS, *o.c.*, 460.

noemer *New Public Management* (NPM) doet de overheid daarom ook steeds meer beroep op marktconforme instrumenten, waardoor de private sector vaker gaat participeren in de overheidsfuncties. Om haar opdracht te realiseren heeft de overheid verschillende mogelijkheden die herleid kunnen worden tot drie grote vormen: een zuiver publieke uitvoering van haar taak, een zuiver private uitvoering en een gemengde publiek-private uitvoering.<sup>5</sup> Die gemengd publiek-private uitvoering vormt het voorwerp van dit werk.

Van bij haar regeringsverklaring van 1999 beschouwde de Vlaamse regering “publiek-private” samenwerking (PPS) als een belangrijk nieuw beleidselement dat, hierin gesteund door het Vlaamse Parlement, haar volle aandacht én een wetgevend kader verdiende. Dit laatste is er dan ook gekomen met het *decreet van 18 juli 2003 betreffende publiek-private samenwerking*.<sup>6</sup> Ook in het Brussels regeerakkoord wordt herhaaldelijk verwezen naar de samenwerking met privé-partners om doelstellingen van algemeen nut te realiseren, zonder dat evenwel expliciet de afkorting PPS (of PPP in het Frans) wordt gebruikt.<sup>7</sup> Zo ondermeer inzake sociale huisvesting: “*Les règles de démolition-reconstruction des logements sociaux inadaptés du point de vue social et urbanistique seront revues afin de faciliter de telles opérations. A cet effet, il peut également être fait appel à des partenaires privés.*”; renovatie van achtergestelde buurten: “*D’une façon générale, le partenariat avec le secteur privé sera recherché chaque fois que cela renforcera les moyens d’actions pour lutter contre les chancres urbains et l’abandon des quartiers défavorisés.*”; huisvuilverwerking: “*L’Agence Bruxelles-Propreté poursuivra le développement de sociétés mixtes dans le domaine du recyclage.*”.

PPS is één van de nieuwe beleidsinstrumenten geworden voor de realisatie van publieke voorzieningen en maatschappelijke doelstellingen. Politieke motiveringen en beleidstypische aspecten zijn echter niet doorweven doorheen deze verhandeling.

Vijf jaar later mogen we stellen dat PPS nog steeds aantrekkelijk is voor de verschillende overheden in België. Bewijs daarvan zijn de talrijke PPS-projecten waarmee we dagelijks in de actualiteit geconfronteerd worden.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Voorbeelden van zuiver publieke uitvoering: via klassieke overheidsdiensten, intern verzelfstandigde overheidsdiensten, extern verzelfstandigde overheidsdiensten; Voorbeelden van zuiver private uitvoering: via uitbesteding (*Outsourcing*), concessieverlening, verkoop van overheidsactiva (*Privatisering*).

<sup>6</sup> Vlaams regeerakkoord 13 juli 1999, “Een nieuw project voor Vlaanderen” ([www.vlaanderen.be/be/ned/sites/regeerakkoord](http://www.vlaanderen.be/be/ned/sites/regeerakkoord)), Decreet 18 juli 2003 betreffende publiek-private samenwerking, *B.S.* 19 september 2003, 46497.

<sup>7</sup> Brussels regeerakkoord 14 juli 1999 “Priorités pour la région de Bruxelles-capital” ([www.bruxelles.irisnet.be/cmsmedia/fr](http://www.bruxelles.irisnet.be/cmsmedia/fr)).

<sup>8</sup> Voorbeelden zijn het mobiliteitsplan voor Antwerpen (“Masterplan”), het Sportplaza sportcomplex te Leuven, Brussels International Airport Company (BIAC), stadskernherwaarderingsprojecten, enz... (Voor een niet-exhaustieve lijst van projecten kunt u terecht op de webstek van het Vlaams PPS-kenniscentrum: [www.vlaanderen.be/pps](http://www.vlaanderen.be/pps)).

Zowel academici, ondernemers, als politici vertonen een bijzondere aandacht voor dit concept en dit elk vanuit hun eigen achtergrond.

Dit werk beoogt een thematische benadering van PPS. Vooreerst wordt er een algemeen begrippenkader geschetst vanuit de ontstaansgeschiedenis van PPS, het PPS-decreet en de al bestaande rechtsleer. PPS wordt uitgelijnd en onderscheiden van de klassieke overheidsopdracht en de zogenaamde “alternatieve financiering”. Dit deel is vooral bedoeld om de lezer vertrouwd te maken met het PPS om dan tot een betere lezing te komen van het tweede en derde hoofdstuk

In het tweede hoofdstuk wordt het PPS-zeil opgeheven om te zien wat dit concept verhult. Er wordt getracht om een invulling te geven aan wat PPS verhult en een aantal technisch-juridische vraagstukken worden beantwoord. De geoorlooftheid van het gebruik van privaatrechtelijke technieken en de toepasselijkheid van het burgerlijk recht komen er aan bod. Op te merken valt dat hier enkel de contractuele PPS-vorm onderzocht wordt. De problematiek van de participatieve PPS wordt ter sprake gebracht maar vormt niet het onderwerp van deze verhandeling.

Het derde hoofdstuk tenslotte, gaat na in welke mate PPS moet beantwoorden aan de regels van openbare aanbesteding. Dit werd vooralsnog heel summier onderzocht in België, doch maakt in Nederland wel al het voorwerp uit van meer gedegen onderzoek. Nieuw in dit kader is het Groenboek van de Europese commissie over “Publiek-Private Samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten” en de nieuwste aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG.

## **1. HET BEGRIP PUBLIEK-PRIVATE SAMENWERKING**

Hoofdstuk I heeft tot doel de lezer die niet vertrouwd is met het PPS-begrip kennis te laten maken met dat begrip en de noodzakelijke nuanceringen om door de veelheid van overheidsbedrijven en overheidsvormen het uitgestippelde pad niet te verliezen. Een historische inleiding en een blik op de verschillende definities en de definitie uit het PPS-decreet zijn daarom onontbeerlijk. De afbakening ten opzichte van de klassieke overheidsopdrachten of alternatieve financiering zijn belangrijk om meer duidelijkheid te scheppen. Er wordt echter niet beoogd om exhaustief in te gaan op alle aspecten van de PPS-definitie en dit deel kan dan ook gemakkelijk het voorwerp uitmaken van gedetailleerder wetenschappelijk onderzoek. Voor diepgaandere begripsduidingen wordt verwezen naar de bibliografie.

## 1.1. PPS EN DE BEGRIPPENDIVERSITEIT

PPS is tot nu toe het voorwerp geweest van menig pennenvloeijsel in de doctrine en dat heeft zich dan ook laten merken in de veelheid van omschrijvingen of definities die trachten weer te geven wat PPS is. Zowat elke bijdrage begint met een (poging tot) omschrijving van wat het concept is en wijst daarbij op de verwarring die er over het begrip heerst.

### 1.1.1. Regionaal

De drie begrippen “publiek”, “privaat” en “samenwerking” zijn heel ruim<sup>9</sup>. Het overheidsbegrip kan elke overheidsinstantie bevatten gaande van de centrale overheden (Belgische Staat, Gemeenschappen of Gewesten) tot de territoriaal (gemeenten en provincies) en functioneel gedecentraliseerde overheden (intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, autonome overheidsbedrijven,...). De privé-sector omhelst alles wat geen overheid is. Tenslotte kan samenwerking elke vorm betreffen zoals een joint venture of een slechts feitelijke samenwerking en de verhouding overheid en haar personeel.

De allereerste poging van een PPS-omschrijving komt uit Nederland waar men sprak over “*een gestructureerde samenwerking tussen de overheid en private partijen op het terrein van de bouw*”.<sup>10</sup> Met het oog op meer investeringsvolume in de bouwsector om de stedelijke vernieuwing te stimuleren bepleitte de Nederlandse regering het gebruik van PPS.<sup>11</sup> De behoefte aan een nieuwe investeringsformule voor de overheid ontstond er samen met het steeds grotere takenpakket van de overheid, dat eigen is aan de huidige verzorgingsstaat. In België kwam PPS eveneens voor het eerst ter sprake als een vorm van *alternatieve financiering* voor infrastructuurwerken.<sup>12</sup>

Inmiddels is het PPS-begrip uitgebreid naar een concept voor verschillende vormen van samenwerking tussen de overheid en de private sector op verschillende actiedomeinen. Enerzijds kan PPS een antwoord bieden op een gebrek aan expertisen, inventiviteit en fondsen op bepaalde domeinen waar de overheid zich genoodzaakt zag om met de private sector te gaan samenwerken. Anderzijds was PPS een middel om te ontsnappen aan de strakke aanbestedingsprocedures en het rigidere publiekrechtelijke instrumentenkader

<sup>9</sup> D. D’HOOGHE en F.VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 3.

<sup>10</sup> B. BOUCKAERT, “In the twilight zone” van het contractenrecht: beleidsovereenkomsten en publiek-private samenwerking, in M. STORME, Y. MERCHIERS en J. HERBOTS (eds.), *De overeenkomst vandaag en morgen*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 113.

<sup>11</sup> F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en Private Rechtspersonen. Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, Brugge, Die Keure, 2004, 70.

<sup>12</sup> Vlaams regeerakkoord van 13 juli 1999 “Een nieuw project voor Vlaanderen”; [www.vlaanderen.be/ned/sites/regeerakkoord](http://www.vlaanderen.be/ned/sites/regeerakkoord), 81; Voor het begrip “alternatieve financiering”: cf. infra. .

dat de overheid moest hanteren om met de private sector samen te werken<sup>13</sup>. De verenging tot “alternatieve financieringsvorm voor infrastructuurwerken” heeft het Vlaams Parlement reeds lang achter zich gelaten. In een voorstel tot “resolutie betreffende de uitvoering van Publiek-Private Samenwerking en het oprichten van een kenniscentrum” werd PPS opengetrokken naar een concept waarbij “de overheid en privé-partners geïntegreerd samenwerken in de verwezenlijking van een project, met behoud van de eigen identiteit en verantwoordelijkheid (risico’s) van de betrokken partners”.<sup>14</sup> PPS evolueerde van een alternatieve financieringsvorm in de infrastructuur aanleg tot een overkoepelend begrip om op een bedrijfseconomische manier projecten te realiseren in samenwerking met het bedrijfsleven op verschillende terreinen. Naast kostenbesparing voor de overheid, zijn een snellere realisatie, afwerking, stimuleren van innovatie en creativiteit enz... motieven voor de hantering van een PPS-aanpak.<sup>15</sup> Een maatschappelijk en commercieel rendement zou de uitkomst moeten zijn van een geslaagde PPS-project.<sup>16</sup>

De rechtsleer en de praktijk hebben veelvuldig getracht om het PPS-concept in een definitie te gieten. J.Gerson stelt dat er sprake is van PPS “wanneer een overheidsorganisatie en een private partij, ieder vanuit hun eigen doelstellingen, samenwerken aan een gezamenlijk project, waarbij risico’s, kosten en opbrengsten op een evenredige wijze over de partijen zijn verdeeld”.<sup>17</sup> K. Leus en J. Debievre doen op hun beurt een (omslachtige) poging door PPS te definiëren als “Een samenwerkingsverband dat ten grondslag ligt aan een bepaald project of een bepaalde reeks van projecten, ter verwezenlijking van een overheidstaak, in het bijzonder de collectieve infrastructuurvoorziening en de openbare dienstverlening, verdeeld over verschillende fases (ontwerp, financiering en beheer) en gegoten in één of meer juridische vormen, waarbij een overheid, zonder verlies van haar identiteit als overheid, gaat samenwerken met een private partner of met een veelheid van private partners, teneinde te komen tot de daadwerkelijke verwezenlijking van bepaalde voordelen –voor de overheid, van een toename van het maatschappelijke rendement (meerwaarde) en van de efficiëntie van het overheidsoptreden voor de private partner, van een economische rendabiliteit- en waarbij taken, de project- en structuurrisico’s en de verantwoordelijkheden verbonden aan de samenwerking op een gelijkwaardige wijze worden verdeeld tussen de partijen, op een wijze die het

---

<sup>13</sup> cf. infra.

<sup>14</sup> Parl. St. VI. Parl. 1999-2000, nr. 128/1, 2.

<sup>15</sup> S. ARROWSMITH, “Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU policies in conflict?”, *CMLRev.* 2000., 710; F. VANDENDRIESSCHE, *o.c.*, 73.

<sup>16</sup> Persmededeling Vlaamse regering inzake PPS n.a.v. haar vergadering van 16 juni 2000 ([www.vlaanderen.be/ned/sites/overheid](http://www.vlaanderen.be/ned/sites/overheid)).

<sup>17</sup> J. GERSON, “Publiek private samenwerking in Amsterdam: een blik vanuit het Grondbedrijf”, *Vastgoedrecht* 1998, 75.

*primaat van de overheid niet aantast*".<sup>18</sup> S. Van Garsse houdt het bij "één of meer publieke actoren die met één of meer private actoren, met behoud van eigen identiteit, op een min of meer georganiseerde en gestructureerde wijze, door middel van een integrale aanpak, gezamenlijk één of meerdere doelstellingen nastreven".<sup>19</sup>

Uit al het voorgaande kan enkel vastgesteld worden dat PPS heel ruim gedefinieerd wordt. Vaagheid blijft echter troef. PPS is immers geen rechtsfiguur en kan afhankelijk van de gekozen samenwerkingsvorm een verschillende aanblik hebben.<sup>20</sup>

### 1.1.2. Internationaal

In het V.K., maar ook in Portugal en Japan wordt over PPS gesproken als zijnde een langdurige overeenkomst tussen een opdrachtgevende overheid en een opdrachtnemende private partij, waarbij de private partij een object van aanzienlijke waarde, bijvoorbeeld een gebouw of spoorweginfrastructuur, aan de overheid beschikbaar stelt.<sup>21</sup> Zowel het ontwerp, de bouw als het onderhoud en het beheer en eventueel nog aanvullende diensten worden door de private partij ten behoeve van de overheid uitgevoerd. Doordat de private partij haar kosten en een winstopslag terugverdient gedurende de looptijd van de overeenkomst door het gebruik van het object bij de overheid of derden in rekening te brengen, neemt tenslotte de private partij ook de financiering voor haar rekening. Men spreekt in dit geval over "PFI" (private finance initiative), zoals in Nederland wordt gesproken over DBFM-contracten (design, build, finance and maintain). Dit soort contracten leunt heel nauw aan bij wat in de België gekend is als een promotieovereenkomst. In het kader van overheidsopdrachten worden deze contracten gedefinieerd als een "overheidsopdracht voor aanneming van werken of van leveringen die zowel betrekking heeft op de financiering en de uitvoering van werken of leveringen, als, in voorkomend geval, de studie ervan of elke dienstverlening in dat verband."<sup>22</sup> Wanneer de overheid een promotieovereenkomst sluit waarbij de volle financiële verantwoordelijkheid bij de privé-partner ligt omdat zij financiële middelen moet zien te verzamelen, is er sprake van een PPS.<sup>23</sup> Deze

<sup>18</sup> K. LEUS en J. DEBIEVRE, "De gemeente en de publiek-private samenwerking: een juridische terreinverkenning vanuit het oogpunt van de democratische controle", in S. VANSTEEKISTE en L. VÉNY (eds.), *Een toekomst voor de gemeente*, Brussel, Larcier, 2001, 61-157.

<sup>19</sup> S. VAN GARSSE, "Publiek-private samenwerking op lokaal vlak: een inleiding", *T. Gem.* 2001, 225-247.

<sup>20</sup> cf. *infra*.

<sup>21</sup> S. ARROWSMITH, *o.c.*, 709.

<sup>22</sup> Artikel 9 Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, *B.S.* 22 januari 1994, err. *B.S.* 25 februari 1997.

<sup>23</sup> D. DE KEUSTER, "De overheid en kantoorgebouwen: variaties op de thema's van de overheidsopdrachten en de publiek-private samenwerking", in W. TIMMERMANS (ed.), *Kantoorgebouwen: praktijkgerichte studie*, Brugge, die Keure, 2002, 308.

héél verregaande vormen van samenwerking impliceren dat de private partij reeds bij het ontwerp rekening kan gaan houden met het onderhoud en het verstrekken van de faciliteiten, die véél later in de levenscyclus van het project gaan aan bod komen.

Voorals in het V.K. is PPS zeer uitgebreid aanwezig in vele domeinen. Ongeveer 11% van de overheidsuitgaven in het V.K. gebeurt via PPS-contracten. Tot april 2004 werd al bijna 40 miljard £ geïnvesteerd via PPS.<sup>24</sup>

In Nederland bestaat het Kenniscentrum al zes jaar.<sup>25</sup>

Onder een PPS verstaat men in de V.S. een contractuele samenwerking tussen publieke en private partners, waarbij men de mogelijkheden en de voordelen van elke sector samenbrengt om te voldoen aan een behoefte van algemeen belang. Ook hier is er sprake van risicodeling en meerwaarden.<sup>26</sup>

Op het niveau van de Europese Gemeenschap is de term “publiek-private samenwerking” niet gedefinieerd, ook niet in het recente “Guidelines for succesfull public-private partnerships”. Over het algemeen stelt men dat het gaat om vormen van samenwerking tussen overheidsinstellingen en het bedrijfsleven die bedoeld zijn om infrastructuur te financieren, bouwen, renoveren, beheren of onderhouden of een dienst te verlenen.<sup>27</sup> Een PPS heeft gewoonlijk steeds terugkerende kenmerken:

De samenwerking tussen de publieke en de private partij duurt relatief lang en betreft diverse aspecten van een uit te voeren project. Het project wordt gedeeltelijk door de private sector gefinancierd. De private onderneming speelt een belangrijker rol in het ontwerp, de uitvoering en de financiering van een project, terwijl de publieke partij zich concentreert op het definiëren van de te bereiken doelstellingen betreffende het publieke belang, de kwaliteit van de geboden diensten en het prijzenbeleid. Tenslotte is een laatste kenmerk dat de risico's door beide partijen gedeeld worden, afhankelijk van de capaciteit van de betrokken partijen om risico's te beoordelen, te controleren en te beheersen.

---

<sup>24</sup> Via [www.hm-treasury.gov.uk/media/F20/9F/ACF12A5.xls](http://www.hm-treasury.gov.uk/media/F20/9F/ACF12A5.xls)

<sup>25</sup> Via [pps.minfin.nl](http://pps.minfin.nl).

<sup>26</sup> Via [www.ncppp.org](http://www.ncppp.org).

<sup>27</sup> Groenboek over publiek-private samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten, COM (2004), Brussel (via [europa.eu.int/comm/internal\\_market/publicprocurement/ppp\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/ppp_en.htm)).

## 1.2. HET VLAAMS DECREET VAN 18 JULI 2003 BETREFFENDE PUBLIEK-PRIVATE SAMENWERKING: EEN NORMATIEVE DEFINITIE <sup>28</sup>

### 1.2.1. PPS, een normatief begrip

Het Vlaams PPS-decreet was het resultaat van de ijver van de Vlaamse regering om van PPS een beleidsprioriteit te maken.<sup>29</sup> PPS was al langer - zoals hierboven aangegeven - bekend bij en gebruikt door de verschillende overheden, maar de vaagheid van het begrip had ook haar nadelen. Het PPS-concept werd in de praktijk al te veel gebruikt als een koepelbegrip dat elke vorm van overleg tussen de publieke en de private sector m.b.t. de realisatie van een maatschappelijke wens moest bevatten. Een inhoudsloos begrip was het logische gevolg.<sup>30</sup> Te pas en te onpas werd met de magische formule getoverd. Een normatieve, eenduidige begripsomschrijving was dus één van de doelstellingen van het decreet. Art. 2, 1° van het PPS-decreet definieert PPS-projecten als *“projecten die door publiek- en privaatrechtelijke partijen, gezamenlijk en in een samenwerkingsverband worden gerealiseerd om een meerwaarde voor die partijen tot stand te brengen”*. De definitie probeert een einde te maken aan de bestaande rechtsonzekerheid over de draagwijdte van het PPS-begrip.

Eén van de hoofddoelen van het decreet - aldus de memorie van toelichting - is de creatie van een kader waardoor PPS-projecten worden aangemoedigd of vergemakkelijkt en een krachtige stimulans krijgen, hetzij door de rechtszekerheid van PPS-projecten te vergroten, hetzij door belemmeringen in de bestaande wetgeving weg te werken. Vooral het bestaande domeinrecht en de onmogelijkheid om deel te nemen in andere rechtspersonen door de overheid waren tot dan toe een obstakel.

Andere nieuwigheden in het decreet die voormelde doelstellingen helpen bereiken zijn de verankering van de rol en de organisatie van het Vlaams Kenniscentrum PPS op Vlaams vlak en t.a.v. lokale besturen, een versoepeling van het domeinrecht en een ruimere deelnamemogelijkheid van de overheid aan instellingen, verenigingen en ondernemingen (participatieve PPS).

---

<sup>28</sup> relevante antecedenten zijn de oprichting van het Vlaams Kenniscentrum PPS door het decreet van 22 december 2000, de oprichting van het Overheidsagentschap PPS en het decreet van 6 juli 2001 dat een bepaling invoegde in het decreet betreffende de Vlaamse investeringsmaatschappijen die stelde dat de PMV (participatiemaatschappij Vlaanderen) zich moet toeleggen op het realiseren van projecten inzake PPS.

<sup>29</sup> Vlaams regeerakkoord van 13 juli 1999 “Een nieuw project voor Vlaanderen”, [www.vlaanderen.be/ned/sites/regeerakkoord](http://www.vlaanderen.be/ned/sites/regeerakkoord), 81.

<sup>30</sup> *Parl. St.* VI. Parl. 2002-2003, nr. 1722/2, 5.



### 1.2.2. Afbakening van het PPS-begrip

Vijf constitutieve voorwaarden zijn nodig om van een PPS-project in de zin van het PPS-decreet te kunnen spreken.

Allereerst moet er sprake zijn van een concreet project of initiatief op vlak van een bepaald beleidsdomein (vb. de bouw en uitbating van een sportcomplex, verfraaiing van stads- of dorpskernen...). Hiermee worden meteen beleidsvoorbereidende en algemene taakstellingen uitgesloten.<sup>31</sup> Uit de memorie van toelichting van het decreet blijkt dat het project moet leiden tot een langdurige en duurzame samenwerking die voor beide partijen voordelen en meerwaarde brengt.<sup>32</sup>

Ten tweede moet er sprake zijn van publiek- en privaatrechtelijke partijen zoals hierboven al aangehaald.

Het *gezamenlijke* aspect vereist inbreng van beide partijen. Kenmerkend aan PPS is de verschillende rol die de overheid speelt in vergelijking met de klassieke overheidsopdrachten.<sup>33</sup> Waar bij deze laatste de verticale verhouding kenmerkend is, het risico enkel bij de publieke partner ligt (kenmerkend aan deze procedure is de vaste prijs waartegen de overheid contracteert), er geen sprake is van een gezamenlijke inbreng en een directieve rol voor haar is weggelegd, verschuift de nadruk bij PPS uitdrukkelijk op de horizontale verhouding tussen beide partijen en de meer regisserende rol van de overheid. Het resultaat primeert en de privé-partner wordt voldoende ruimte gelaten voor de manier waarop dit resultaat bereikt moet worden.

Het risico is bovendien verdeeld bij beide partijen op basis van hun specifieke expertise en sterkte. Er ontstaat m.a.w. een vermenging van publieke en private belangen.<sup>34</sup> Een succesvolle samenwerking wordt gekenmerkt door een evenwichtige risicoverdeling. Zo worden de bestuurlijke en beleidsrisico's het best beheerd door de publieke partij en de commerciële risico's door de private partijen (of gedeeld tussen de overheid en de private partner).

Ten vierde is er sprake van een samenwerkingsverband. De decreetgever wilde het PPS-concept niet verankeren in bepaalde bestaande rechtsfiguren en hanteert daarom deze zeer vage omschrijving van "samenwerkingsverband". Globaal genomen is er een tweedeling van verschillende samenwerkingsvormen. Enerzijds is er een contractuele vorm van samenwerking, zoals het sluiten van concessies van openbare werken en

---

<sup>31</sup> D'HOOGHE D. en VANDENDRIESSCHE F., *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 9.

<sup>32</sup> *Parl. St.* VI.R. 2002-03, nr. 1722/1, 4-6.

<sup>33</sup> Cf. *infra*; D. D'HOOGHE en F.VANDENDRIESSCHE, *o.c.*, 14.

<sup>34</sup> J. DE STAERCKE, "Het decreet betreffende publiek-private samenwerking", *TBO* december 2003, 144 e.v.; F. VANDENDRIESSCHE, *o.c.*, 75.

diensten en promotieovereenkomsten. Anderzijds is er een participatieve vorm van samenwerking in de vorm van een specifieke vennootschap met inbreng van alle partijen.<sup>35</sup> In de praktijk worden beide vormen van PPS gecombineerd.

Ten laatste moet er sprake zijn van de realisering van een meerwaarde. Drie mogelijke meerwaardes worden in overweging genomen omdat er sprake zou kunnen zijn van een “meerwaarde” zoals bedoeld in het PPS-decreet. Ten eerste een financiële meerwaarde waarbij een project op een betere manier - die bovendien goedkoper - is gerealiseerd kan worden. Wanneer de overheid beter bepaalde maatschappelijke behoeften kan invullen is er sprake van een maatschappelijke meerwaarde. Ten slotte is er sprake van een operationele meerwaarde wanneer een project d.m.v. PPS sneller of op een minder complexe manier gerealiseerd kan worden. Om de meerwaarde te analyseren is door het Kenniscentrum PPS de ‘*balanced score card*’ ontwikkeld.<sup>36</sup> Meerwaardes realiseren zich in termen van scopeverbreding en optimalisatie, snellere projectuitvoering, een goede afstemming tussen publiek en private investeringen, creatievere aanpak, etc. en realiseren zich veelal op verschillende niveaus. In de ontwikkelingsfase van een project hoeft de overheid - in beginsel<sup>37</sup> - zich niet meer laten leiden door een lastenboek die de privé-partner te volgen heeft, maar kan zij daarentegen via uitvoerig overleg op zoek gaan naar de meest soepele en kostenbesparende uitvoeringsformule. In de uitvoeringsfase leidt de grotere meerwaarde van de privé-partner tot een meer flexibele uitvoering, eventueel ook exploitatie van het project.

Net als de onderscheiding van de klassieke overheidsopdrachten, moet PPS ook onderscheiden worden van de techniek van “alternatieve financiering” die gecreëerd is om budgettaire tekorten op te vangen.<sup>38</sup> Een eerste vorm van alternatieve financiering is de overdracht van gronden, gebouwen of rechten van de overheid aan de privé-sector tegen een bepaalde vergoeding. Een tweede vorm is de “effectisering van overheidsactiva”. Deze constructie houdt in dat overheidsgoederen (onroerende infrastructuren, gronden, ...) als onderpand gaan dienen voor financiers die middelen ter beschikking stellen van de overheid. Na afloop van de periode van “effectisering” komen de goederen opnieuw terecht in het patrimonium van de overheid. PPS onderscheidt zich van alternatieve financiering omdat deze laatste een louter financiële operatie inhoudt in hoofde van de overheid. Risicoverdeling en gezamenlijke doelstellingen komen hier niet aan te pas. “*PPS mag niet toegepast worden louter als instrument van alternatieve financiering, om de schaarste aan (investerings)middelen te compenseren. Budgettaire winst mag dus niet de enkele aanleiding zijn voor PPS, maar kan er wel het resultaat van zijn: hetzelfde doen met minder geld, of meer doen met hetzelfde geld. Vooral moeten doelmatigheidsoverwegingen aan de basis liggen om PPS als*

<sup>35</sup> Cf. infra.; *Parl. St.* VI.R. 2002-03, nr. 1722/1, 4-6.

<sup>36</sup> voor een uitvoerige uitleg over de *balanced score card* verwijs ik naar het *Parl. St.* VI. *Parl.* 2002-03, nr. 1722/02, 21-31.

<sup>37</sup> cf. infra.

<sup>38</sup> D. D’HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *o.c.*, 15.

*instrument in te zetten*”, aldus mevrouw Wivina Demeester in haar voorstel van resolutie betreffende de uitvoering van PPS en het oprichten van een kenniscentrum.<sup>39</sup>

Tot slot moet nog duidelijk gesteld worden dat PPS een concept van samenwerking betreft en in geen geval een rechtsfiguur is<sup>40</sup>. Daaruit volgt dat de inhoudelijke component van PPS niet te vatten is door de loutere notie “PPS”. PPS realiseert zich namelijk via bestaande rechtsfiguren, die het juridisch wettelijke kader van het hele concept gaan bepalen. Elke PPS kan dus een gans andere juridische lading dekken. Een PPS-project kan beperkt blijven tot een louter feitelijke samenwerking zonder enige juridische afdwingbaarheid<sup>41</sup>, maar een project kan ook het kader zijn van een juridische structurering. De samenwerking kan tot stand komen door het sluiten van één of meerdere overeenkomsten (contractuele PPS) of door het oprichten van een gemeenschappelijk gemengde rechtspersoon die belast wordt met de realisering van het specifieke project. De vormen van PPS en het juridisch *instrumentarium* komen aan bod in deel II van dit seminariewerk.

### 1.3. BESLUIT DEEL 1: PPS, EEN CONTAINERBEGRIIP

De begrippensituering volstaat om het PPS-begrip in zijn nuanceringen te vatten, maar de jurist in ons zal begrijpen dat het begrip nog niet op absolute wijze is vastgelegd. Op federaal niveau is een normatieve definitie nog onbestaande. “Vaagheid troef” blijft daar met andere woorden onverkort gelden. Zeggen dat die vaagheid op het Vlaams en lokaal niveau verdwenen is, zou de waarheid geweld aandoen.

Toch moet er op gewezen worden dat de wazige begripsvorming in het decreet géén blijk van onkunde is van de decreetgever, maar een bewust gemaakte keuze is omdat “*PPS dan ook niet te vatten is in één welbepaald en strikt juridisch schema.*”<sup>42</sup> De bedoeling was om ruimte te laten voor evolutie en samenwerkingsvormen tussen overheid en privé. Enig pragmatisme werd hier aan de dag gelegd om te beantwoorden aan de behoefte van creativiteit en op maat gesneden samenwerkingsvormen van de economische realiteit.

## 2. PPS EN HAAR INSTRUMENTARIUM

Het tweede hoofdstuk bekijkt het instrumentarium dat gehanteerd kan worden door de overheid bij PPS van naderbij. Daarbij wordt steeds het onderscheid gemaakt tussen contractuele PPS, waarbij de overheid gaat contracteren met haar publieke partner en participatieve PPS waarbij de overheid samen met een

---

<sup>39</sup> *Parl. St.* VI. Parl. 1999-2000, nrs. 128/1 en 2.

<sup>40</sup> *Parl. St.* VI. Parl. 2002-03, nr. 1722/02, 9; D. D’HOOGHE en F. VANDENDRIESCHE, *o.c.*, 16.

<sup>41</sup> Voorbeelden zijn: overlegstructuren, uitwisselen van informatie,...

<sup>42</sup> *Parl. St.* VI. Parl. 2002-03, nr. 1722/, 4.

private partner gaat participeren in een rechtspersoon, die zij in bepaalde gevallen ook nog moet oprichten.

De keuze tussen een contractuele samenwerkingsvorm of de oprichting van een verenigingsstructuur komt tot stand in functie van verschillende criteria: de karakteristieken eigen aan het samenwerkingsproject, de aard van de behoeften, de wensen van de partners.

Men zal bijvoorbeeld rekening houden met de omvang van de vereiste investeringen, de fiscale en financiële gevolgen van de overwogen formules, het bestaan van onroerende operaties die het project inhoudt en de aanwervingsbehoeften.

De zuiver contractuele formules vertonen een aantal evidente voordelen: een contract afsluiten is veel minder omslachtig dan de oprichting van een vereniging; contracten lenen zich beter tot projecten van beperkte duur of tot een samenwerking die men wenst te kunnen herevalueren op korte of op middellange termijn. In tegenstelling tot een participatieve PPS behoudt iedere partner directe en permanente controle op de realisatie van het project, aangezien geen enkele autonome beheersstructuur in de plaats gesteld is. De overeenkomst zal ieder verwijt van omzeiling van de overheidsopdrachtenreglementering moeten vermijden, wat - rekening houdende met de toepassingsfeer die deze bestrijkt - een belangrijke verplichting vormt. Dat dit niet altijd mogelijk is komt aan bod in het derde hoofdstuk van dit werk.

De nadelen van een louter contractuele samenwerking zijn ook de voordelen van een participatieve PPS. Via een rechtspersoonlijkheid verlopen de relaties met derden via één van de partners of via de twee gezamenlijke partners. Zonder rechtspersoonlijkheid blijft de publieke partner aan de wettelijke beperkingen onderworpen die zijn beheer beheerst, voornamelijk de budgettaire regels, de regels m.b.t. de bevoegdheid van zijn organen en de toezichtcontrole.

In dit tweede hoofdstuk worden een aantal PPS-gerelateerde problemen opgeworpen in het kader van haar *instrumentarium*. Meerbepaald wordt vastgesteld dat de overheid, en niet alleen binnen het PPS-kader, heel vaak gebruik maakt van het privaatrechtelijk instrumentarium, naast haar klassieke publiekrechtelijke overheidsinstrumenten. De vraag die hier gesteld wordt is de vraag naar de mogelijkheid om dit privaatrecht zomaar onbeperkt te hanteren.

Daarnaast wordt nagegaan in hoeverre de privaatrechtelijke verhoudingen worden beïnvloed doordat de aan de PPS deelnemende overheid naast haar rol van partner, tevens een publieke taak, nl. de behartiging van het algemene belang te vervullen heeft. Een wederzijdse beïnvloeding van het privaatrecht

en het publiekrecht is hier aan de orde en bijgevolg uitermate relevant voor de positie van de contractspartner.

Voor de geldigheid van het privaatrechtelijke optreden van de overheid wordt traditioneel gewezen naar de *Tweewegenleer*. Krachtens die leer staat het de overheid vrij om te bepalen welke weg, de privaot- of publiekrechtelijke weg zij wil volgen bij de realisering van haar beleid met enige uitzonderingen. Ook dit komt aan bod in dit hoofdstuk.

Tenslotte komen enkele vormen van contractuele PPS aan bod in deze verhandeling.

Participatieve PPS wordt hier niet *in extenso* besproken omdat dit een apart leerstuk is. Voor de geïnteresseerde lezer wordt hier toch kort het concept geschetst.

De participatieve PPS is een tweede – meer verregaande – realisatiemogelijkheid voor PPS waarin men voorziet in de oprichting van een rechtspersoon met een gedeelde participatie van de overheid en de privé of de participatie van de overheid in bestaande ondernemingen. Doorheen die rechtspersoon worden de activiteiten ontwikkeld die moeten bijdragen tot de realisatie van het beoogde doel van beide participanten. Naast het contractenrecht kan de overheid gebruik maken van het private verenigings- en vennootschapsrecht naast haar publiekrechtelijke oprichtingsmogelijkheden. Eén van de oudste overheidsinstellingen die in de vorm van een private vennootschap gegoten werd, is het Gemeentekrediet dat reeds in 1860 als naamloze vennootschap werd opgericht.<sup>43</sup> Net als de doorgedreven “*contractualisering*” die het overheidsoptreden kenmerkt, kan men nu ook spreken van een doorgedreven gebruik van private verenigings- en vennootschapsvormen. De toenemende decentralisatie wakkert die tendens nog aan zodat men kan stellen dat (min of meer) private verenigingsvormen de overgrote meerderheid vormen. Nochtans mag ons blikveld niet volledig hier gestopt worden. Er moet immers vastgesteld worden dat er nog sprake is van een derde weg naast de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke, namelijk de hybride weg.<sup>44</sup> De hybride weg is een mengvorm tussen rechtspersonen met een zowel privaatrechtelijk als publiekrechtelijk statuut. Volgens Alen en Devroe is de erkenning noodzakelijk om de klassieke *summa divisio* niet op de spits te drijven en te komen tot een heel gekunstelde benadering van de verschillende rechtspersonen.<sup>45</sup>

Traditioneel aanvaardt de rechtsleer de keuzevrijheid van de overheid om haar doelstellingen langsheen het publiekrecht of langsheen het privaatrecht te

---

<sup>43</sup> F. VANDENDRIESSCHE, *o.c.*, 81.

<sup>44</sup> A. ALEN en W. DEVROE, *Verzelfstandiging van bestuurszaken in België*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1999, 23-24.

<sup>45</sup> A. ALEN en W. DEVROE, *o.c.*, 1 en 24.

verwezenlijken. Volgens D'Hooghe zou de overheid onder dezelfde voorwaarden kunnen participeren aan de oprichting van privaatrechtelijke rechtspersonen.<sup>46</sup> Dit werd trouwens uitdrukkelijk door de Raad van State erkend in haar advies bij de oprichting van “de Rand”.<sup>47</sup> Zo stelt zij: “Aangenomen wordt dat de Gemeenschappen en de Gewesten, voor het oprichten van een openbare dienst, twee wegen uit kunnen: een publiekrechtelijke en een privaatrechtelijke.” De Raad van State steunt zich o.a. op Lewalle.<sup>48</sup>

Net als het frequente gebruik van privaatrechtelijke (contracts)instrumenten is ook hier het gebrek aan publiekrechtelijke alternatieven één van de oorzaken die het succes van privaatrechtelijke verenigings- en vennootschapsvormen bij de overheid verklaart.<sup>49</sup> Het gebruik van vennootschapsvormen zou de overheid toelaten om haar taak op een meer typische bedrijfseigen efficiënte manier uit te voeren. Bovendien zou het de overheid toelaten om op te treden als een echte marktspeler.<sup>50</sup> Het private vennootschapsrecht moet de overheid in staat stellen de concurrentie aan te gaan met andere ondernemingen. In dit opzicht zou het ook de aantrekkingskracht voor de privé-partners vergroten omwille van de grotere vertrouwdheid met het privaatrecht en dit is uiteindelijk nog altijd de basisfinaliteit van elke publiek-private samenwerking.<sup>51</sup>

Baeten wijst bovendien op het belang van het privaatrecht als “*commodité*” bij de inrichting van overheidsrechtspersonen.<sup>52</sup> Dit houdt in dat de regelgever over de privaatrechtelijke regels beschikt die een model vormen voor de structurering van nieuwe overheidsrechtspersonen. Het “gemak” in die verwijzing naar het privaatrecht ligt in de kaderfunctie ervan. Verschillende types van zelfstandige overheidsdiensten vallen allen terug op een privaatrechtelijke basisstructuur en dit gaat de onoverzichtelijkheid van de verschillende overheidsrechtspersonen gedeeltelijk tegen.<sup>53</sup>

Het Vlaamse PPS-decreet probeert de deelneming door de Vlaamse overheden aan instellingen, verenigingen en ondernemingen in het kader van participatieve PPS te faciliteren.<sup>54</sup> Het decreet bepaalt dat de Vlaamse regering gemachtigd is om op grond van het private vennootschaps- of verenigingsrecht PPS-verenigingen of joint-ventures op te richten of erin deel te nemen onder

---

<sup>46</sup> D. D'HOOGHE, “De mogelijkheid voor openbare besturen om beleidsovereenkomsten te sluiten en deel te nemen aan de oprichting van rechtspersonen”, *T. Gem.* 1995, 103.

<sup>47</sup> Advies L. 23.686/8 van 5 december 1995 (v.z.w. De Rand).

<sup>48</sup> P. LEWALLE, “Les A.S.B.L., moyen d'action des pouvoirs publics?”, in *Les A.S.B.L. évaluation critique d'un succès*, Gent, E. Story-Scientia, 1985.

<sup>49</sup> F. VANDENDRIESSCHE, *o.c.*, 84.

<sup>50</sup> C. SCHRUEDER, *Publiekrechtelijke taken, private rechtspersonen*, Deventer, Kluwer, 1994, 413.

<sup>51</sup> S. BAETEN, *De overheid als onderneming*, die Keure, Brugge, 2003, 74.

<sup>52</sup> *Ibid.*, 74.

<sup>53</sup> *Ibid.*, 75.

<sup>54</sup> Artikel 13 Vlaams PPS-decreet.

bepaalde voorwaarden. Zo mag er geen sprake zijn van een bevoegdheidsoverdracht en mag er geen inbreng zijn van geld.<sup>55</sup> Wanneer daarentegen wel een inbreng van geld vereist is, wordt de PPS-vereniging gerealiseerd langs een PPS-overheidsagentschap die nog opgericht moet worden.<sup>56</sup> Artikel 14 van het PPS-decreet bepaalt dat de intern verzelfstandigde agentschappen met rechtspersoonlijkheid en de extern verzelfstandigde agentschappen op grond van het private vennootschaps- of verenigingsrecht PPS-verenigingen kunnen oprichten.

Het leerstuk over rechtspersonen koppelen aan de overheid is traditioneel een moeilijke klus. De diversiteit en onduidelijkheid zorgen ervoor dat het voor een leek (ook een jurist-leek) een quasi-onmogelijke opdracht is om zicht te krijgen op het geheel. Het verhaal over het bos en de bomen is op de overheid in het rechtspersonenrecht ook van toepassing. Dit komt dan ook slechts voor de volledigheid ter sprake.

## 2.1. HET GEBRUIK VAN PRIVAATRECHTELIJKE TECHNIEKEN DOOR DE OVERHEID BIJ CONTRACTUELE PPS

### 2.1.1 Inleiding: *contractualisering van het overheidsoptreden*

Door het groeiende takenpakket van de overheid is er nood aan vlot verkeer tussen de overheid en de private sector. Meer nog, die nood van de overheid manifesteert zich ook op het gebied van beleidsuitvoering. Het privaatrecht is dan ook al vaak geschikter gebleken dan het rigidere publiekrecht om aan die eisen te voldoen. Het is geen nieuw gegeven dat de verschillende overheden het privaatrecht gebruiken om aannemingsovereenkomsten, arbeidscontracten, beleids- en beheersovereenkomsten, ... af te sluiten. Recenter is de exponentiële groei van het contractuele optreden van de overheid. Het eenzijdige optreden van de overheid wordt achterwege gelaten. Contractueel handelen neemt die plaats in.<sup>57</sup> R. Kruithof spreekt in die context over de "*contractualisering van het overheidsoptreden*".<sup>58</sup> Het contract wordt gebruikt als beleids-, controle- en samenwerkingsinstrument binnen en tussen verschillende overheden. Beheerscontracten worden frequent gesloten met overheidsbedrijven en samenwerkingsakkoorden tussen de verschillende deelstaten zijn schering en inslag.

Een vaak gehoord argument ter verklaring van het toenemende gebruik door de autoriteiten van privaatrechtelijke instrumenten is het gebrek aan (adequate) publiekrechtelijke alternatieven.<sup>59</sup> De meest aangehaalde reden is de

---

<sup>55</sup> Artikel 13 Vlaams PPS-decreet.

<sup>56</sup> J. DE STAERCKE, "Het decreet betreffende publiek-private samenwerking", *TBO* december 2003, 149

<sup>57</sup> F. VANDENDRIESSCHE, *o.c.*, 79.

<sup>58</sup> R. KRUIHOF, "leven en duur van het contract", *R.W.* 1985-86, 2744.

<sup>59</sup> S. BAETEN, *o.c.*, 75-79; F. VANDENDRIESSCHE, *o.c.*, 83.

flexibiliteit en efficiëntie die kenmerkend zijn voor het privaatrecht.<sup>60</sup> De bestaande publiekrechtelijke technieken worden geassocieerd met “rigiditeit”, “bureaucratie”, “inefficiëntie”,... . Bovendien is de overheid verplicht om te voldoen aan verschillende wetten, decreten of andere regelgeving zoals taalwetgeving, de wet op de overheidsopdrachten, budgettaire verplichtingen enz. wat ertoe leidt dat men er aan wil ontsnappen door het privaatrecht aan te wenden. De vele toezichts-, overleg- en beschermingsmechanismen verdrongen de efficiëntie waarvoor de publiekrechtelijke instrumenten uiteindelijk waren ontwikkeld.<sup>61</sup>

Terugkerend naar het onderwerp van deze verhandeling, stelt men vast dat de samenwerking met private partners juridisch heel vaak vorm krijgt via het contract. In vrijwel elke situatie waar sprake is van een juridisch gestructureerde publiek-private samenwerking komen overeenkomsten aan te pas, ook wanneer die samenwerking later gestalte krijgt in een gezamenlijke rechtspersoon.<sup>62</sup>

De wettelijke grondslag, de begrenzingsen en concrete samenwerkingscontracten worden hierna onderzocht. Beleidsovereenkomsten komen hier niet aan bod vermits zij gemengde overeenkomsten zijn die zowel privaatrechtelijk als publiekrechtelijk uit hun aard zijn, en dus niet omwille van een *sui generis* toepassing van het burgerlijk recht. Convenanten komen hier evenmin te pas omwille van hun aard. Zij dienen meer als alternatief voor wetgeving en vormen dus ook een beleidsinstrument.

### 2.1.2. *Wettelijke grondslag voor het gebruik van contractuele technieken*

Artikel 105 van de Grondwet stelt dat elke rechtshandeling van de uitvoerende macht (*sensu lato*) steun moet vinden in grondwettelijke of wetskrachtige bepalingen. Dat die algemene wettelijke basis voor de mogelijkheid van de overheid om te contracteren kan gevonden worden in artikel 1123 B.W. is niet nieuw.<sup>63</sup> Aangezien er geen wet is die de overheid verbiedt om contracten aan te gaan en zij dus daartoe niet onbekwaam is verklaard, kan inderdaad de grondslag in deze redenering gevonden worden. Daarenboven kan de mogelijkheid voor de overheid om met de private sector contracten te sluiten door een norm uitdrukkelijk worden voorzien. Dit is ondermeer het geval in het decreet van 15 juni 1994 betreffende milieubeleidsovereenkomsten. Wanneer dergelijke wetgevende, decretale of ordonnantie machtiging bestaat

---

<sup>60</sup> F. VANDENDRIESSCHE, *o.c.*, 2004, 87.

<sup>61</sup> De rechtsleer benadrukt echter het mogelijke gevaar van die privaatrechtelijke flexibiliteit. Wanneer men het privaatrecht gebruikt verliest men automatisch de aan de privaatrechtelijke technieken verbonden transparantie, toezichtmechanismen en rechtsbescherming.

<sup>62</sup> A.G. BREGMAN, *Juridisch-bestuurlijke aspecten van publiek-private samenwerking*, Antwerpen, Kluwer-Deventer, 1990, 69.

<sup>63</sup> O.a. M. BOES, *Administratief recht*, Leuven, Acco, 2003, 243.



rijst er geen probleem. Dit kan echter anders zijn wanneer er geen uitdrukkelijke machtiging voorhanden is.

De vraag stelt zich of het wel nodig is dat een grondwettelijke of wetskrachtige bepaling voor handen is alvorens de overheid kan contracteren. Men zou kunnen aannemen dat dat vereiste in de grondwet een beschermingsmaatregel is t.a.v. diegene waarop de overheidshandeling betrekking heeft. De overheid die eenzijdig het recht vaststelt speelt hier niet mee, maar wel de overheid die door middel van wederzijdse beïnvloeding met de private partner komt tot het sluiten van een contract.

### *2.1.3. Geoorlooftheid van het gebruik van privaatrechtelijke technieken*

Een meerderheid van de rechtsleer aanvaardt de “**Twewegen-leer**”. Om haar beleid te verwezenlijken zou de overheid beroep kunnen doen op burgerrechtelijke instrumenten, ook al is een publiekrechtelijk procédé voor handen. Deze mogelijkheid van de overheid is echter aan bepaalde beperkingen of voorwaarden onderworpen.<sup>64</sup> De keuze voor het privaatrecht mag niet strijdig zijn met dwingende bepalingen, het moet de algemene rechtsbeginselen respecteren, zij mag geen bevoegdheidsoverschrijding inhouden, mag niet leiden tot een bevoegdheidsdelegatie en mag tenslotte niet leiden tot de miskennis van haar eigen beoordelingsvrijheid.

#### **a. Verbod strijdigheid met dwingende positiefrechtelijke regeling**

Allereerst kan de overheid geen beroep doen op contracten wanneer het gebruik ervan door nationale of internationale regels verboden wordt. Het begrip “regelgeving” moet hier héél ruim geïnterpreteerd worden. Zowel nationale als internationale bepalingen vallen hieronder, evenals een louter impliciet verbod.<sup>65</sup> Bovendien kunnen ook geen contracten aangegaan worden wanneer de publiekrechtelijke regeling bijzondere waarborgen voor derden omvat<sup>66</sup> en het alternatief privaatrecht geen *gelijkwaardige* garanties inhoudt. Vooral de materiële bescherming is in dit opzicht van belang. Hiermee wordt de bescherming bedoeld door middel van beginselen, bepalingen, ... . De formele bescherming, d.i. de mogelijkheid om naar de administratieve rechter te stappen, krijgt minder gewicht toegekend.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> M. BOSMANS, “De verhouding tussen het privé-contractenrecht en het publiek recht”, *R.W.* 1985-1986, 2118.

<sup>65</sup> D. D’HOOGHE, ‘de mogelijkheid voor openbare besturen om beleidsovereenkomsten te sluiten en deel te nemen aan de oprichting van rechtspersonen”, *T. Gem.* 1995, 79; D. D’HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *o.c.*, 23.

<sup>66</sup> Hier worden overleg-, bezwaar, bekendmakingsprocedures,...bedoeld. D. D’HOOGHE, *o.c.*, 79; W. VAN GERVEN, “Beleidsovereenkomsten” in *Ac. Anal.* Brussel, Koninklijke academie voor wetenschappen, letteren en schone kunsten van België, 1984, 57.

<sup>67</sup> M.W. SCHELTEMA en M. SCHELTEMA, *Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Kluwer Deventer, 204.

Op het eerste gezicht lijkt deze voorwaarde het gebruik van privaatrechtelijke technieken in de weg te staan. Publiekrechtelijke procédés - zoals de bekendmakingprocedure - zijn vaak speciaal in het leven geroepen om transparantie te bewerkstelligen ter bescherming van derden. Nochtans worden geen *identieke* maar wel *gelijkwaardige* waarborgen vereist.<sup>68</sup> Die gelijkwaardigheid moet niet veralgemeend benaderd worden maar er wordt wel *in concreto* rekening gehouden met de publiekrechtelijke alternatieven die voorhanden zijn en met de rechtskracht van het aangewende instrumentarium.<sup>69</sup> Waar het contract door de overheid per definitie inspraak en precontractueel overleg van beide partijen waarborgt, is er dan ook meer nood aan publiekrechtelijke waarborgen wanneer de overheid eenzijdig optreedt zonder enige vorm van inspraak.

In dit opzicht kan ook wat geschreven worden over de rechtsbescherming naargelang wanneer de overheid eenzijdig optreedt of wanneer deze contractueel optreedt. De Raad van State is bevoegd voor beroepen tegen eenzijdig overheidsoptreden. Stellen dat de privaatrechtelijke alternatieven automatisch onwettig zijn wegens gebrek aan een beroepsmiddel is dan ook al te voorbarig. De theorie van de “*acte détachable*” of de afsplitsbare akte voorziet immers al een beroepsmogelijkheid die de totstandkoming van het contract omhelst.<sup>70</sup> Niet het contract zelf, maar de keuze voor de contractspartij kan bij de Raad van State aangevochten worden. Bovendien leert de rechtspraak ons dat de bescherming die geboden wordt door de rechterlijke macht niet als minderwaardig beschouwd mag worden.<sup>71</sup>

## **b. Verbod strijdigheid met algemene rechtsbeginselen**

Het contractuele optreden van de overheid mag niet strijdig zijn met de algemene rechtsbeginselen, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel.<sup>72</sup> De loutere keuze van de overheid om het privaatrecht te gebruiken is niet strijdig met het gelijkheidsbeginsel. Maar vooral het aangaan van de contracten moet met de grootste voorzichtigheid benaderd worden en meerbepaald de keuze van de contractant is hierbij van belang. De overheid moet op zijn minst de gelijkheid van alle potentiële contractanten in acht nemen. Daarom kan in het kader van PPS de regeling i.v.m. overheidsopdrachten niet zomaar onbehoedzaam opzij geschoven worden.<sup>73</sup> Op grond van het Europese recht

<sup>68</sup> D’HOOGHE D. en VANDENDRIESSCHE F., *o.c.*, 2003, 23.

<sup>69</sup> *Ibid.*, 24.

<sup>70</sup> *Ibid.*, 2003, 24.

<sup>71</sup> R.v.St., Missorten, nr. 93.104, 6 februari 2002 (www.raadvst-consetat); Arbitragehof, nr. 57/92, 14 juli 1992, *B.S.* 20 oktober 1992; Arbitragehof, nr. 80/92, 23 december 1992, *B.S.* 19 januari 1993; Arbitragehof, nr. 68/2002, 28 maart 2002 (via www.arbitrage.be);

<sup>72</sup> D. D’HOOGHE en F.VANDENDRIESSCHE, *o.c.*, 25; W. VAN GERVEN, *De overheid in het verbintenissenrecht. Hoe blauw is het bloed van de prins?*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1984, 58.

<sup>73</sup> Cf. *infra*.

zal de overheid grotere projecten die onder het toepassingsgebied van de wet vallen moeten aanbesteden.

Hierbij moet opgemerkt worden dat in Nederland de algemene beginselen van behoorlijk bestuur wettelijk van toepassing zijn verklaard door het art. 3:14 B.W.<sup>74</sup>

### **c. Verbod tot miskennen van de bevoegdheid van andere overheden en verbod tot bevoegdheidsdelegatie**

Bevoegdheidsomzetting tussen verschillende overheden via het gebruik van contracten is eveneens verboden.<sup>75</sup> De overheid mag haar bevoegdheid om een bepaald contract aan te gaan niet misbruiken voor een ander doel dan waarvoor zij is gegeven, door bijvoorbeeld verplichtingen op te leggen die publiekrechtelijk niet mogelijk waren.<sup>76</sup> Contractuele clausules, vooral dan in beleidsovereenkomsten, zouden het eenvoudig kunnen maken om - weliswaar onrechtstreeks - de bevoegdheid van een andere overheid uit te oefenen. Door bijvoorbeeld in overeenkomsten m.b.t. milieuverontreiniging, wat een gewestelijke materie is, productnormen vast te stellen, terwijl dit specifieke aspect tot de federale materie behoort, schendt men de bevoegdheidsverdeling.

Het verbod om via contracten bevoegdheden te delegeren hangt hiermee heel nauw samen.<sup>77</sup> Een overheid mag geen afbreuk doen aan haar eigen bevoegdheid door van het privaatrecht gebruik te maken. Artikel 33 van de Grondwet stelt dat alle machten op de door de Grondwet bepaalde wijze uitgeoefend moeten worden. Hieruit werd door de rechtspraak al sinds mensenheugenis afgeleid dat de bevoegdheid van een overheid onoverdraagbaar is.<sup>78</sup>

Toch moet dit standpunt genuanceerd worden. Het Hof van Cassatie aanvaardde in 1920 een bevoegdheidsdelegatie wanneer die delegatie aan een aantal voorwaarden voldeed. Op de eerste plaats moet de delegataris toezicht houden over de gedelegeerde overheid. Ten tweede moet de delegatie te allen tijde herroepbaar zijn. Ten derde moeten beslissingen onderworpen zijn aan de goedkeuring van de delegataris, die zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend kan goedkeuren. Tenslotte mogen die beslissingen slechts betrekking hebben op detailmaatregelen.<sup>79</sup>

---

<sup>74</sup> M.W. SCHELTEMA en M. SCHELTEMA, *o.c.*, 170.

<sup>75</sup> D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *o.c.*, 2003, 25.

<sup>76</sup> M.W. SCHELTEMA en M. SCHELTEMA, *o.c.*, Kluwer Deventer, 202.

<sup>77</sup> D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *o.c.*, Brugge, die Keure, 2003, 26.

<sup>78</sup> Cass. 6 februari 1890, *Pas.* 1891, I, 5; B. LOMBAERT, "la délégation de compétence en matière administrative et le pouvoir d'évocation du délégué", *A.P.T.* 1997, 155-156.

<sup>79</sup> Cass. 4 mei 1920, *Pas.* 1920, I, 135-143; R.v.St., De Gussem, nr. 41.831, 1 februari 1993; A. VRANCKX, "Plaatsvervangende delegatie van overheidsbevoegdheid", *R.W.* 1961-62, 2383-2394.

Van Gerven stelt dat als gevolg van die onoverdraagbaarheid van bevoegdheden de overheid van rechtswege het recht behoudt om eenzijdig, in het algemeen belang, de overeenkomst te herzien of beëindigen.<sup>80</sup>

De meerderheid van de rechtsleer verwerpt ondertussen de theorie van het “administratief contract” die stelt dat er naast de burgerrechtelijke contracten ook nog contracten met een afwijkende (meer publiekrechtelijk gerichte) regeling bestaan. Dit belet niet dat de wijzigbaarheid van het contract voorzien kan worden in een beding en dus contractueel gerechtvaardigd wordt. Er moet m.i. absoluut de voorkeur aan gegeven worden om in alle opzichten het privaatrecht te respecteren wanneer de overheid ervoor gekozen heeft. Aangezien de overheid vaak contracteert met het oog op het algemeen belang, moeten langs contractuele weg dus waarborgen geboden kunnen worden die dat algemeen belang behartigen en vrijwaren. Bevoegdheidsbeperkende bedingen moeten op korte termijn ongedaan gemaakt kunnen worden.<sup>81</sup> Nochtans durft de rechtspraak te nuanceren op vlak van deze quasi-onbeperkte gebondenheid. Zo zijn er arresten geweest door de Nederlandse Hoge Raad die afwijkingen onder strikte voorwaarden toelaten.<sup>82</sup> De Hoge Raad voorzag een mogelijke wijziging wanneer er sprake was van onvoorziene omstandigheden en wanneer het algemeen belang ernstig bedreigd wordt bij een ongewijzigde uitvoering van de overeenkomst.

De link met de in België niet-erkende imprevisieeler moet hier gemaakt worden. Men zou kunnen stellen dat, wanneer men een onverkorte toepassing van het privaatrecht de voorkeur geeft, het dan nog geoorloofd is om een (discriminator?) onderscheid te maken tussen de overheid en de private partner die in gelijkaardige omstandigheden terecht kan komen, *mutatis mutandis*. *Mutatis mutandis* omdat t.a.v. de private partner de wijziging van het contract zich niet opdringt omwille van de vrijwaring van het algemeen belang, doch omwille van een onevenwicht tussen de aangegane verbintenissen, dus een particulier belang. Verantwoordt m.a.w. de specifieke toepassing van de imprevisieeler hier een wijziging van het contract, wetende dat de private partner in diezelfde situatie zich hier nooit zou op kunnen beroepen? M.i. zou dit mogelijk moeten zijn onder strikte voorwaarden en met recht op schadevergoeding voor de private partner. Doch, er moet gepoogd worden om bij voorkeur deze situatie volledig contractueel vast te leggen om zoveel mogelijk de onduidelijke hybride toepassing van zowel het privaatrecht als het publiekrecht te vermijden.

Volgens Scheltema en Scheltema is de keuzevrijheid van de overheid tussen de publiekrechtelijke en de privaatrechtelijke weg echter niet zomaar onbeperkt.<sup>83</sup> Het bestuursrecht waarborgt immers dat de positie van de burger en de

---

<sup>80</sup> W. Van Gerven, *o.c.*, 58.

<sup>81</sup> D. D’HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *o.c.*, 32

<sup>82</sup> A.G. BREGMAN, *o.c.*, 21 verwijst naar HR 4 januari 1963, NJ 1964, 202-204

<sup>83</sup> M.W. SCHELTEMA en M. SCHELTEMA, *o.c.*, 199

bevoegdheden van de verschillende overheden niet worden aangetast door het gebruik van overeenkomsten. Vandaar dat het privaatrecht *doorkruist* wordt door een aantal publiekrechtelijke beperkingen.

#### **d. Verbod van miskening van de eigen beoordelingsvrijheid**

Het correlaat van de onoverdraagbaarheid van de bevoegdheid is het verbod om de beoordelingsvrijheid van de overheid bij het uitoefenen van een bepaalde bevoegdheid over te dragen. Logischerwijze is daarvoor vereist dat die overheid uiteraard een zekere discretionaire bevoegdheid heeft bij de uitoefening van die bevoegdheid. Een contracterende overheid kan niet toelaten dat via dat contract een activiteit door de privé-partner wordt uitgeoefend waar normaal een vergunning is vereist.

##### *2.1.4. Toepassing van het burgerlijk recht op de overeenkomsten van de overheid*

Waar zonet de vragen gesteld werden naar de mogelijkheid voor de overheid om het privaatrecht te hanteren en de vraag naar de beperkende voorwaarden om dit mogen te doen, wordt nu specifiek ingegaan op de vraag naar de toepassing van het burgerlijk contractenrecht op de door die overheid gesloten overeenkomsten.

Het PPS-project realiseert zich vaak door middel van contracten en de relevantie van deze vraag is dan ook evident. In hoeverre kan de overheid haar verhouding met de private partner contractueel vastleggen en welke publiekrechtelijke beperkingen gelden hier? Is het burgerlijk contractenrecht onverkort van toepassing? Hierbij moet nogmaals verwezen worden naar hetgeen hierboven reeds gesteld werd. PPS is namelijk geen rechtsfiguur maar slechts een conceptueel kader. Hierbij moet dus herhaald worden dat vele contracten terzake dienst kunnen doen om het project te realiseren. Beoogd wordt om van een aantal contracten na te gaan of zich hier specifieke problemen opwerpen tussen de verhouding publiekrecht en privaat contractenrecht.

Bovendien moet herhaald worden dat steeds vaker aangenomen wordt dat er geen zogenaamde “administratieve contracten” met een eigen karakter bestaan. De tegenstanders van de theorie van het administratief contract stellen dat het privaat contractenrecht wordt beheerst door de artikels in het Burgerlijk Wetboek van 1804 en dat dit geheel van basisregels, dat als gemeen recht geldt, op alle overeenkomsten toepasselijk is, onder voorbehoud van *leges speciales*. Het burgerlijk recht wordt beheerst door een aantal typische algemene beginselen zoals het beginsel van consensualisme, wilsautonomie, uitvoering te goeder trouw e.d. ... Daarentegen wordt het administratief recht ook gekenmerkt door algemene principes van de openbare dienst zoals het

beginsel van de veranderlijkheid, continuïteit en benuttigingsgelijkheid.<sup>84</sup> Dat die verhouding problematisch is en voor specifieke problemen kan zorgen is duidelijk. Met als vertrekpunt de toepassing van het burgerlijk recht op de door de overheid gesloten contracten met een private partner, valt het dan ook te verwachten dat er een publiekrechtelijke inkleuring aan die contracten gegeven wordt.

De theorie van de administratieve contracten en het verwerpen van die theorie behoort niet tot het onderwerp van dit seminariewerk. Maar kort kan worden gesteld dat volgens eerdere rechtsleer bij administratieve contracten (*contrats administratifs*) (o.a. domeinconcessie, concessie van openbare dienst, aanneming van werken...) de overheid en haar contractspartij allerminst op gelijke voet staan. De overheid zou gerechtigd zijn om te mogen afwijken van het gemeen privaatrecht omdat deze het algemeen belang behartigt. Omwille van die belangrijke taak en het kaderen van de algemene bestuurlijke beginselen van de veranderlijkheid en de continuïteit van de openbare dienst hierin geniet zij volgens de aanhangers van bepaalde voorrechten. Zo zou deze eenzijdig de voorwaarden van het contract mogen bepalen, eenzijdig de overeenkomst mogen beëindigen enz. De “kracht van wet” die zou uitgaan van het contract zou het de overheid moeilijk maken om alsnog haar openbare macht uit te oefenen. Vooral het Flandria-arrest van 4 november 1920 wordt door de tegenstanders aangehaald om erop te wijzen dat er geen, voor de toepassing van het burgerlijk recht relevant, onderscheid bestaat tussen de overheid als “*personne civile*” en de overheid als “*souverain*” en dat dit onderscheid bovendien geen voldoende rechtsgrond heeft om het onderscheid alsnog te verantwoorden.<sup>85</sup>

### **a. Algemene verbintenisrechtelijke regels van toepassing op PPS-contracten**

#### *1. De geldigheidsvoorwaarden*

De algemene geldigheidsregels inzake het sluiten van overeenkomsten zijn ook van toepassing op de overheid. Meerbepaald de wil, de bekwaamheid en een geoorloofde oorzaak zijn nog steeds vereist. De nietigheid van de overeenkomst volgt wanneer één van deze voorwaarden voor een geldige overeenkomst ontbreekt of geschonden is. Bovendien mag het voorwerp van de overeenkomst niet strijdig zijn met de goede zeden en de openbare orde. Het is een overheid niet toegelaten via het sluiten van een overeenkomst

---

<sup>84</sup> M. BOSMANS, “De verhouding tussen het privé-contractenrecht en het publiek recht”, *R.W.* 1985-1986, 2101

<sup>85</sup> J. MERTENS, “De contractuele verantwoordelijkheid van de openbare besturen”, *T.B.P.* 1948, 116; W. VAN GERVEN, “Beleidsvereenkomsten”, *Academiae Analecta*, 1984, 47; Een ander bezwaar is de moeilijkheid om uit te maken wanneer de overheid nu een contract sluit in het algemeen belang of wanneer deze overheid als “*particulier*” optreedt.

grondrechten te ontduiken.<sup>86</sup> Er kan hier b.v. gedacht worden aan een overheid die de exploitatie van een bioscoopcomplex overlaat aan een private partner met als beding dat niets vertoond mag worden dat ingaat tegen het cultuurbeleid van de gemeente. Hiermee zou immers de vrije meningsuiting beknot kunnen worden op een onrechtmatige manier. Dit is een voorbeeld van een horizontale doorwerking van de mensenrechten omdat de overheid hier als contractspartij optreedt.

## 2. De mogelijkheid om een vergoeding te bedingen

Een heikel punt in de toepassing van het privaats contractenrecht is de vraag in hoeverre de overheid de mogelijkheid moet krijgen om geldelijke vergoedingen te bedingen voor het verlenen van toestemming voor het genot van het openbaar domein. Men kan opwerpen dat de overheid enkel via de publiekrechtelijke weg, namelijk het heffen van belastingen, pecuniaire vergoeding mag en kan innen.<sup>87</sup> Dit standpunt moet echter niet gevolgd worden omdat niets in de weg staat dat een vergoeding zou kunnen worden geheven voor het bijzonder gebruik van dat openbaar domein, met name een andere dan overeenkomstig haar publieke bestemming.<sup>88</sup> Wel moet nagegaan worden of de toepasselijke publiekrechtelijke regeling, indien deze aanwezig is, ruimte laat voor een financiële vergoeding. Wanneer die regeling niet aanwezig is, is het bedingen van een vergoeding volgens Scheltema toegestaan wanneer deze een rechtstreekse bijdrage aan de doelstelling van de wettelijke regeling levert en het algemeen belang het innen van het geldbedrag noodzakelijk maakt. Deze visie lijkt hoofdzakelijk toepasbaar te zijn op concessies of verhuringen van domeingoederen. De toepassing ervan op andere contracten is minder adequaat.

## 3. De vernietigbaarheid van overeenkomsten

Volgens Scheltema is de toepasselijkheid van de regels m.b.t. de vernietigbaarheid op overeenkomsten gesloten door de overheid logisch, maar geen evidentie.<sup>89</sup>

Ten eerste zou men kunnen beweren dat de overheid geen beroep kan doen op rechtsdwaling bij het aangaan van de overeenkomst. Rechtsdwaling kan in beginsel een grond tot vernietiging uitmaken wanneer deze essentieel en doorslaggevend is en bovendien verschoonbaar. Onder het principe dat eenieder geacht wordt de wet te kennen, wordt verschoonbaarheid zelden aanvaard, *a fortiori* wanneer dit de overheid zelf betreft. Deze bemerking van Scheltema is terecht maar is geen doorkruising van publiekrecht en

---

<sup>86</sup> M.W. SCHELTEMA en M. SCHELTEMA, *o.c.*, 191.

<sup>87</sup> *Ibid.*, 206.

<sup>88</sup> *Ibid.*, 206

<sup>89</sup> *Ibid.*, 222.

privaatrecht, nog minder een afwijking van het privaatrecht, maar wel een volkomen correcte toepassing ervan.

Zo is het eveneens niet ondenkbaar dat de overheid, bij het sluiten van een overeenkomst met een private partner misbruik maakt van haar machtspositie en daardoor een onevenwicht creëert tussen de private en de publieke partner. Wanneer alle voorwaarden voor een gekwalificeerde benadeling voor handen zijn belet niets dat de burgerlijke rechter de overeenkomst vernietigt. T.a.v. de overheid zou men kunnen beweren dat de voorwaarden voor gekwalificeerde benadeling genuanceerd worden in die zin dat de overheid niet snel misbruik zal kunnen maken van haar machtspositie aangezien zij die positie kan gebruiken ter behartiging van het algemeen belang.<sup>90</sup>

Een tweede moeilijkheid terzake is dat de vernietiging van een overeenkomst in botsing kan komen met het vertrouwensbeginsel. De vernietiging kan er immers voor zorgen dat een gewettigd vertrouwen van de private contractspartij geschaad is. Dit beginsel, dat niet ingeroepen kan worden tussen burgers onderling, tenzij verdoken via rechtsmisbruik, kan aanleiding geven tot schadevergoeding.

Een andere moeilijkheid betreft het feit dat de keuze van een bepaalde contractspartij door een administratieve rechtbank in bepaalde gevallen vernietigd kan worden<sup>91</sup> op verzoek van een derde en dit in beginsel onrechtstreekse gevolgen kan hebben voor de daaruit voortvloeiende overeenkomst. Een vernietigingsarrest van de Raad van State heeft namelijk niet enkel werking tussen partijen in het geding, maar jegens eenieder.<sup>92</sup> De onderliggende eenzijdige handeling, die aangevochten kan worden bij de administratieve rechter op basis van de theorie van de *acte détachable*, valt weg als wil om te contracteren en bijgevolg verdwijnt in beginsel ook het daaruit voortvloeiende contract als *negotium*. De overeenkomst zelf, als *instrumentum*, blijft bestaan omdat de Raad van State dit niet kan vernietigen aangezien het geen eenzijdige overheidshandeling betreft. De overeenkomst kan echter niet meer worden uitgevoerd en er kan mitsdien geen nakoming worden gevorderd. Om de overeenkomst te vernietigen moet dus nog naar de burgerlijke rechter gestapt worden. Deze stand van zaken is onbevredigend. Ten eerste leidt de theorie van de *acte détachable* ertoe dat - het aanbestedingsrecht buiten beschouwing gelaten - een derde partij op een voor de goede werking van een PPS-project nefaste manier te pas en te onpas de beslissing van de overheid om met een welbepaalde partij te contracteren kan

<sup>90</sup> M.W. SCHELTEMA en M. SCHELTEMA, *o.c.*, 224.

<sup>91</sup> met "in bepaalde gevallen" doel ik op het feit dat de beslissing moet uitgaan van een "administratieve overheid" (art. 9 R.v.St.-wet), dit begrip is het voorwerp van bepaalde rechtsleer, maar maakt hier niet het voorwerp van deze verhandeling uit. Er wordt doorverwezen naar: R. MAES, *Het begrip administratieve overheid in art. 9 van de wet van 23 december 1946 houdende instelling van een Raad van State*, Brussel, 1967.

<sup>92</sup> M. BOES, *o.c.*, 323.



aanvechten. In een analoge situatie tussen private partners zou dit niet mogelijk zijn wegens de relativiteit van elke overeenkomst. Wanneer dit nochtans wel gebeurde naar aanleiding van een aanbesteding van de overheid komt dit daarenboven in strijd met art. 1 van de Richtlijn 89/665/EEG dat de Lidstaten de verplichting oplegt om te voorzien in een “doeltreffend en vooral zo snel mogelijk beroep” tegen besluiten van aanbestedende diensten. In dit opzicht is het dus nefast voor de geschade derde.<sup>93</sup>

#### 4. De (niet-)uitvoering van het contract

Wanneer de overheid een contract sluit met een private partner is zij tot naleving van de overeenkomst gehouden. De privaatrechtelijke vorderingen ter nakoming van het contract spelen hier dus volop. Scheltema meent, m.i. terecht, dat de overheid geen publiekrechtelijke bevoegdheden mag gebruiken, zoals het gebruik van haar dwangmonopolie, om de medecontractant tot nakoming van de overeenkomst te dwingen.<sup>94</sup> In het tegenovergestelde geval zou de overheid kunnen genieten van de voordelen van het privaatrecht gecombineerd met de voordelen van het publiekrecht. Dit zou echter een ongeoorloofde *machtsafwending* zijn en moet dan ook afgewezen worden. Inmenging van het publiekrecht in het privaatrecht zou daarentegen wel kunnen plaatsvinden wanneer de rechter moet oordelen of een verdere naleving van de overeenkomst door de overheid nog billijk is. Hij zou immers kunnen oordelen dat in het licht van het algemeen belang het vlugger niet meer als redelijk zou kunnen worden beschouwd dat het contract nog moet nageleefd worden.

#### b. Contracten die aan een *lex specialis* onderworpen zijn

Allereerst zijn er de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, levering en diensten, die aan een speciaal statuut onderworpen zijn, en een mengvorm vertonen van zowel publiekrechtelijke als privaatrechtelijke aard en het voorwerp uitmaken van Nationale en Europese regelgeving i.v.m. overheidsopdrachten.<sup>95</sup> Dit betekent dan ook dat deze contracten via uitdrukkelijke wettelijke bepalingen afwijken van het gemene recht en (gedeeltelijk) onder een specifieke regeling vallen.<sup>96</sup> Vooral de keuze van de private partner waarmee in zee wordt gegaan is voorwerp van een heel specifieke regeling. De overheidsopdrachten moeten namelijk gesloten worden na specifieke procedures doorlopen te hebben. Het basisprincipe van de regeling is een georganiseerde openbare aanbesteding met verregaand toezicht op de uitvoering ervan. Gelet op de specifieke wetgeving heeft het gemeenrecht nog slechts een suppletief karakter.

---

<sup>93</sup> Cf. infra.

<sup>94</sup> M.W. SCHELTEMA en M. SCHELTEMA, *o.c.*, 233.

<sup>95</sup> Cf. infra.

<sup>96</sup> D. D'HOOGHE en F.VANDENDRIESSCHE, *o.c.*, 42.

Binnen die aanbestedingscontracten vindt men bovendien twee specifieke contractsvormen terug die de overheid toelaten om een flexibelere aanbesteding mogelijk te maken, met name de promotieovereenkomst en de concessie van openbare werken.

Dergelijke specifieke wetgeving kan ook teruggevonden worden voor de inpachtgeving van landeigendom door de verschillende overheden en voor overeenkomsten die het vervreemden van onroerende goederen door de overheden betreffen.<sup>97</sup>

### **c. Overeenkomsten die een speciaal statuut toegekend zijn door de rechtsleer en de rechtspraak**

Hoewel daarnet geopperd werd dat er niet veel te voelen valt voor een tweedeling van de contracten die de overheid sluit (contrats administratifs en contrat de l'administration) moet toch vastgesteld worden dat de rechtspraak en de rechtsleer een nood voelden om aan bepaalde contracten door de overheid gesloten een bijzonder statuut toe te kennen. De klassieke argumenten zoals "in het kader van het algemeen belang", "beginsel van continuïteit" en "beginsel van veranderlijkheid" doken ook hier weer op. Bijgevolg kregen bepaalde overeenkomsten doorheen de rechtspraak een bijzonder statuut mee: zo ook de concessies van openbare dienst, domeinconcessies en de beleidsovereenkomsten.

#### *1. Concessie van openbare dienst*

De overheid kan een *openbare dienst* laten waarnemen door een private partner in plaats van door zichzelf en dit mits naleving van de door de overheid bepaalde voorwaarden, op eigen kosten en risico en tegen een vergoeding die normaliter op de gebruikers wordt verhaald.<sup>98</sup> De vervoersdiensten die door de Lijn aan privaatrechtelijke vervoerders in concessie worden gegeven, de zgn. verpachte lijnen, de watervoorziening in een gemeente, ... vormen hier schoolvoorbeelden van. Deze nogal vage aan het Frans recht ontleende rechtsfiguur kent de laatste jaren een hernieuwde belangstelling aangezien zij niet aan de wetgeving betreffende de overheidsopdrachten onderworpen is en bijgevolg nogal "inventief" aangewend werd om de wetgeving terzake te omzeilen.<sup>99</sup>

---

<sup>97</sup> Artikel 18 van de Pachtwet.

<sup>98</sup> M. BOES, *o.c.*, 170; A. MAST e.a., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 2002, 144.

<sup>99</sup> F.VANDENDRIESSCHE, "Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en private partners", *C.D.P.K.* 2002, 339.

De rechtspraak heeft aangenomen dat dit recht precair en herroepbaar is.<sup>100</sup> Ook hier moet benadrukt worden dat te verwachten valt dat het sluiten van een concessie van openbare dienst met een bepaalde overheid niet volledig zal steunen op een onderhandeld contract vermits de waarneming van een openbare dienst in het geding is en dit rechtstreeks in verband staat met het algemeen belang. De wijze van exploitatie van de dienst (o.m. de tarieven, modaliteiten...) zal op een eenzijdige manier worden vastgesteld in een reglement door de contracterende overheid aangegaan.<sup>101</sup> De publieke partij behoudt het toezicht. In die mate wordt er dus door deze deels contractueel, deels reglementaire figuur afgeweken van het gemeen contractenrecht aangezien de contracterende overheid het zeggenschap heeft over de meeste contractvoorwaarden. Die ongelijkheid bij het contracteren wordt verantwoord, zoals vermeld, door de behartiging van het algemeen belang door de overheid. De voorstanders van het administratief contract opperen ook dat de overheid meer toezichtmogelijkheden en een meer leidinggevende rol zou spelen bij de uitvoering van het contract.<sup>102</sup>

Een tendens die de laatste jaren op te merken valt is de hernieuwde (schijn?)belangstelling voor de concessie van een openbare dienst. Vaak wordt deze rechtsfiguur gebruikt – of beter misbruikt – om het gebruik van de veel strikter gereguleerde overheidsopdrachten te vermijden.<sup>103</sup> De private contractant draagt hier immers de eindverantwoordelijkheid met betrekking tot het uitvoeren van de dienst, terwijl bij overheidsopdrachten de contractant enkel verplicht is om welbepaalde prestaties te verrichten. Het Europees Hof van Justitie en de Europese Commissie zagen dit gebeuren en hebben dan ook criteria gezocht en gevonden om de twee rechtsfiguren voortaan duidelijk van elkaar te onderscheiden.<sup>104</sup> Het determinerend criterium om de overheidsopdrachten te onderscheiden van een concessieovereenkomst is het exploitatiecriterium. De eerste houdt immers geen exploitatierisico in omdat de aannemer na de bouw het geld ontvangt van de aanbestedende overheid, terwijl de vergoeding van een concessie verbonden blijft aan de investeringen in relatie tot de inkomsten die gehaald kunnen worden uit het gebruik.<sup>105</sup>

---

<sup>100</sup> Cass. 10 mei 1929, *Pas.* I, 183; Cass. 31 mei 1978, *Arr. Cass.* 1978, 1159-1163; M. BOSMANS, o.c., *R.W.* 1985-1986, 2103.

<sup>101</sup> Cass. 4 december 2000, *R.W.* 2002-03, 1578-1583, noot A. VAN OEVELEN, “de contractuele versus de reglementaire rechtsverhouding tussen openbare nutsbedrijven en hun gebruikers, en de rechterlijke toetsing van de in die rechtsverhouding gehanteerde exoneratieclausules”; M. BOES, o.c., 2003, 170.

<sup>102</sup> M. BOES, o.c., 245.

<sup>103</sup> D. D’HOOGHE en F.VANDENDRIESSCHE, o.c., 2003, 45; F.VANDENDRIESSCHE, o.c., *C.D.P.K.* 2002, 339

<sup>104</sup> Interpretatieve Mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten, *PB. C.* 29 april 2000, afl. 121, 2-13.

<sup>105</sup> S. ARROWSMITH, “Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict?”, *C.M.L.R.* 2000, 717.

Hoewel de concessie van de openbare dienst als een *sui-generis* contract mag beschouwd worden, vindt ook nog het gemene recht, weliswaar suppletief, toepassing. Zo beschouwde het Hof van Cassatie dat het niet naleven van verbintenissen hangende een opschortende voorwaarde aanleiding kon geven tot schadevergoeding.<sup>106</sup>

## 2. Domeinconcessies

*Domeinconcessies* zijn evenmin wettelijk geregeld. De rechtsleer maakt traditioneel een onderscheid tussen standplaatsvergunningen (eenzijdig contract) en de domaniale concessie (besproken en ondertekende overeenkomst).<sup>107</sup> De Raad van State definieerde de domaniale concessie als “een administratieve overeenkomst waarbij de overheid een persoon het recht verleent om een gedeelte openbaar domein tijdelijk en op een wijze die het recht van anderen uitsluit, in gebruik te nemen en die om redenen ontleend aan het openbaar belang eenzijdig kan worden herroepen”.<sup>108</sup> Die ingebruikneming door de private partner is niet in het algemeen belang en dient enkel ter uitoefening van privé-activiteiten. Belangrijk is hier het feit dat goederen van het openbaar domein niet in de handel zijn en dus niet aan particulieren vervreemd kunnen worden. Opnieuw is het precair karakter en de eenzijdige herroepbaarheid afwijkend van het burgerlijk contractenrecht in dit opzicht. Bovendien wijkt het domeingoederenrecht af van het normale goederenrecht wegens de onbeslagbaarheid en onverjaarbaarheid van deze goederen. Omwille van het speciaal statuut<sup>109</sup> van die goederen en het *intuitu-personae* karakter van de rechten van de concessionaris is verhuring ervan onmogelijk of op zijn minst beperkt.<sup>110</sup> Een huurrecht zou de huurder immers het genotsrecht geven. Een nuancering kan hier gemaakt worden voor goederen van het privaat domein.<sup>111</sup> Bosmans blijft de mening toegedaan dat de gemeenrechtelijke regels terzake moeten gelden met uitzondering van de herroepbaarheid van de concessie door de overheid. De voorwaarde is evenwel dat de herroeping gebeurt met het oog op het algemeen belang. Een loutere herroeping dient volgens Bosmans bestraft te worden via de regels van de contractuele aansprakelijkheid.<sup>112</sup>

## d. Overige overeenkomsten (exemplarisch)

### 1. Koopovereenkomsten

<sup>106</sup> Cass. 5 juni 1981, *R.W.* 1981-82, 245, met conclusie adv.-gen. LENAERTS.

<sup>107</sup> A. MAST e.a., o.c., 344.

<sup>108</sup> R.v.St., Seaport Terminals, nr. 41.878, 2 januari 1993 (via Raadvst-consetat.be).

<sup>109</sup> Uit een arrest van de Raad van State blijkt dat men domeinconcessies als een mengvorm van contract en reglement beschouwt (R.v.St., Gemeente Knesselare, nr. 85.875, 14 maart 2000, overweging 4.9.2.; M. BOSMANS, o.c., *R.W.* 1985-1986, 2110.

<sup>110</sup> M. BOSMANS, o.c., *R.W.* 1985-1986, 2105.

<sup>111</sup> Voor een overzicht: COREMANS en DUJARDIN, “Beheer over de onroerende goederen van openbare rechtspersonen”, *Adm. Lex.* 1985, 120.

<sup>112</sup> M. BOSMANS, o.c., *R.W.* 1985-1986, 2112.

De verkoopovereenkomst kan ook kaderen in een project waarbij de overheid een kader wenst tot stand te brengen waarbinnen de privé-sector bereid is tot investeringen over te gaan (b.v. in het kader van een stadsrenovatie). Het project past dan weliswaar in een doelstelling van algemeen belang, met name in de realisatie van het project in het kader waarvan tot de verkoop werd overgegaan. Men kan in feite zo stellen dat een koopovereenkomst meestal één contract zal uitmaken binnen een ruimer geheel van contracten die samengenomen een project vormen. Het belang van een koopovereenkomst op zich om een PPS te creëren is beperkter.

## 2. Raamovereenkomsten

Raamovereenkomsten zijn overeenkomsten die het ruimer kader scheppen voor latere meer gefaseerde specifieke overeenkomsten.<sup>113</sup> Deze overeenkomsten zullen verschillende algemene aspecten van de samenwerking regelen. Het nuttige aan raamovereenkomsten voor PPS is dat zij door hun ruime werking een heldere opbouw kunnen bieden van de verschillende deelfases van een bepaald project. Zij kunnen het kader vormen van de verschillende fases binnen het project als leidraad voor de verschillende deelpartners. De relevantie van dit contract ligt vooral in het belang ervan in de voorfase. Dit contract is uitermate geschikt om de algemene krijtlijnen uit te zetten en kan dienen als algemeen stappenplan bij de uitvoering van een project.<sup>114</sup>

Dit laatste is ook tot het besef gekomen van de Europese regelgever en zij heeft dan ook in de nieuwe aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG een normatieve definitie voor raamovereenkomsten opgenomen.<sup>115</sup> Artikel 1, lid 5 stelt: *Een „raamovereenkomst” is een overeenkomst tussen een of meer aanbestedende diensten en een of meer ondernemers met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te plaatsen opdrachten vast te leggen, met name wat betreft de prijs en, in voorkomend geval, de beoogde hoeveelheid.*

## 3. Huurovereenkomsten

Een bekend voorbeeld van huurovereenkomsten in het kader van PPS is de verhuring aan de overheid van privé-crematoria. Een wet van 1998 verbood onafhankelijke privé-crematoria vanaf 8 november 2003. Vanaf toen werden de crematoria uitsluitend beheerd en uitgebaat door een gemeente of een vereniging van gemeenten. Het beheer en de uitbating komt voortaan in publieke handen terecht via een huurovereenkomst van de crematoria aan de

---

<sup>113</sup> A.G.BREGMAN, *o.c.*, 71.

<sup>114</sup> A.G.BREGMAN, *o.c.*, 73.

<sup>115</sup> Richtlijn 2004/18 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten van voor werken, leveringen en diensten, *PbEG* nr. L 134 30 april 2004, 0114 – 0240.

overheid, waar de privé-partner zijn technische *knowhow* ter beschikking blijft stellen.

### 2.1.5. Conclusie: een *sui-generis* overheidsprivaatrecht?

Ondanks het pleidooi van de rechtsleer, en de erkenning hiervan door de rechtspraak, om het burgerlijk privaatrecht éénvormig toe te passen op het contractueel optreden van de overheid blijven afwijkingen legio. Deze dubbelzinnige vaststelling leidt ertoe dat er hier sprake zou kunnen zijn van een eigen overheidsprivaatrecht.

De term “overheidsprivaatrecht” is in het Nederlandse recht geïntroduceerd door Bloembergen.<sup>116</sup> Met overheidsprivaatrecht wordt bedoeld op de bijzondere regels die gelden ten aanzien van de overheid in het privaatrecht, met name wanneer de overheid rechtssubject is in een contract. In Nederland zijn specifieke artikelen in het Nieuw Burgerlijk Wetboek geïmplementeerd die van toepassing worden verklaard op de overheid. Zo ver staat de wetgever nog niet in België, maar analoge toepassingen in de rechtsleer en rechtspraak zijn zoals hierboven uiteengezet niet onvindbaar.

Eén van de steeds terugkerende fenomenen is de eenzijdige wijziging en opzegbaarheid die de overheid te beurt valt, gerechtvaardigd door haar taak van algemeen belang. Nochtans moet een pleidooi gehouden worden voor een éénduidige toepassing van burgerlijk recht, onderscheiden van het publiekrecht. Het contractenrecht laat immers alle ruimte aan de overheid om door middel van een sterk geclausuleerd contract alle situaties in te dekken die een wijziging zouden verantwoorden, gekoppeld aan de nodige waarborgen voor de (zwakkere) private contractspartij. Een grote flexibiliteit zou uit niets anders mogen voortvloeien dan een goed gefundeerd contract. *A fortiori* binnen het kader van publiek-private samenwerking. De private partner is in dit concept niet de ondergeschikte van de publieke overheid, doch wel de samenwerkende partner. De meer horizontale verhouding tussen beide partijen beklemtonen de nadruk op een gelijke bescherming en gelijke mogelijkheden voor beiden. De toepassing van een “overheidsprivaatrecht” in dit opzicht lijkt enkel een barrière die de facilitatie van PPS lijkt tegen te gaan.

## 2.2. DOMEINGOEDEREN IN HET PPS-KADER

### 2.2.1. Inleiding

Het PPS-decreet bevat een aantal bepalingen i.v.m. het domeingoederenrecht. Aanleiding daarvan is de heersende onduidelijkheid bij zowel rechtsleer en rechtspraak omtrent de regeling van het openbaar domein. Voor deze overheidsgoederen geldt een speciale regeling in verband met de openbare

---

<sup>116</sup> J. VAN DER DOES en G. SNIJDERS, *Overheidsprivaatrecht*, Deventer, Kluwer, 2001, 1.

bestemming die eraan is gegeven. Om PPS-projecten te vergemakkelijken voorziet het decreet in een aantal afwijkingen van de bestaande regeling. Vooral de onvervreemdbaarheid van het openbaar domein, de onduidelijkheid over het statuut van openbare domeingoederen en de precieze omschrijving van wat nu precies goederen van het openbaar domein zijn, stonden een vlotte hantering van die goederen voor een dergelijk project in de weg. Die rechtsonzekerheid was een hinderpaal in de ontwikkeling van PPS.<sup>117</sup> Bovendien bood het bestaande domeingoederenrecht allermint een bevredigend werkingsapparaat voor de private partner die zijn recht ondermeer ten alle tijde herroepbaar zag. Heel wat PPS-projecten doen immers een beroep op overheidsgoederen zoals snelwegen, waterwegen, gebouwen, ... Die eigendommen zijn een belangrijke inbreng van de overheid in de samenwerking. Men stelt bovendien vast dat in de landen waar het domeinrecht afgeschaft is of nooit bestaan heeft (o.a. Nederland en U.K.) de PPS veel dieper in de overheidscultuur ingebakken zit.<sup>118</sup>

### 2.2.2. De situatie vóór het faciliterende PPS-Decreet

Allereerst komt de situatie vóór het PPS-decreet aan bod. Men moet bij de lezing hiervan indachtig zijn dit nog steeds geldt voor de publiek-private samenwerking die buiten het toepassingsgebied van het decreet valt.

#### a. Het problematisch onderscheid: privaat en publiek domein

Allereerst heerste er verwarring omtrent wat nu precies tot het openbaar en het privaat “domein”, de lichamelijke goederen van publiekrechtelijke rechtspersonen, behoort. De criteria die gehanteerd worden om het onderscheid te maken vormen allermint het voorwerp van een duidelijke eensgezindheid en die onzekerheid veroorzaakte onwerkbaarheid. Als men niet precies kan bepalen tot welke goederen een specifiek goed behoort, kan men evenmin de toepasselijke, van het gemeen recht afwijkende regelen ontwaren die erop van toepassing zijn. Daarbij komt nog dat het onderscheid tussen openbaar en privaat domein steeds vaker ontkend wordt, wat de verwatering van het onderscheid tot gevolg heeft.<sup>119</sup>

#### 1. Goederen van het privaat domein

M.b.t. tot het privaat domein kon enerzijds gesteld worden dat dit alle domeingoederen betrof die geen deel uitmaakten van de goederen van het openbaar domein<sup>120</sup>. Anderzijds oordeelde Cassatie dat van domeingoederen

---

<sup>117</sup> J. DE STAERCKE, o.c., *TBO* december 2003, 151.

<sup>118</sup> *Parl. St.* VI. Parl. 2002-2003, nr. 1722/2, 6.

<sup>119</sup> S. VAN GARSSE, o.c., *R.W.* 2003-2004, 726.

<sup>120</sup> A. VRANCKX, H. COREMANS en J. DUJARDIN, *Beheer over de onroerende goederen van openbare rechtspersonen*, Brugge, die Keure, 2000, 2.

vermoed wordt dat zij tot het private domein behoren.<sup>121</sup> Artikel 537, lid 2 B.W. bepaalt dat op deze goederen het gemene recht zoals geregeld in het Burgerlijk Wetboek van toepassing is voor zover er geen bijzondere bepalingen zijn. Bijgevolg bevinden deze goederen zich in de handel en zijn deze goederen perfect hanteerbaar binnen de PPS aangezien zij vatbaar zijn voor vervreemding, vestiging van erfdiensbaarheden, verjaring enz. . Bovendien kunnen deze goederen verhuurd worden.<sup>122</sup>

## 2. Goederen van het openbaar domein

M.b.t. het openbaar domein stelde het Hof van Cassatie dat “*alle overheidsgoederen die hetzij door een uitdrukkelijke, hetzij door een impliciete beslissing van de bevoegde overheid (formeel element) bestemd worden voor het gebruik door allen, zonder onderscheid des persoons (materieel element)*” goederen van het openbaar domein zijn.<sup>123</sup>

Een eerste probleem dat zich voordoet m.b.t. deze definitie is de verwerping ervan door de rechtsleer.<sup>124</sup> Voornamelijk het materieel element was problematisch om te verantwoorden dat bepaalde goederen toch tot het openbaar domein behoren, hoewel men ze niet kan beschouwen als “bestemd voor het gebruik door allen”.<sup>125</sup> Ook de lagere rechtspraak durft af te wijken van het criterium van het Hof van Cassatie. Beiden, zowel de rechtsleer en de rechtspraak, stoelen het onderscheid tussen privaat domein en openbaar domein liever op de bestemming van de goederen voor de openbare dienst en de onvervangbaarheid van het goed.<sup>126</sup> Het formeel element was op haar beurt problematisch om te verantwoorden dat bepaalde domeingoesoederen van nature deel uitmaakten van het openbaar domein, zoals stranden, vlaktes,...

### b. Het onwerkbaar statuut van de goederen van het openbaar domein

Voor de efficiënte aanwending van de openbare domeingoesoederen is het feit dat die goederen buiten de handel zijn en dus niet het voorwerp van vervreemding kunnen uitmaken, niet voor verjaring en beslag vatbaar zijn en niet voor verhuring of verpachting vatbaar zijn problematisch.<sup>127</sup> Daarnaast is het niet

<sup>121</sup> Cass. 3 mei 1968, *R.C.J.B.* 1969, 5; D. D’HOOGHE en F.VANDENDRIESSCHE, *o.c.*, 134.

<sup>122</sup> M. BOES, *o.c.*, 2003, 203, maar nuancering hierop door de Wet van 3 augustus 1962 die bepaald dat er bijzondere procedurevoorschriften en termijnen zijn voor de verhuring van domeingoesoederen.

<sup>123</sup> Cass. 3 mei 1968, *R.W.* 1968-69, 409.

<sup>124</sup> M. BOES, *o.c.*, 2003, 198 verwijzend naar A.W. VRANCKX, H. COREMANS en J. DUJARDIN.

<sup>125</sup> Denk maar een gevangenis, militair opleidingscentrum...

<sup>126</sup> H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. V, Brussel, Bruylant, 1975, 686; A. MAST, noot bij Cass., 3 mei 1968, *R.C.J.B.*, 1969, 5; A. VRANCKX, H. COREMANS en J. DUJARDIN, *o.c.*, 1-4.

<sup>127</sup> M. BOES, *o.c.*, 2003, 200; P. FLAMME, “Crise ou cure de jouvence de la domanialité publique: un obstacle au financement privé des équipements collectifs?”, *J.T.* 1991, 444.



mogelijk om op deze goederen zakelijke rechten te vestigen.<sup>128</sup> Mocht een openbaar domeingoed toch privaat aangewend worden binnen PPS, in de vorm van een domeinconcessie zoals hierboven reeds uiteengezet, dan zijn ook hier het precair karakter, de eenzijdige bepaling van de modaliteiten en de verregaande beperking van de aansprakelijkheid van de overheid in belangrijke mate grote hinderpalen op de weg naar een succesvolle publiek-private samenwerking.<sup>129</sup>

### 2.2.3. *Faciliterende aanpassingen van het domeinrecht in het PPS-decreet*

PPS veronderstelt in veel gevallen een beroep op overheidseigendommen. Het doel van het PPS-decreet beoogt niet een nieuwe theorie betreffende de overheidsgoederen te bewerkstelligen, noch een nieuw bezettingsrecht te creëren, maar wel de bestaande regeling aangaande de domeingoederen te faciliteren zodanig dat ten gunste van PPS een efficiënter en doelmatiger werkinstrument gecreëerd wordt.<sup>130</sup> Het decreet wil het gebruik van zakelijke rechten aantrekkelijker maken zoals hypotheekering om gemakkelijker financiers aan te trekken. Bovendien zijn financiële instellingen meer vertrouwd met privaatrechtelijke rechtstechnieken zoals erfpacht en opstal, die eveneens gemakkelijker gehanteerd kunnen worden dankzij het nieuwe decreet, waardoor ze niet meer noodgedwongen beroep hoeven te doen op onzekere en onbekende publiekrechtelijke constructies.<sup>131</sup>

#### **a. T.a.v. het openbaar domein**

Het PPS-decreet bevat een aantal bepalingen die voorzien in een afwijking van het domeingoederenrecht zoals hierboven uiteengezet. Zo bepaalt artikel 10 dat voortaan zakelijke rechten door de Vlaamse regering gevestigd kunnen worden op onroerende goederen van het openbaar domein en artikel 11 bepaalt dat intern verzelfstandigde agentschappen met rechtspersoonlijkheid en de extern verzelfstandigde agentschappen met publiekrechtelijke of privaatrechtelijke vorm eveneens zakelijke rechten kunnen vestigen. Twee voorwaarden worden wel vereist door het decreet: de “*bijzondere, omstandige motivering*” en de “*niet-kennelijke onverenigbaarheid van het zakelijk recht met de bestemming van deze goederen*”. Voor J. De Staercke lijkt de formele motiveringsvoorwaarde overbodig vermits de betrokken overheid zichzelf hiermee zou beschermen, wat overbodig lijkt.<sup>132</sup> Hier moet echter verwezen worden naar de definitie van het openbaar domein, nl. bestemd voor het gebruik *door allen*. Een rechtsonderhorige zou dus wel degelijk een rechtmatig

---

<sup>128</sup> P. FLAMME, o.c., *J.T.* 1991, 446.

<sup>129</sup> Voorbeeld van het reglementair karakter is het Besluit van de Vlaamse Regering van 16 maart 1994 dat de toekenning van vergunningen, de vaststelling en inning van retributies regelt voor privaat gebruik van waterwegen, zewering en dijken (*B.S.* 4 oktober 1994)

<sup>130</sup> *Parl. St.* VI. Parl. 2002-2003, nr. 1722/2, 6

<sup>131</sup> J. DE STAERCKE, o.c., *T.B.P.* 2003, 96

<sup>132</sup> *Ibid.*, 96

belang kunnen hebben bij een vervreemding van bepaalde openbare domeingoederen en zodoende die overheidsbeslissing kunnen aanvechten (evt. via de theorie van de “*acte détachable*”). S. Van Garsse wijst echter nog op een derde voorwaarde, die onterecht niet opgenomen werd in het decreet. Een overheid kan namelijk ook zakelijke rechten vestigen op onroerende goederen in haar beheer die aan andere publieke rechtspersonen toebehoren.<sup>133</sup> Maar dan moet redelijkerwijze rekening gehouden worden met het adagium *nemo plus juris ad alienum transferre potest, quam ipse habet*. De extra voorwaarde zou dan inhouden dat het moet gaan om de vestiging van zakelijke rechten op goederen van het openbaar domein waarover de beherende overheid zelf beschikt. *A fortiori* is dit zo natuurlijk voor de overheid-eigenaar.

Het belang van deze facilitaties ligt in de mogelijkheid om hypotheeken te vestigen op de openbare domeingoederen. Dit maakt het mogelijk om investeringen door private partners te waarborgen wat de aantrekkelijkheid voor de private partners om met de overheid te contracteren aanzienlijk verhoogt.<sup>134</sup> De memorie van toelichting wijst echter nog steeds op het precaire karakter van de rechten gevestigd op openbare domeingoederen.<sup>135</sup>

#### **b. T.a.v. het privaat domein**

De private domeingoederen zijn op hun beurt al sinds 1923 onderworpen aan de domaniale wet.<sup>136</sup> Deze wet voorziet in een machtiging voor de Vlaamse regering (oorspronkelijk voor de federale regering maar sinds de wetwijziging door het decreet van 6 juli 1989 nu ook voor de Vlaamse regering) om die goederen te verkopen of met zakelijke rechten te bezwaren.<sup>137</sup> Uit de parlementaire stukken blijkt dat nogal wat regels hieromtrent als “belemmerend” werden ervaren. Zo ondermeer de vereiste goedkeuring door de decreetgever wanneer een goed ter waarde van meer dan 1.240.000 euro niet openbaar verkocht wordt, de bijzondere publiciteitsvereiste die stelt dat personen met een zakelijk recht op de aangrenzende percelen formeel op de hoogte moeten worden gebracht van een vervreemding, ...<sup>138</sup> Om hieraan tegemoet te komen bepaalt het decreet in artikel 8 dat de Vlaamse regering de onroerende goederen van het privaat domein voortaan zonder machtiging uit de hand of bij wijze van ruiling kan vervreemden en er zakelijke rechten op kan vestigen zonder de bijzondere publiciteitsvereisten, maar wel nog via een voorafgaandelijke kennisgeving aan de personen met een zakelijk recht op de aanpalende percelen. Tenslotte voorziet artikel 9 in de afschaffing van de bijzondere machtiging die soms vereist wordt in oprichtingsdecreten van Vlaamse openbare instellingen. Artikel 9 stelt dat, in afwijking van die

<sup>133</sup> *Parl. St.* VI. Parl., 2002-2003, nr. 1722/1, 12

<sup>134</sup> J. DE STAERCKE, o.c., *TBO* december 2003, 152

<sup>135</sup> *Parl. St.* VI. Parl., 2002-2003, nr. 1722/1

<sup>136</sup> Wet van 31 mei 1923, *B.S.* 3 juni 1923

<sup>137</sup> J. DE STAERCKE, o.c., *TBO* december 2003, 152

<sup>138</sup> *Parl. St.* VI. R. 2002-03, nr. 1722/1, 9

bijzondere regels, de IVA's met rechtspersoonlijkheid en de publiek- en privaatrechtelijke EVA's, onroerende goederen kunnen verwerven, vervreemden en er zakelijke rechten op vestigen zonder die aanvankelijk vereiste machtiging van de Vlaamse regering.

#### 2.2.4. Conclusie

De faciliterende bepalingen lijken op het eerste gezicht loutere verzachtingsregels van het bestaande openbare domeingoederenrecht, maar zijn niettemin het voorwerp van nieuwe vraagstukken. De zachte evolutie zou wel eens een revolutie teweeg kunnen brengen volgens Van Garsse.<sup>139</sup> Enerzijds vervalt in uitzonderlijke omstandigheden het preciaire karakter van de gevestigde zakelijke rechten en anderzijds betekent de verlening van zakelijke rechten op een goed, dat het openbare domeingoed niet langer buiten de handel zou zijn. Daarmee wordt een afbreuk gedaan aan twee essentiële kenmerken van het openbaar domein. Zou hiermee de volledige uitholling tussen het private en openbaar domein een feit zijn?

Bovendien moet opgemerkt worden dat deze faciliterende regelgeving enkel PPS betreft in Vlaanderen die bovendien beantwoordt aan de PPS-definitie zoals omschreven in het toepassingsgebied van het decreet. De nuanceringen op het domeingoederenrecht blijven beperkt en de PPS die buiten het decreet valt wordt nog steeds geconfronteerd met de klassieke regeling. Nochtans wordt verwacht dat deze facilitaties gevolgd zullen worden op andere gewestelijke niveaus en op federaal niveau.

### **3. HET PROBLEEM VAN DE OVERHEIDSOPDRACHTENREGLEMENTERING EN OPENBARE AANBESTEDING BINNEN HET PPS- KADER**

#### 3.1. INLEIDING

Een verhandeling over het *instrumentarium* van PPS moet gekoppeld worden aan het vraagstuk van de overheidsopdrachten wil men de realiteit niet ontkennen. De wetgeving m.b.t. overheidsopdrachten neemt een onmiskenbare plaats in wanneer de overheid en de private sector samen zaken proberen te realiseren.

Zoals hierboven werd uiteengezet is duidelijk dat zowel voor contractuele als participatieve PPS-projecten er verschillende rechtsinstrumenten en rechtsfiguren beschikbaar zijn. De Wet op de overheidsopdrachten zal dan ook

---

<sup>139</sup> S. VAN GARSSE, o.c., *R.W.* 2003-2004, 727

niet automatisch van toepassing zijn op alle PPS-projecten. Bepaalde contracten tussen de overheid en de privé-partner zijn onvermijdelijk onderworpen aan de wetgeving inzake overheidsopdrachten, andere niet. Dit neemt evenwel niet weg dat in dergelijk geval toch bepaalde beginselen uit het *primair* gemeenschapsrecht moeten worden nageleefd zoals het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel. Maar ook voor die opdrachten die wél onder het aanbestedingsrecht vallen blijven een aantal problemen herkenbaar.

Een moeilijkheid is dat men enerzijds de vraag naar de toepassing van de overheidsopdrachtenreglementering moet stellen op het niveau van de keuze van de private partner (toepasbaarheid vóór het ontstaan van de PPS) en anderzijds op het niveau van de keuze van een contractant door een PPS-constructie (toepasbaarheid ná het ontstaan van een PPS). Ten eerste, wanneer met het oog op de realisatie van een PPS-project de overheid op zoek gaat naar een private partner moet de overheid erover waken dat zij de wetgeving terzake niet miskent. Meerbepaald moet zij, wanneer het project binnen de wetgeving overheidsopdrachten valt, de keuze van de partner openbaar aanbesteden. In welke gevallen, op welk moment en wat moet er worden aanbesteed in een PPS? Ten tweede moet nagegaan worden of contracten gesloten door een PPS-joint-venture niet conform de overheidsopdrachtenreglementering moeten zijn. Door wie moet/kan deze aanbesteding worden uitgevoerd? Is er een aanbestedingsplicht voor een joint venture? Vooral de mate waarin een PPS-constructie nog als een *aanbestedende dienst* beschouwd kan worden in de zin van de Europese richtlijnen is problematisch. Kan een PPS-constructie, die een taak van algemeen belang kan uitvoeren, als een aanbestedende dienst worden aangemerkt en als zodanig aan het Europees aanbestedingsregime onderworpen worden?

Ook Europa laat zich niet onbetuigd op het gebied van overheidsopdrachten omdat zij zoveel mogelijk de gemeenschappelijke markt wil promoten. Het Europese Groenboek over publiek-private samenwerking is het laatste geesteskind van die interesse. Verzuchtingen die te maken hebben met de wenselijkheid om de wetgeving overheidsopdrachten al dan niet toe te passen komen in dit deel aan bod.

Het PPS-begrip indachtig zijnde, lijkt de toepassing van de overheidsopdrachtenwetgeving niet zo vanzelfsprekend. De nadruk op de gelijke positie en het “gezamenlijke” aspect lijkt onverenigbaar met de dirigerende rol die uitgaat van een aanbestedende overheid. Bovendien lijkt voor de nochtans essentiële ruimte voor het precontractuele overleg evenmin plaats wanneer men de wetgeving i.v.m. overheidsopdrachten strikt toepast. Hoe moet deze aanbesteding dan worden uitgevoerd?

In een eerste deel wordt nagegaan in hoeverre de wetgeving inzake overheidsopdrachten zowel op Europees als nationaal vlak wenselijk is om op

PPS toe te passen. In een tweede deel wordt naar een antwoord op de vraag gezocht wanneer een overheid moet aanbesteden voor een PPS-project, en op welke manier. In een derde deel wordt gezocht naar de oplossing op de vraag naar de toepasbaarheid van het aanbestedingsrecht op een PPS-joint-venture.

Voor alle duidelijkheid moet nog het wetgevend kader geschetst. Zowel op nationaal niveau als op Europees niveau is er een uitgebreid regelarsenaal op het gebied van openbare aanbesteding. De Belgische Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten<sup>140</sup> en de Europese richtlijnen vertonen heel analoge bepalingen, minstens diegene die voor deze verhandeling noodzakelijk zijn. Deze Europese richtlijnen werden immers grotendeels verwerkt in de Wet overheidsopdrachten.<sup>141</sup> De richtlijnen zijn van toepassing wanneer een opdracht een bepaalde drempelbedrag overschreden heeft.

De EG-richtlijnen betreffende overheidsopdrachten zijn de volgende:

- Richtlijn 93/36/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, *PbEG* 9 augustus 1993 L 199/1 (Richtlijn Leveringen),
- Richtlijn 93/37/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, *PbEG* 9 augustus 1993 L 199/54 (Richtlijn Werken)
- Richtlijn 92/50/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, *PbEG* 24 juli 1992 L 209/1 (Richtlijn Diensten).

### 3.2. DE WENSELIJKHEID VAN DE TOEPASSING VAN HET AANBESTEDINGSRECHT OP PPS

Europa en concurrentie, het is bijna een symbiose. De wenselijkheid van de aanbesteding van een PPS-project is terug te vinden bij het vereiste van concurrentie op de interne markt, die op haar beurt de consument ten goede komt. Aanbesteding is noodzakelijk omdat slechts onder concurrentiedruk van potentiële opdrachtnemers de beste prijs-kwaliteit verhouding bekomen wordt.<sup>142</sup> Op die manier wordt het belastingsgeld op de meest efficiënte manier besteed.

Ten tweede beschouwt de Commissie een openbare, niet-discriminatoire en onvoorwaardelijke aanbestedingsprocedure als de beste manier om te

---

<sup>140</sup> Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, *B.S.*, 22 januari 1994

<sup>141</sup> M. BOES, *o.c.*, 248

<sup>142</sup> M. MOOLHUIZEN, *Nieuwe vormen van PPS, nieuwe vormen van aanbesteden* – lezing voor de voorjaarsvergadering van de Nederlandse Vereniging voor aanbestedingsrecht, 28 juni 2001 (via [www.ovia.nl](http://www.ovia.nl))

garanderen dat overheidssteun beschouwd kan worden als overeenstemmend met de marktprijs voor de uitvoering van het project. De medefinanciering door de overheid van een PPS-project zou immers door concurrerende ondernemingen van de private partner beschouwd kunnen worden als ongeoorloofde staatssteun. Staatssteun wordt verondersteld verenigbaar te zijn met de gemeenschappelijke markt, indien de privé-partner gekozen is in het kader van een openbare en niet-discriminerende aanbestedingsprocedure.<sup>143 144</sup> In het tegenovergestelde geval kan een project immers beschouwd worden als staatssteun met het risico dat bij niet-melding de nationale rechter geen andere keuze heeft dan de terugvordering van de staatssteun te eisen.<sup>145</sup> Een voorbeeld waar de Europese Commissie dit controleert is de PPS voor de laad- en losinstallaties langs Vlaamse waterwegen.<sup>146</sup>

De Europese Commissie heeft in haar “Mededeling over openbaar-particuliere partnerschappen bij projecten op het gebied van het Trans-Europese vervoersnet” aangegeven dat zij de samenwerking tussen overheid en particuliere sector wil bevorderen, in het bijzonder bij de verwezenlijking van prioritaire projecten.<sup>147</sup> De toename van het beroep op particuliere investeerders wordt door de Commissie beschouwd als een positieve evolutie op voorwaarde dat dit in overeenstemming met het communautair recht gebeurt. Zij onderstreept daarenboven het “eminente belang” van dergelijke samenwerkingsvormen voor de verdere ontwikkeling van de interne markt omdat het bij deze samenwerking om enorme bedragen gaat die regelmatig veel groter zijn dan deze van de omvangrijkste traditionele en gangbare overheidsopdrachten.<sup>148</sup> Vanuit het oogpunt van publieke verantwoordelijkheid en een verantwoorde besteding van publieke middelen dient een project dan ook in concurrentie te worden aanbesteed.

Kenmerkend voor beleidsuitvoering van de overheid, ook indien dit via de toepassing van PPS is, is dat zij steeds optreedt als behartiger van het algemeen belang. Traditioneel betreft zij dan ook alle belangen van de belanghebbenden binnen haar besluitvormingsproces om dat beleid uit te

---

<sup>143</sup> Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende steunverlening voor de coördinatie van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren, COM (2000) 5, *Pb.* C 365E/179

<sup>144</sup> De problematiek van PPS en de mededingingsregels komen hier verder niet aan bod. Algemeen kan men stellen dat alle regels onverkort toegepast moeten worden op PPS-projecten.

<sup>145</sup> P. WYTINCK, “De toepasselijkheid van E.G.- en nationale mededingingsregels op PPS”, in D. D’HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *publiek-private samenwerking (verslagboek van de studiedagen georganiseerd door het Instituut voor de overheid op 16 oktober 2003 en 13 november 2003*, Brugge, die Keure, 2004, 202

<sup>146</sup> Staatssteun nr. N 550/2001, België-PPS voor laad- en losinstallaties, via ([www.europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/sgb/state\\_aids/transport/n550-01\\_nl.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/transport/n550-01_nl.pdf))

<sup>147</sup> Mededeling over openbaar/particuliere partnerschappen bij projecten op het gebied van het Trans-Europese vervoersnet, COM (97) 453 def. Van 10 september 1997

<sup>148</sup> Europese Commissie, *Ontwerp van interpretatieve mededeling over concessieovereenkomsten in het communautaire recht met betrekking tot overheidsopdrachten*, 24 februari 99, *PbEG* 1999 C 94/4, 3-4

voeren. De verhouding met PPS kan in dit opzicht echter problematisch zijn. Wanneer de overheid immers privaatrechtelijke technieken hanteert is het eigen dat de samenwerkingsconstructie, of zij nu contractueel of participatief van aard is, vooral gericht is op de betrokken partijen, in het bijzonder de overhe(i)d(en) en haar private partner(s). De belangen van derden worden dus in beginsel achteropgesteld.<sup>149</sup> Dit is één van de redenen waarom het niet ondenkbaar is dat een goede toepassing van de wetgeving in het kader van openbare aanbestedingen nuttig kan zijn.

### 3.3. TOEPASBAARHEID EN TOEPASSING AANBESTEDINGSRECHT VÓÓR HET ONTSTAAN VAN DE PPS: EEN SUI-GENERIS TOEPASSING VOOR DE SELECTIE VAN DE PARTNER?

#### 3.3.1. Inleiding

In dit deel stellen zich een aantal pertinente vragen m.b.t. de toepasbaarheid en de toepassing van het aanbestedingsrecht.

Allereerst is er de vraag of de overheid, bij de selectie van een partner om een publiek-private samenwerking te starten, verplicht is die partner bij wijze van openbare aanbesteding te kiezen. Dit is de vraag naar de *toepasbaarheid* van de overheidsopdrachtenreglementering. Om een antwoord te vinden op deze vraag moet men de toepassingsgebieden van de nationale en de Europese regelgeving terzake nagaan. Er kan verwacht worden dat het probleem hier niet zozeer bij het toepassingsgebied *ratione personae* zal liggen omdat ervan uitgegaan wordt dat de contracterende/selecterende overheid begrepen wordt als een aanbestedende dienst. Hier zal meer het toepassingsgebied *ratione materiae* behandeld worden. In het bijzonder wordt allereerst nagegaan of voor het doel waarvoor de PPS wordt aangegaan een openbare aanbesteding vereist is. In het deel hierna, waar de toepasbaarheid van het aanbestedingsrecht op de PPS-constructie zelf onderzocht wordt, zal dieper ingegaan worden op de problematiek van het toepassingsgebied *ratione personae*. Wat daar beschreven wordt is *mutatis mutandis* ook van toepassing op dit onderdeel mocht het begrip overheid als aanbestedende dienst voor toepassingsproblemen zorgen.

Vervolgens wordt nagegaan in welke mate het aanbestedingsrecht hanteerbaar is met het oog op een PPS. Dit is de vraag naar de *toepassing* van de overheidsopdrachtenreglementering. Wanneer de Wet op de overheidsopdrachten van toepassing zal zijn, lijkt de meest geschikte procedure om een private-partner te kiezen, de onderhandelingsprocedure, die echter slechts in beperkte mate gebruikt mag worden. De overheid moet er over waken dat een PPS-constructie evenmin de mededingingsregels miskent, zoals onder andere artikel 87 van het EG-verdrag inzake staatssteun.

---

<sup>149</sup> A.G. BREGMAN, *o.c.*, 1990, 35

Transparante procedures zijn daarom nodig bij de selectie van de private partners. PPS mag niet tot een middel verworden om de bestaande rechtsregels te ontwijken. De nieuwe richtlijn is ook al opgenomen in dit werk.

Later in dit deel wordt het onderscheid gemaakt in de selectie van de privé-partner naargelang het gaat om een contractuele PPS of een participatieve PPS. De twee modellen leiden elk tot specifieke vraagstukken over de toepassing van de overheidsopdrachtenwetgeving. Wanneer men gaat terugkoppelen naar het EG-recht is het belangrijk te weten dat de Europese Commissie deze *summa divisio* los trekt van haar nationale juridische kwalificatie.<sup>150</sup>

### 3.3.2. De toepasbaarheid van aanbestedingsrecht bij de keuze van een partner

#### **a. Kwalificatie van het project onder één van de opdrachten uit de Richtlijnen**

Wat omhelst een project en is er hier sprake van een levering van een bepaalde dienst of de uitvoering van een bepaald werk...?<sup>151</sup> Is er sprake van een overheidsopdracht?

Dit zijn logische vragen die men zich moet stellen om uit te maken of een bepaald PPS-project onder het toepassingsgebied van het aanbestedingsrecht valt. Logische vragen hebben in beginsel een logisch antwoord. De aanbestedende overheid moet nagaan of het beoogde project onder het toepassingsgebied valt van één van de Richtlijnen. In het tegenovergestelde geval, wanneer m.a.w. de samenwerking niet gericht is op de uitvoering van werken, leveringen of diensten zal de contractspartner niet via een aanbestedingsprocedure gekozen moeten worden.

Mast, Dujardin e.a. definiëren een overheidsopdracht als een *overeenkomst ten bezwarende titel door één van de personen vermeld in artikel 4 van de Wet van 23 december 1993, met als doel de verwezenlijking van een aanneming van werken, leveringen of diensten onder de voorwaarden gesteld in de voormelde wet en haar uitvoeringsbesluiten*.<sup>152</sup>

Een eerste toepassingsdefinitie die alle vormen van overheidsopdrachten omvat (zowel werk, levering en diensten) bepaalt dat slechts die opdrachten moeten worden aanbesteed, die betrekking hebben op de *taken van openbare dienst*.<sup>153</sup> Zo is een “dienst” in de zin van het aanbestedingsrecht een *overeenkomst onder bezwarende titel gesloten tussen een dienstenverlener*

<sup>150</sup> Groenboek Comm. E.G. 327, 30 april 2004 “Over publiek-private samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten”, *Pb. C.*

<sup>151</sup> De vereiste drempelwaardes worden hier niet in rekening genomen; evenmin lijken mij leveringsovereenkomsten minder dienstig in een PPS-context.

<sup>152</sup> A. MAST, *o.c.*, 165.

<sup>153</sup> Artikel 1 §2 Wet op de overheidsopdrachten.



*enerzijds en een aanbestedende overheid anderzijds, en die betrekking heeft op bepaalde in de bijlage van de wet vermelde diensten.*

Onder de Richtlijn Werken worden als overheidsopdrachten voor werk “*alle schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die zijn gesloten tussen een aannemer en een aanbestedende dienst en die betrekking hebben op de uitvoering dan wel het ontwerp, alsmede de uitvoering van werken, dan wel het uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet* beschouwd.<sup>154</sup> In de mate dat een toekomstig contract voldoet aan deze voorwaarden moet de PPS aanbesteed worden. Een „werk” is *het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen*.<sup>155</sup>

Het begrip “onder bezwarende titel” moet volgens de Europese Commissie heel ruim geïnterpreteerd worden als “*alle uiteenlopende, in geld uit te drukken vormen van vergoeding, waartoe de aanbestedende dienst zich tegenover de leverancier kan verbinden (...), worden geacht van de overeenkomst een overeenkomst onder bezwarende titel te maken*.”<sup>156</sup>

De onderdelen van alle relevante definities (werken, contract, met welke middelen dan ook, ...) moeten volgens het Hof van Justitie zodanig worden uitgelegd dat het “nuttig effect” van de richtlijnen niet in gevaar wordt gebracht.<sup>157</sup> Dit beginsel belet de omzeiling van het verdrag via een letterlijke interpretatie, eerder dan een teleologische. Vooral m.b.t. PPS moeten de toezichthoudende autoriteiten en rechters erover waken wanneer de publieke en private partner hun creativiteit gaan gebruiken om de wetgeving te gebruiken. In de Scala-zaak trachtte men dit te doen via het opzetten van een constructie van verenigingen om te ontsnappen aan de aanbesteding van werk voor de bouw van een constructie, terwijl de grond eigendom was van de privé-partner van de PPS. Deze problematiek kan men verruimen naar de vraag of overeenkomsten waar een bepaalde verplichting tot het uitvoeren van werken, leveringen of diensten geïncorporeerd is, in aanmerking komen om aanbesteed te worden. Er kan gedacht worden aan een domeinconcessie in een havengebied verleend met als voorwaarde het halen van minimumvolumes, het verkopen van braakliggende terreinen met als voorwaarde het realiseren van een stadsvernieuwingsproject.<sup>158</sup>

---

<sup>154</sup> Artikel 1 Richtlijn Werken.

<sup>155</sup> Art. 1, lid 2 sub b Richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (via [www.eur-lex.eu.int](http://www.eur-lex.eu.int)).

<sup>156</sup> Europese Commissie, *Handleiding Richtlijn Diensten*, 1997, 14 (via [www.europa.eu.int/eur-lex](http://www.europa.eu.int/eur-lex)).

<sup>157</sup> HvJ 12 juli 2001, Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi (Scala), zaak C-399/98, *Jur.* 2001, I-5409, overwegingen 53-55.

<sup>158</sup> D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *o.c.*, 86.

In de rechtsleer zijn D'Hooghe en Vandendriessche de enigen in België die dit probleem ingezien hebben en uit de rechtspraak van de Raad van State en het Hof van Justitie criteria hebben afgeleid om in zo'n geval te kunnen bepalen of het contract een overheidsopdracht betreft. Deze problematiek is ook terug te vinden bij Arrowsmith.<sup>159</sup> Zij onderscheiden vijf criteria.<sup>160</sup>

Allereerst wordt gekeken naar het de aard van het project, meerbepaald het publiek of privaat/commercieel karakter ervan. Ten tweede speelt ook de vraag of de bedongen prestaties in het patrimonium van de overheid terechtkomen een relevante rol. Ten derde kan men kijken naar de vorm van zeggenschap die de overheid uitoefent op de bedongen prestaties. Het al dan niet voorhanden zijn van een bestek is een aanwijzing hiervoor. Ten vierde is het aandeel van de verbintenis om bepaalde prestaties op het gebied van werken, leveringen of diensten uit te voeren in de totaliteit van de overeenkomst van belang. Tenslotte moet onderzocht worden of er voor de uitvoering van die prestaties is voorzien in een vergoeding door de overheid te betalen.

### **b. Het probleem van gemengde projecten**

PPS-contracten vertonen vaak een gemengd karakter. Ze zijn vaak niet zomaar onder één richtlijn te plaatsen omdat het voorwerp van het contract meer inhoudt dan louter werken, louter diensten of louter leveringen. Zo kan een DBFM-contract<sup>161</sup> inhouden dat enerzijds een gebouw ontworpen en gebouwd wordt, maar dat anderzijds dat gebouw ook beschikbaar gesteld wordt, b.v. een gevangenis, wat dan weer een levering van een dienst is. Aldus heeft men een kwalificatieprobleem. Wat is dan het criterium om het gehele contract onder één van de richtlijnen te brengen?

Het belang van deze vraag is evident.<sup>162</sup> Naargelang een project onder de ene, dan wel de andere Richtlijn valt, is er een verschil in aanbestedingsregime mogelijk. Zo is de aanbestedingsprocedure van de Richtlijn Diensten lichter dan de procedure van de Richtlijn Werken. Ook is de keuze voor de goede richtlijn van belang voor de bekendmaking van de aankondiging in het publicatieblad van de Europese Gemeenschappen omdat de uitbestedende overheid de kansen zou ontnemen aan potentiële inschrijvers wanneer het project onder de verkeerde procedure is aangekondigd.

---

<sup>159</sup> S. ARROWSMITH, *o.c.*, 719.

<sup>160</sup> *Ibid.*, 86-94.

<sup>161</sup> DBFM-contract wordt niet zo vaak gebruikt in de Belgische rechtsleer maar lijkt voldoende hanteerbaar om er complexe, ruime contracten onder te begrijpen die meer inhouden dan slechts één bepaald aspect in de verwezenlijking van een project, doch meerdere fases (eventueel van a tot z) omvatten.

<sup>162</sup> S. ARROWSMITH, *o.c.*, 714; M. MOOLHUIZEN, *o.c.*, 4; C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachtenrecht – Algemene inleiding – gumming van overheidsopdrachten*, Antwerpen, Maklu, 2004, 9.

Een determinerend criterium is niet direct voorhanden in de richtlijnen. Toch is er een aanknopingspunt terug te vinden in de Richtlijn Diensten in voorafgaande overweging 16. Daarin wordt de kwalificatie van de overeenkomst als overheidsopdracht voor de uitvoering van werken uitgesloten wanneer die werken bijkomstig zijn en niet het eigenlijke voorwerp van de opdracht uitmaken. Deze overweging werd quasi-letterlijk herhaald door het Hof van Justitie in de zaak *Gestion Hotelera Internacional*.<sup>163</sup> Dit criterium is niet altijd even werkbaar in contracten waar niet uit te maken wat overheerst: het dienstenaspect of het werkenaspect.<sup>164</sup>

Een op het eerste gezicht objectiever waarneembaar criterium om tot een kwalificatie te komen is kijken naar de waarde van de verschillende elementen van de overeenkomst.<sup>165</sup> De waarde van het werkenonderdeel dient tegenover de waarde van het dienstenonderdeel geplaatst te worden. De objectieve waarneembaarheid van welk aspect doorweegt is duidelijker dan bij het criterium van wat hoofdzaak en bijkomstig is. Dat de prijs niet altijd even gemakkelijk vaststelbaar is lijkt niet onoverkomelijk aangezien een ruwe schatting vaak al zal volstaan om de waarde-afweging te kunnen maken.

### *3.3.3. De toepassing van aanbestedingsrecht bij de keuze van een contractspartner*

#### **a. Probleemstelling**

In het eerste hoofdstuk betreffende het PPS-begrip is al duidelijk geworden dat het eigen is aan PPS dat de overheid en de private partner niet in de klassieke verticale verhouding staan die eigen is aan de klassieke overheidsopdrachten met de overheid als regisseur en de privé-partner als uitvoerder van wat haar werd opgelegd. Die filosofie van een rigide overheid – privé verhouding is (was) nochtans de achterliggende gedachte die men kan terugvinden wanneer men de wetgeving inzake overheidsopdrachten leest. Er werd bovendien ook enkel rekening gehouden met “simpele” overeenkomsten waarbij op basis van een bestek op prijs wordt aanbesteed. Nergens in de Europese richtlijnen komt een procedure voor die geschreven is met PPS in gedachte.<sup>166</sup>

---

<sup>163</sup> HvJ 19 april 1994, *Gestion Hotelera Internacional*, zaak C-331/92, *Jur.* 1994, I-1329 (via [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int)).

<sup>164</sup> S. ARROWSMITH, *o.c.*, 715.

<sup>165</sup> C. DE KONINCK, *o.c.*, 9.

<sup>166</sup> J. JANSSEN, “PPS en aanbesteden” (via [pps.minfin.nl](http://pps.minfin.nl)) sub 3.2

Deze problematiek komt aan de oppervlakte wanneer men DBFM-contracten gaat sluiten met een private partner. Deze contracten zijn heel complex en bestrijken praktisch alle facetten van een project. Bijgevolg zijn zij dan ook niet te vatten in een bepaald bestek zoals bij traditionele opdrachten, maar gaat de overheid uit van een eisenpakket dat heel outputgericht is. De contracterende overheid gaat in een dergelijk geval niet tot in de kleinste details voorschrijven hoe de te vervullen doelstellingen gerealiseerd moeten worden. Zij houdt zich bij het voorstellen van een eindresultaat, terwijl de private partner via haar know-how de wijze waarop dat resultaat bereikt wordt zal bepalen. Het gelijkheidsbeginsel houdt niet in dat vooraf een bestek en gunningscriteria moeten worden opgesteld.<sup>167</sup> Deze ruimte voor innovatie is wat PPS aantrekkelijk maakt. Het resultaat zou een win-win operatie moeten zijn.

Een tweede probleem bij de toepassing van het aanbestedingsrecht is het probleem van risicoverdeling. Klassiek ligt het risico bij de contracterende overheid vermits aanbesteding op forfaitaire grondslag gebeurt. De privé-partner is zeker van haar inkomsten. Bij PPS is het net zo dat risico's gelegd worden bij voorkeur bij diegene van de twee partijen die ze het best beheerst. Enerzijds draagt de partij die een bepaald risico kan voorkomen of verminderen dat risico, anderzijds kan ook die partij, die in staat is de gevolgen te beheersen wanneer die zich voordoen, het risico dragen.<sup>168</sup> Om een optimale risicoverdeling te bekomen is er nood aan voorafgaande onderhandelingen. Ook dit is in beperkte mate hanteerbaar in de klassieke regelgeving terzake.

Er is dus wel degelijk nood aan een herdenking van de manier van aanbesteden wanneer de overheid op zoek gaat naar de meest geschikte private partner voor een samenwerking.

## **b. Contractuele PPS en aanbesteding<sup>169</sup>: Ruimte voor een sui-generis toepassing?**

### *1. Mogelijke selectiecriteria*

Er zijn nogal wat belangrijke keuzecriteria *sensu lato* voor de overheid voorhanden om haar private partner te selecteren.<sup>170 171</sup>

<sup>167</sup> R.v.St., 18.01.2000, NV DB-Invest, nr. 84.721, (via [www.raadvst-consetat.be](http://www.raadvst-consetat.be))

<sup>168</sup> M.A. MOOLHUIZEN, *o.c.*, 3

<sup>169</sup> Bepaalde aspecten uit dit onderdeel – zoals o.a. de selectiecriteria en de onderhandelingsprocedure – zijn ook van toepassing op de andere PPS-vormen.

<sup>170</sup> A.G. BREGMAN, *o.c.*, 21.

<sup>171</sup> Aan de selectiecriteria *sensu stricto* wordt hier geen aandacht besteedt aangezien dit valt onder algemene verhandelingen i.v.m. openbare aanbesteding. Met deze selectiecriteria worden de kwalitatieve criteria en gunningscriteria bedoeld zoals in de richtlijnen opgenomen.

Ten eerste is er een selectie mogelijk op basis van expertise. Dit houdt in dat de overheid nagaat wat de ervaringen zijn op het terzake doende vlak in een vergelijkende studie. De aanwezige know-how op het project van toepassing is hierbij een absolute noodzaak. Ten tweede is de selectie op basis van de aard van de toekomstige deelname relevant. De contracterende/participerende overheid moet op zoek gaan naar een overheid die bereid is risico's te dragen in het project. Ten derde kan men selecteren op basis van financiële continuïteit/betrouwbaarheid. De voltooiing van het project komt immers op de eerste plaats en dit kan slechts bereikt worden wanneer de private partner daadwerkelijk voldoende financiële draagkracht heeft gedurende de ganse termijn van het project. Ten vierde is het selectiecriteria - dat ook aanwezig is in de Wet Overheidsopdrachten – op basis van prijsvorming een belangrijk aspect. Wanneer een private partij met diezelfde of een andere overheid reeds contacten (of contracten) gehad heeft, is de positieve ervaring die men had met die partij eveneens relevant.

Die verschillende criteria indachtig zijnde, lijkt het onbegonnen werk voor de overheid om alles in de starre procedures van de Richtlijnen te gieten. Immers, in veel gevallen zou de hantering van de hierboven vermelde criteria leiden tot de benadering van één private partij, die vaak op informele wijze reeds gecontacteerd werd, voor de eigenlijke samenwerking.

## 2. Voorafgaande marktconsultatie

Een kenmerk van een goede samenwerking tussen de overheid en de private-partner is de afstemming van de behoefte van de overheid op de mogelijkheden van de private-partner en omgekeerd. De grote complexiteit van projecten en het grote budget dat ermee gepaard gaat vereisen bovendien een goede samenwerking. Om tot die afstemming te komen is het belangrijk dat de overheid in een zo vroeg mogelijk stadium tot overleg kan komen met private partijen zonder gebonden te zijn. De vroegtijdigheid waarmee de markt benaderd moet worden is te wijten aan de vage, functionele eisen waardoor de vraag van de overheid gekenmerkt is. Wanneer de overheid uit is op innovatie en creativiteit vanwege de privé-partner formuleert zij slechts een outputgerichte projectdefiniëring.<sup>172</sup> Een goede consultatie zal leiden tot een soepele afwerking van de voorgeschreven procedure en leiden tot de aanvulling van de ontbrekende informatie. Daarenboven laat het toe om te weten te komen welke prestaties de markt kan bieden om later tot een technisch preciezer bestek te komen en de selectie- en gunningscriteria te definiëren.<sup>173</sup> De marktconsultatie kan ook aangewend worden om interesse vanuit de private sector na te gaan. Zo vermijdt de aanbesteder dat een minder levensvatbaar project wordt gelanceerd.<sup>174</sup> Zij geeft niettemin de toekomstige

---

<sup>172</sup> J. JANSSEN, *o.c.*, sub 2.1.

<sup>173</sup> D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *o.c.*, 96; G. LAENEN, "Overheidsopdrachten en marktconsultatie: verzoenbaar of niet?", *T.B.P.* 2004 afl. 3, 132.

<sup>174</sup> *Ibid.*, 132.

aanbestedende overheid de mogelijkheid om de haalbaarheid van het project, dat de overheid in gedachten heeft, te toetsen. Tenslotte – en vooral – lijkt mij de marktconsultatie het meeste nuttig om tot een creatieve en innovatieve projectaanpak te komen van de overheid bij het aangaan van PPS.

De marktconsultatie maakt geen deel uit van de aanbestedingsprocedure en is dan ook wettelijk niet geregeld. Uit de praktijk worden wel een aantal stappen afgeleid.<sup>175</sup> De aanbestedende overheid stelt een startdocument op waarin de doelstellingen, randvoorwaarden en een summiere oplossingskeuze van een bepaald te realiseren project meegedeeld worden. De toegezonden antwoorden door de private partners worden verwerkt tot een syntheserapport dat als basis zal dienen bij de ontwikkeling van het project.

Deze manier van werken komt echter in spanning te staan met de openbare aanbestedingsprocedure op twee vlakken. Allereerst moet men zich afvragen of een marktconsultatie niet aanbesteed moet worden. Is een marktconsultatie een handeling die onder de overheidsopdrachtenreglementering valt? Ten tweede moet men zich de vraag stellen naar de mogelijkheid en adequatie van een marktconsultatie gelet op de onverenigbaarheidsregeling van artikel 78 van het K.B. van 8 januari 1996.

Deze twee vragen kwamen aan bod bij een heel recente bijdrage van Laenen.

Op de eerste vraag concludeert zij dat het houden van een marktconsultatie niet onderworpen is aan de toepassing van de overheidsopdrachtenreglementering. Vertrekkend vanuit de definitie van een overheidsopdracht stelt Laenen dat, omdat een marktconsultatie een eenzijdige materiële handeling is, er hier geen sprake kan zijn van een *overeenkomst* tussen de aanbestedende dienst en de private sector. Ten tweede is de marktconsultatie niet *ten bezwarende titel* en betekent dat, dat zij niet aan de beschrijving van een overheidsopdracht beantwoordt. Tenslotte besluit zij dat een marktconsultatie bovendien geen *opdracht* inhoudt aan private ondernemingen. Daarentegen zou een marktconsultatie via een studie bureau wel onderworpen worden aan het aanbestedingsrecht vermits dit neerkomt op een levering van diensten voor een marktonderzoek zoals vermeld in bijlage 2 van de Wet van 24 december 1993.<sup>176</sup>

Een aanbesteding organiseren voor een marktconsultatie lijkt mij inderdaad een obstakel voor de overheid voor een vlotte aanbesteding van een PPS-project. Nochtans is de onzekerheid betreffende de kwalificatie als overheidsopdracht met deze argumentatie mijns inziens niet helemaal verdwenen. De overheid zou immers – naar analogie met de consultatierondes

---

<sup>175</sup> *Ibid.*, 132.

<sup>176</sup> G. LAENEN, *o.c.*, 134.

in de “concurrentiegerichte dialoog” procedure<sup>177</sup> – een vergoeding kunnen toekennen aan de private ondernemingen die heel wat inspanningen verricht hebben. Maar daarmee is niet de hele argumentering weerlegd en moet deze dan ook gevolgd worden. Een wettelijke regeling is en blijft nochtans de oplossing bij uitstek om tot een rechtszekere marktconsultatie te kunnen overgaan. Een extra motivatie voor een wettelijke regeling is dat deze het wrange gevoel van concurrerende ondernemingen voor een overheidsopdracht die niet hebben deelgenomen aan een consultatieronde zou wegwerken. Ondernemingen voelen zich immers vaak verplicht om deel te nemen aan een consultatieronde omdat zij dit<sup>178</sup> beschouwen als een eerste kwalificatieronde. Dit misverstand moet nochtans de wereld uit geholpen worden.

Ondanks het gebrek aan een wettelijke regeling moet de overheid bij het consulteren van private ondernemingen erover waken dat zij rekening houdt met de beginselen van behoorlijk bestuur, meerbepaald met het gelijkheidsbeginsel.<sup>179</sup> Er moet ten absoluut vermeden worden dat de deelnemers aan de consultatieronde bevoorrecht zijn bij de toewijzing van de opdracht in een later stadium. De aanbestedende overheid moet in elk geval zo voorzichtig mogelijk handelen met het melden van gegevens die zouden kunnen leiden tot een oneerlijke concurrentievoorsprong. Bovendien moet men ervoor zorgen dat alle niet-deelnemende private ondernemingen nadien over dezelfde informatie kunnen beschikken. Daarom moet de overheid er de voorkeur aan geven alle resultaten ter beschikking stellen aan éénieder. Op die manier kan men een schending van het gelijkheidsbeginsel vooraf vermijden.<sup>180</sup> Een aanbestedende overheid kan onmogelijk naadloos een programma van een geconsulteerde marktpartij overnemen in haar eisenprogramma.

Een tweede probleem was het bestaan van regelgeving die stelt dat een private onderneming die eerder deelnam aan voorafgaandelijk onderzoek en studie voor de ontwikkeling van een bepaald project niet meer mag deelnemen aan de eigenlijke gunning van een overheidsopdracht. Dit noemt men de onverenigbaarheidsregeling. Naast internationale regels die de overheden verbiedt om bij het opstellen van specificaties voor een PPS-project advies te vragen aan marktpartijen die een commercieel belang zouden kunnen hebben bij toekomstige opdrachtverlening in het geval het geven van een dergelijk advies ertoe zou leiden dat de mededinging tussen partijen wordt uitgeschakeld<sup>181</sup>, is er eenzelfde problematische regeling terug te vinden in

---

<sup>177</sup> Cf. *infra*.

<sup>178</sup> *Ibid.*, 135.

<sup>179</sup> *Ibid.*, 134.

<sup>180</sup> *Ibid.*, 134.

<sup>181</sup> Artikel VI.4 Agreement on Government Procurement (via [www.wto.org](http://www.wto.org)); J. JANSSEN, *o.c.*, sub 2.2 en 4.2.

artikel 78 van het K.B. van 8 januari 1996<sup>182</sup> dat de toekomstige samenwerking tussen een overheid en private partners dreigt onmogelijk te maken doordat zij aannemers, leveranciers of dienstverleners verbiedt om deel te nemen aan de gunningsprocedures die zij zelf onderzocht, bestudeerd of ontwikkeld hebben. Het verbod betreft alle personen die gebonden zijn aan de persoon die belast is met de conceptie-, studie- of voorbereidingsfase van een opdracht van aanneming van leveringen of diensten. De eerlijke mededinging zou immers miskend worden omdat één partij een kennisvoorsprong over het project zou hebben opgedaan. Het is maar zeer de vraag in hoeverre private ondernemingen nog geneigd zullen zijn om voorafgaandelijk een conceptstudie te maken. Er bestaat immers gevaar dat ook een marktconsultatie gezien moet worden als een voorbereiding op een opdracht.

Dit gevaar moet volgens Laenen ontkracht worden. Ten eerste is het niet de bedoeling dat de privé-partijen een omstandige analyse maken, doch eerder een *best guess* van wat de beste oplossingen zijn.<sup>183</sup> Ten tweede doelt men hier op een verbod voor studies die voortvloeien uit een opdracht voor aanneming van diensten. In deze gevallen is deze toevertrouwd aan één ondernemer en is het risico van concurrentievervalsing dan ook veel groter dan wanneer men een informele consultatieronde houdt. Na een aanbesteedde studie is het risico dat het bestek quasi-identiek is met hetgeen de private onderneming ontworpen had reëel. Bij een marktconsultatie wordt de voorstudie daarentegen toevertrouwd aan de markt.<sup>184</sup>

De regering heeft recent nog deze onduidelijke (en eventueel ook onbillijke) regeling gewijzigd. Artikel 78 van het K.B. van 8 januari 1996 is intussen gewijzigd door het koninklijk besluit van 18 februari. Voortaan luidt artikel 78 als volgt: *“Moet worden afgewezen, de aanvraag tot deelneming of de offerte voor een overheidsopdracht voor aanneming van werken, leveringen of diensten ingediend door de persoon die belast werd met het onderzoek, de proeven, de studie of de ontwikkeling van die werken, leveringen of diensten, indien die persoon wegens die verrichtingen een voordeel geniet dat van die aard is dat het de normale spelregels van de mededinging vervalst.*

*Toch zal de aanbestedende overheid, alvorens de aanvraag tot deelneming of de offerte van die persoon om die reden af te wijzen, aan deze laatste per aangetekende brief vragen schriftelijk de afdoende verantwoordingen te bezorgen waarmee kan worden aangetoond dat hij geen dergelijk voordeel geniet. Deze vormvereiste moet niet worden vervuld wanneer deze verantwoordingen werden gevoegd bij de aanvraag tot deelneming of de offerte”.* Daarmee is de overheid teruggekomen van een absoluut verbod tot een verbod in het geval de mededinging vervalst wordt. De verantwoordingen

---

<sup>182</sup> K.B. 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, B.S. 26 januari 1996 (via [www.juridat.be](http://www.juridat.be))

<sup>183</sup> G. LAENEN, o.c., 139.

<sup>184</sup> *Ibid.*, 140.



van de private ondernemingen moeten steunen op de banden van de onderneming, de graad van onafhankelijkheid en elke andere omstandigheid die bewijskracht heeft. Ze moeten kunnen aantonen dat er geen overheersende invloed is of, indien die er wel is, dat die voor de betrokken opdracht van geen betekenis is.<sup>185</sup> Dit mildert de gestrengheid van artikel 78 van het K.B. van 1996 en private ondernemingen krijgen zelf incentieven om de mededinging niet te vervalsen aangezien zij nu niet langer uitgesloten zullen zijn van de gunning van de eigenlijke opdracht.

Dit doet echter niets af aan de bovenstaande argumentatie van Laenen omdat zij besluit dat een marktconsultatie niet onder het toepassingsgebied van deze regeling valt.

### 3. De onderhandelingsprocedure

De veiligste oplossing is een *sui-generis* toepassing van wat toegelaten wordt. In afwachting van wetgevende aanpassingen – die er aan zitten te komen<sup>186</sup> - is het noodzakelijk om binnen het bestaande kader op zoek te gaan naar effectievere aanbestedingsmanieren voor een PPS-project.

De overheidsopdrachtenwetgeving stelt bepaalde (uitzonderings)middelen ter beschikking om het aanbesteden flexibeler te laten verlopen. In de eerste plaats is het de overheid niet verboden om aan marktverkenning te doen, ten tweede kan de overheid functionele specificaties hanteren die haar toelaten niet zozeer de opdracht te gaan omschrijven, doch eerder een probleem gaat stellen die zij aan de markt overlaat om aanbiedingen te doen ter oplossing en tenslotte kan de overheid zich op kaderovereenkomsten beroepen, waarbij verschillende aanbestedingen op elkaar aansluiten om zo een geheel te vormen, om de procedure vlotter te laten verlopen. Door het voorwerp in algemene termen te omschrijven in een gefaseerde samenwerking kan men de manier waarop de samenwerking gebeurt uitstellen tot op het moment van de eigenlijke overeenkomst.<sup>187</sup>

De beste uitweg om het aanbestedingsrecht toe te passen op een PPS-eigen manier is de onderhandelingsprocedure. Op die manier kan men ontsnappen aan de strikte procedures. Uit artikel 7 lid 4 van de Richtlijn Werken leert men dat er in de regel nochtans gebruik gemaakt moet worden van de openbare of de niet-openbare procedure.<sup>188</sup> Om tot een weloverwogen keuze te komen is er

---

<sup>185</sup> Artikel 2 K.B. 18 februari 2004 tot wijziging, wat het toegangsverbod tot bepaalde opdrachten en het invoeren van elektronische middelen betreft, van een aantal koninklijke besluiten genomen ter uitvoering van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, *B.S.* 27 februari 2004.

<sup>186</sup> Cf. *supra*.

<sup>187</sup> D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *o.c.*, 86.

<sup>188</sup> Er kunnen gelijkaardige bepalingen gevonden worden in de nationale wetgeving en in de andere Europese Richtlijnen.

dus nood aan een toepassing van de aanbestedingsprocedure die onderhandelingen tussen overheid en private partij mogelijk maken. De vraag is echter of het toegelaten wordt?

Deze onderhandelingsprocedure staat beschreven in de richtlijnen als uitzonderingsprocedure die restrictief geïnterpreteerd moet worden wat betreft de gevallen waarin zij kan worden toegepast.<sup>189</sup> Men ziet echter een oplossing in artikel 7 lid 2 sub c Richtlijn werken om de onderhandelingsprocedure (met voorafgaandelijke bekendmaking) open te breken naar PPS-projecten. Artikel 7 lid 3 sub c bepaalt dat *in buitengewone gevallen, indien het werken betreft waarvan de aard en de onzekere omstandigheden een vaststelling vooraf van de totale prijs niet mogelijk maken* de onderhandelingsprocedure toegestaan kan worden.<sup>190</sup> Naar analogie, of in dezelfde zin, is er artikel 11 lid 2 sub C van de Richtlijn Diensten dat bepaalt dat ook een beroep kan gedaan worden op de onderhandelingsprocedure wanneer de aard van de dienst zodanig is dat de specificaties van de opdracht niet kunnen worden bepaald met voldoende nauwkeurigheid om de toewijzing toe te laten volgens de procedure van aanbesteding of offerteaanvraag.<sup>191</sup> Bij DBFM-contracten kan inderdaad de prijs niet op voorhand vastgelegd worden (zowel aan de kant van het opdrachtgevend bestuur als aan de kant van de private partner), temeer omdat er niet één oplossing voor de uitvoering van het project bestaat, maar dat net de private partijen hun knowhow en creativiteit moeten gebruiken om tot de beste uitvoeringsoplossing te komen.<sup>192</sup> Door het werken met een programma van eisen in plaats van met een bestek, staat vooraf niet vast met welke oplossing de private partijen aan het programma van eisen wil voldoen, zodat daardoor vooraf moeilijk een prijs bepaald kan worden. Een andere reden waarom deze oplossing aanbeveling verdient is dat soms - zelfs al zou de uitvoeringsmethode vastgelegd kunnen worden - de risicoverdeling tussen de aanbestedende dienst en de private partij vooraf niet duidelijk is. De private partij kan bij een vaste prijs gekneld zitten omdat zij bij aanvang van het project nog geen weet kan hebben van bepaalde risicofactoren waarvoor zij normaal een risicotoeslag zou aanrekenen.<sup>193</sup> Een derde reden waarom de prijs niet bepaald kan worden is het feit dat voor bepaalde projecten onzekerheid heerst over de vraag van de overheid of van de publieke gebruikers.<sup>194</sup> Arrowsmith wijst als voorbeeld op de onzekerheid betreffende het aantal gevangencellen er in de toekomst nodig zullen zijn of betreffende het aantal voertuigen door een bepaalde tunnel zullen rijden. M.b.t. de uitzonderingsregel dat de opdracht niet met voldoende zekerheid kan bepaald worden stelt die

<sup>189</sup> Artikel 7 Richtlijn Werken; M.A. MOOLHUIZEN, *o.c.*, 6; J. JANSSEN, *o.c.*, sub 4.5.

<sup>190</sup> In die zin ook art. 17 §3 2° Wet overheidsopdrachten.

<sup>191</sup> In die zin ook art. 17 §3 4° Wet overheidsopdrachten.

<sup>192</sup> S. ARROWSMITH, *o.c.*, 724.

<sup>193</sup> Zo kan de private partij onmogelijk weten wat de staat van de bodem is, in functie daarvan zal zij nochtans haar prijs bepalen.

<sup>194</sup> S. ARROWSMITH, *o.c.*, 725.

auteur dat het voldoende is dat een aanbestedende overheid in redelijkheid kan doen blijken dat de specificaties onmogelijk op voorhand te bepalen zijn.<sup>195</sup>

Zonder hier het aanbestedingsrecht te willen uiteenzetten kan men ruim geschetst de aanbestedingsprocedure op een PPS-gerichte manier als volgt invullen.

Na de aankondiging door **bekendmaking** in het Publicatieblad kunnen geïnteresseerde belangstellenden zich melden bij de aanbestedende overheid. De overheid zendt vervolgens een selectiedocument naar die belangstellenden waarin het project nader bepaald wordt, de probleemstelling geformuleerd wordt en de selectiecriteria uitgezet worden. Op basis van dat selectiedocument zullen nog slechts enkele kandidaten overblijven. Deze fase heet de **voorselectie**. Met die potentiële contractspartijen gaat de overheid afzonderlijk een consultatieronde organiseren waarin de mogelijkheden en onmogelijkheden van technische oplossingen binnen het programma van eisen aan bod komen. Na alle partijen gehoord te hebben zou het voor de overheid mogelijk moeten zijn om definitieve aanbestedingsstukken vast te stellen op basis waarvan het bieden door de verschillende partijen kan beginnen. Na de **inschrijvingen** en de *ranking* van de biedingen volgen de onderhandelingen waarbij slechts drie gegadigden dienen te worden uitgenodigd in plaats van vijf.<sup>196</sup> De **onderhandelingsfase** moet leiden tot een uitnodiging voor de “*best and final offer*” en wordt er gepeild naar de contractuele voorwaarden die vastgelegd zouden kunnen worden.<sup>197</sup> De eigenlijke **gunning** grijpt tenslotte terug naar het criterium van de economisch meest voordelige aanbidding, maar dan in al haar finaliteiten onderhandeld.

De aankondiging en de aanmeldings- en selectiefase is gelijk in de richtlijnen geregeld bij de onderhandelingsprocedure als bij de niet-openbare procedure. De inschrijvingsfase wijkt echter wel af van de niet-openbare procedure. Het belangrijkste verschil tussen de openbare en niet-openbare procedure enerzijds, en de onderhandelingsprocedure anderzijds, is dat bij die laatste procedure vóór de inschrijving overleg en na het indienen van de aanbidding onderhandelingen tussen de aanbestedende overheid en de gegadigden kunnen plaatsvinden.<sup>198</sup>

De Richtlijnen bepalen niet hoe de onderhandelingsprocedure gevoerd moet worden. De lidstaten zijn op dit vlak nogal vrij. Wel is zeker dat de overheid heel voorzichtig tewerk moet gaan in de onderhandelingsrondes, net als bij de marktconsultatie. Naast wat hierboven al gezegd werd moet ook in acht genomen worden dat privé-partijen niet geneigd zullen zijn innovatieve ideeën en knowhow zomaar vrij zullen geven wanneer zij niet de garantie hebben dat

---

<sup>195</sup> S. ARROWSMITH, o.c., *CMLR*. 2000, 723.

<sup>196</sup> S. ARROWSMITH, o.c., 722.

<sup>197</sup> M.A. MOOLHUIZEN, o.c., 8.

<sup>198</sup> Handleiding Europese aanbidding bij PPS bij gebiedsontwikkeling via [www.pps.minfin.nl](http://www.pps.minfin.nl).

ze voldoende beschermd zullen worden. Het risico van *cherry picking*, d.i. intellectuele diefstal van ideeën waartegen geen bescherming kan worden geboden, is reëel. De overheid moet er dan ook voor zorgen dat de onderhandelingen in volle vertrouwelijkheid verlopen.

#### 4. Richtlijn 2004/18/EG: de concurrentiegerichte dialoog

Voor de nogal gekunstelde oplossing van de onderhandelingsprocedure is de Europese regelgever niet blind geweest. Het Europees Parlement en de Raad hebben in heel recente richtlijnen gepoogd het communautaire wettelijk kader te moderniseren en vereenvoudigen. Er werd een nieuwe innovatieve gunningprocedure opgenomen in 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.<sup>199</sup>

Met de nieuwe richtlijn wordt tegemoet gekomen aan de behoefte van de aanbestedende dienst die een complex project aanbesteedt om het voorwerp van de samenwerking minder technisch te benaderen. De overheid heeft behoefte aan een meer outputgerichte specificatie en daartoe moet het mogelijk zijn inschrijvingen in te dienen waarin de diversiteit van de technische oplossingen tot uiting komt.<sup>200</sup> Om daaraan tegemoet te komen kunnen enerzijds de technische specificaties kunnen worden opgesteld in termen van prestaties en functionele eisen en moeten anderzijds, bij verwijzing naar de Europese - of bij ontstentenis daarvan naar de nationale - norm, op andere gelijkwaardige oplossingen gebaseerde inschrijvingen door de aanbestedende dienst in overweging worden genomen.<sup>201</sup>

Voorzover de toepassing van openbare of niet-openbare procedures de gunning van dergelijke opdrachten niet mogelijk maakt, moest, zo vond de Europese regelgever, voorzien worden in een flexibele procedure die de mededinging tussen ondernemers vrijwaart, maar tevens rekening houdt met de behoefte van de aanbestedende diensten om met elke gegadigde een dialoog over alle aspecten van de opdracht aan te gaan. Deze procedure mocht evenwel niet op zodanige wijze worden aangewend dat de concurrentie wordt beperkt of verstoord, met name door het wijzigen van basiselementen van de inschrijvingen, het opleggen van nieuwe inhoudelijke elementen aan de gekozen inschrijver of het betrekken van een andere, niet als economisch voordeligste aangewezen inschrijver in de procedure. Laat nu net deze laatste vereisten diegene zijn die onder druk komen te staan in een

---

<sup>199</sup> Richtlijn 2004/18 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten van voor werken, leveringen en diensten, *PbEG* nr. L 134 30 april 2004, 0114 – 0240.

<sup>200</sup> Overweging 29 préambule Richtlijn 2004/18/EG.

<sup>201</sup> Artikel 23, 3 b Richtlijn 2004/18/EG.

onderhandelingsprocedure, die nu uit haar aard minder transparant verloopt.<sup>202</sup> De nieuwe procedure probeert dus een antwoord te zijn op de behoefte aan een procedure speciaal toegesneden op de specifieke eisen voor de gunning van bijzonder complexe opdrachten, waaronder bepaalde vormen van PPS. Ze heet de “concurrentiegerichte dialoog”<sup>203</sup> en moet zorgen voor de nodige flexibiliteit die in de klassieke aanbestedingsrichtlijnen ontbreekt met het oog op een PPS.

Artikel 11, lid 3 c van de Richtlijn bepaalt dat een concurrentiegerichte dialoog een procedure is waaraan alle ondernemers mogen verzoeken deel te nemen en waarbij de aanbestedende dienst een dialoog voert met de tot de procedure toegelaten gegadigden, ten einde een of meer oplossingen te zoeken die aan de behoeften van de aanbestedende dienst beantwoorden en op grond waarvan de geselecteerde gegadigden zullen worden uitgenodigd om in te schrijven. Deze procedure mag aangewend worden wanneer de overheidsopdracht, zoals vaak in het geval van PPS-projecten, “bijzonder complex” is.<sup>204</sup> De richtlijn bepaalt zelf wanneer er sprake is van dergelijke complexiteit, met name wanneer de aanbestedende dienst niet op objectieve wijze kan vaststellen hoe een bepaald project gerealiseerd moet worden en niet op objectieve wijze de voor een project vereiste juridische en/of financiële constructie kan vaststellen.<sup>205</sup> Het is dan ook logisch dat de onderhandelingen in dit kader enkel tot doel hebben de aanbestedende overheid in staat te stellen om op basis van haar gesprekken met de gegadigden haar behoeften nader te bepalen en te omschrijven. De dialoog blijft dan ook beperkt tot de fase van de procedure die eindigt met het opstellen van het bestek.<sup>206</sup>

Doordat de aanbestedende dienst in staat wordt gesteld met potentiële kandidaten te dialogeren binnen een wettelijk kader is de kans groter dat men de geschikte oplossing vindt om aan de noden van een PPS-project te voldoen - zoals hierboven reeds betoogd - en dit langsheen een procedure die voldoende rechtszekerheid biedt - indien zij nageleefd wordt -. Op deze manier is het bovendien mogelijk om met kandidaat- privé-ondernemingen alle aspecten van het project te bespreken zonder dat de beginselen van transparantie en gelijke behandeling worden geschonden.

De aanbestedende dienst maakt een **aankondiging** van een opdracht bekend waarin zij hun behoeften en eisen vermelden, die door haar in die aankondiging en/of in een beschrijvend document worden omschreven. Vervolgens **selecteert** zij een aantal gegadigden waarmee zij gaat dialogeren met de bedoeling om haar behoefte op de (technische) mogelijkheden af te stemmen. Tijdens deze **dialoog** kunnen reeds alle aspecten van de opdracht

---

<sup>202</sup> Overweging 31 préambule Richtlijn 2004/18/EG.

<sup>203</sup> Art. 29 Richtlijn 2004/18/EG.

<sup>204</sup> Artikel 11, lid 3 c Richtlijn 2004/18/EG.

<sup>205</sup> Artikel 11, lid 3 c Richtlijn 2004/18/EG; Groenboek PPS en aanbesteding, 10.

<sup>206</sup> G. LAENEN, *o.c.*, 142.

aan bod komen. Net als bij de onderhandelingsprocedure moet de aanbesteder er over waken dat alle partijen gelijk behandeld worden, vooral op het vlak van informatieverschaffing. Artikel 29 bepaalt uitdrukkelijk dat de voorgestelde oplossingen niet aan de andere deelnemers bekendgemaakt mogen worden zonder instemming van de onderneming die ze geformuleerd heeft. In het kader van de concurrentiegerichte dialoog, rekening houdend met het eventuele vereiste flexibiliteit en met de hoog oplopende kosten die aan deze methode voor de gunning van overheidsopdrachten verbonden zijn, moeten de aanbestedende diensten kunnen bepalen dat de procedure in opeenvolgende fasen verloopt om geleidelijk, op basis van vooraf aangegeven gunningcriteria, het aantal inschrijvingen waarover zij verder zullen spreken of onderhandelen, te beperken, zonder dat de mededinging al te veel wordt beperkt.<sup>207</sup> Dit komt neer op een wettelijke invulling van de onderhandelingsprocedure zoals hierboven uiteengezet. Ook daar is de procedure in verschillende fasen opgedeeld met steeds minder overblijvende kandidaten.

De aanbestedende dienst zet de dialoog voort totdat zij kan aangeven welke oplossing of oplossingen aan haar behoeften kan of kunnen voldoen. Na de beëindiging van de dialoog verzoekt de aanbesteder de deelnemers hun inschrijvingen in te dienen op basis van de **gespecificeerde oplossingen, d.i. een bestek**, waarin alle noodzakelijk elementen voor de uitvoeringen van het project opgenomen zijn. De aanbestedende dienst kan verzoeken om de inschrijvingen toe te lichten, te preciseren en nauwkeuriger te omschrijven zonder dat de basiselementen van de inschrijving of aanbesteding wezenlijk gewijzigd worden. Te allen tijde moeten de mededinging en gelijke behandeling nageleefd worden. Vervolgens beoordeelt de aanbestedende dienst de inschrijvingen en kiest zij op basis van de vooropgestelde criteria de **economisch voordeligste inschrijving**. De prijs alleen is geen passend criterium voor complexe opdrachten.

Omdat dit, zoals daarnet vermeld, voor de privé-ondernemingen een dure procedure kan zijn omdat zij marktonderzoek vergt, onderzoek moet voeren en eventueel technische plannen moet opstellen voorziet de richtlijn in de mogelijkheid om de deelnemers hiervoor te vergoeden.

### 5. Conclusie

De oplossing van de onderhandelingsprocedure is mijns inziens een noodoplossing. En daarvoor zijn er nogal wat argumenten.

Ten eerste is het dubbelzinnig dat enerzijds de prijs een onderscheidingscriterium kan zijn bij complexe contracten om de kwalificatie onder één richtlijn mogelijk te maken, maar dat anderzijds een beroep wordt gedaan op de uitzonderingsbepaling van artikel 7 lid 2 sub c Richtlijn Werken die net in voege kan treden voor zover de prijs niet bepaalbaar is. Dat dit wat

---

<sup>207</sup> Overweging 41 préambule Richtlijn 2004/18/EG.

gekunsteld over kan komen is wel duidelijk. Natuurlijk is het niet in alle overeenkomsten zo dat zij een gemengd karakter hebben. Toch is het net in die contracten, vaak DBFM-contracten dat een gemengd karakter voorkomt en tegelijk de prijs niet bepaalbaar is.

Ten tweede beantwoordt men hiermee niet aan de eis van zekerheid die private partners wensen bij het aangaan van PPS-contracten. Dat op een uitzonderingsprocedure beroep moet gedaan worden is allerminst een ideale situatie. Bovendien heeft het Hof van Justitie zich hierover in het kader van PPS nog niet gebogen en is het bang afwachten of de toepassing van de onderhandelingsprocedure genade zal vinden in de ogen van het Hof.

Ten derde blijft de onderhandelingsprocedure een uitzonderingsprocedure die enkel in uitzonderlijke gevallen toegepast kan worden. Dat betekent dat het Hof een strikt toezicht zal houden op het gebruik ervan. Dit kan een obstakel vormen, vooral wanneer er betere manieren ontwikkeld worden om tot een betere prijsbepaling te komen.

Niettemin mag niet vergeten worden dat PPS een uitzonderlijke samenwerkingsvorm is die een uitzonderlijke procedure vereist.

De procedure van de concurrentiegerichte dialoog komt al zeker aan de kritiek van de rechtsonzekerheid tegemoet. Zij is immers een vrijdelde onderhandelingsprocedure die wettelijk bepaald wordt. Of zij ook van pragmatisme voorzien is wordt afwachten. In ieder geval moeten de lidstaten deze richtlijn implementeren voor 31 januari 2006. Mijns inziens zal het beperkte toepassingsgebied van de “concurrentiegerichte dialoog” de marktconsultatie niet helemaal van het toneel doen verdwijnen.

### **c. Participatieve PPS en aanbesteding**

PPS-projecten kunnen ook gerealiseerd worden via een gezamenlijke rechtspersoon die eigendom is van de publieke en private partij. Vaak heeft die rechtspersoon als taak te zorgen voor de totstandkoming van een werk of de verlening van een dienst van openbaar belang. De vraag aan de orde is wanneer men dan moet aanbesteden?

Strikt genomen is overheidsparticipatie niet onderworpen aan de aanbestedingsregelgeving.<sup>208</sup> Het recht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten bevat geen bepalingen betreffende de oprichting van een rechtspersoon met zowel publiek als privaat kapitaal. Maar daarentegen bepaalt de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie dat op iedere handeling van de overheid waarbij “voorwaarden voor economische

---

<sup>208</sup> J. JANSSEN, *o.c.*, sub 3.6.

activiteiten” worden vastgelegd, de algemene beginselen van het EG-verdrag van toepassing zijn, m.n. de beginselen van het *primaire* EG-recht.

De keuze van de private partij mag niet uitsluitend op de kwaliteit van zijn bijdrage in de zin van kapitaal of ervaring worden gebaseerd, maar moet op alle kenmerken van zijn inschrijving in verband met de specifieke uit te voeren verrichtingen berusten, m.a.w. moet de economisch voordeligste inschrijving zijn.<sup>209</sup>

Niets belet echter dat de participerende overheid haar private partner selecteert op basis van een aanbesteding. Op die manier kunnen meerdere privé-marktspelers hun innovatieve ideeën tegen elkaar laten spelen en kan de overheid komen tot de beste oplossing. Wanneer men hiervoor kiest is de onderhandelingsprocedure de best hanteerbare methode die voorhanden is.

#### d. Concessies en aanbesteding<sup>210</sup>

Uiteraard is een concessieovereenkomst *sensu lato* ook een contract tussen de overheid en een private onderneming, maar zij wordt verschillend geregeld in het aanbestedingsrecht. Men kan zich de vraag stellen of een privé-partner via het aanbestedingsrecht m.b.t. concessieopdrachten geselecteerd kan worden. Het *secundaire* EG-recht kent echter weinig bepalingen ter coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten die in het Gemeenschapsrecht als concessieovereenkomsten worden gekwalificeerd.

Volgens de Europese Richtlijn Werken is een concessieovereenkomst voor openbare werken *een overheidsopdracht, waarbij de aanbestedende overheid een overeenkomst sluit met een private partner die betrekking heeft op het ontwerp, de uitvoering en de exploitatie van een werk, met als tegenprestatie voor de uit te voeren werken of te verlenen diensten het uitsluitend recht het werk of de dienst te exploiteren, eventueel gepaard gaande met een prijs.*<sup>211</sup> Arrowsmith erkent dat er heel wat belangrijke aspecten van deze definitie niet duidelijk zijn en een verdere interpretatieve behoeven.<sup>212</sup> Onder andere de “prijs” hoeft niet steeds letterlijk genomen te worden. Een verleend exploitatierecht op een grondgebied kan ook een betaalde prijs uitmaken.<sup>213</sup> Het aangaan van een concessieovereenkomst valt onder de aanbestedingsplicht voor concessies voor werken uit de Richtlijn Werken. Dit is de enige vorm van concessie die een eigen aanbestedingsreglementering kent. Maar ook deze aanbesteding is slechts heel summier geregeld. Deze contracten worden dan ook het best gegund met de hierboven beschreven methode van de

<sup>209</sup> Groenboek PPS en aanbesteding, 20.

<sup>210</sup> Hoewel deze PPS-vorm ook een contractuele PPS is, wordt zij apart behandeld omdat het mededingingsrecht hier afwijkende kenmerken vertoont.

<sup>211</sup> Artikel 1 Richtlijn Werken.

<sup>212</sup> Voor beschouwingen over het concessiebegrip zie S. ARROWSMITH, *o.c.*, 717-718.

<sup>213</sup> J. JANSSEN, *o.c.*, sub 3.4.



onderhandelingsprocedure in het kader van een PPS. Er bestaan enkel bepalingen i.v.m. de verplichtingen betreffende de bekendmaking en een verplichting betreffende de minimumtermijn voor de indiening van inschrijvingen.

De concessies voor openbare diensten vallen daarentegen niet onder de werkingssfeer van de Richtlijn Diensten,<sup>214</sup> maar wordt indirect onderworpen aan de Richtlijn Levering.<sup>215</sup> De oorzaak hiervan is de uiteenlopende betekenis in de verschillende lidstaten van het begrip “openbare dienst” en de daaruitvloeiende onwil van de lidstaten om dit op te nemen in een algemene wettelijke regeling. Deze concessievormen moeten niet worden aanbesteed, althans niet via het *secundair* gemeenschapsrecht.

Men zal bij de aanbesteding van een PPS-concessie moeten teruggrijpen naar het *primaire* gemeenschapsrecht. Deze situatie is niet bevorderlijk voor het aangaan van PPS. Het ontbreken van coördinatie van nationale wetgeving kan feitelijk een belemmering vormen voor een daadwerkelijke openstelling van de dergelijke projecten binnen de Gemeenschap, en vooral wanneer een project transnationale kenmerken vertoont.

#### **e. Het minimum minimorum: het Europees Primair recht**

Het gebeurt ook dat in het kader van een PPS, voor de uitbouw van een project de regels inzake openbare aanbesteding niet toepasselijk zouden zijn. Daarmee zijn de betrokken ondernemingen echter niet vrijgesteld van alle E.G.-verplichtingen.<sup>216</sup> Het EG-aanbestedingsrecht wordt immers niet alleen door het *secundair* gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten gevormd, maar ook door het algemene *primaire* gemeenschapsrecht. Het betreft de bepalingen van het Verdrag tot oprichting van de Europese gemeenschap en het Verdrag betreffende de Europese Unie<sup>217</sup> waaruit een juridisch kader wordt geschapen.

Elke handeling waarbij een overheidsinstelling het verlenen van een economische activiteit toevertrouwt aan een derde moet gezien worden in het licht van de regels en beginselen van het Verdrag, in het bijzonder in het licht van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten (artikels 43 tot

---

<sup>214</sup> S. ARROWSMITH, *o.c.*, 713; E. MANUNZA, *EG-aanbestedingsrechtelijke problemen bij privatiseringen en bij de bestrijding van corruptie en georganiseerde criminaliteit*, Kluwer Deventer, 2001, 39.

<sup>215</sup> E. MANUNZA, *o.c.*, 133, zij verwijst naar *Handleiding richtlijn Diensten* van de Europese Commissie, Richtlijn 92/50/EEG.

<sup>216</sup> D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *o.c.*, 121; E. MANUNZA, *o.c.*, 138; P. WYTINCK, *o.c.*, 209.

<sup>217</sup> voor geconsolideerde versies: Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, Rome 25 maart 1957, *PbEG* 10 november 1997 C 340, 173 en Verdrag betreffende de Europese Unie, *PbEG* 10 november 1997 C 340, 145.

49 EG-verdrag).<sup>218</sup> Deze beginselen betreffen in het bijzonder het transparantiebeginsel, het beginsel van gelijke behandeling, vrijheid van goederen en diensten, proportionaliteit en het beginsel van wederzijdse erkenning.<sup>219</sup> Dit leidt ertoe dat de regels voor de selectie van de private partij vastgelegd moeten worden en op een passende manier moeten worden bekendgemaakt. Er moet een daadwerkelijke concurrentie zijn tussen potentieel geïnteresseerde ondernemingen, die gedurende de hele procedure gelijk behandeld worden. De uiteindelijke gunning moet gebeuren op basis van objectieve en niet-discriminerende criteria. In de arresten Unitron en Telaustria bekleemtoonde het Hof dat het discriminatieverbod een transparantieverplichting oplegt aan de aanbestedende diensten, zodat de geïnteresseerden zich ervan kunnen vergewissen dat het gelijkheidsbeginsel wordt nageleefd.<sup>220</sup>

Deze beginselen worden niet besproken in het licht van deze verhandeling.

### 3.4. TOEPASBAARHEID AANBESTEDINGSRECHT NÀ HET ONTSTAAN VAN DE PPS

#### *3.4.1. De toepasbaarheid van het aanbestedingsrecht (sensu lato) op een PPS-joint-venture?*

In dit onderdeel wordt nagegaan in hoeverre de huidige regelgeving inzake overheidsopdrachten *sensu lato*, hiermee wordt bedoeld de regelgeving zowel op nationaal als (en vooral) op Europees niveau, toepasbaar kan zijn op contracten aangegaan door de PPS-instelling. Biedt deze regelgeving een adequaat begrippenarsenaal, of is er een noodzaak aan nieuwe regels specifiek toepasbaar op PPS? Het gaat hier niet om de vraag of de wettelijke procedures toepasbaar zijn op een PPS, wel of PPS binnen het toepassingsgebied valt van de overheidsopdrachtenreglementering.

#### **a. Toepasbaarheid op grond van de algemene bepalingen**

In dit eerste onderdeel gaan we op zoek naar hanteerbare criteria om een PPS-vorm als een aanbestedende dienst te kunnen beschouwen vanuit de algemeen geldende bepalingen uit de verschillende wetgeving rond overheidsopdrachten, aangevuld door de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie.

---

<sup>218</sup> Interpretatieve mededeling van de Europese Commissie over concessieovereenkomsten in het communautair recht, *PbEG*. C. 29 april 2000, afl. 121, 7; Groenboek PPS en aanbesteding, 5; herhaald door de meeste hier vernoemde auteurs.

<sup>219</sup> HvJ 7 december 2000, Telaustria, zaak C-324/98, *Jur.* 2000, I-10745.

<sup>220</sup> HvJ 28 oktober 1999, Alcatel Austria, zaak C-81/98 *European Court reports* 1999, I-07671 (via [www.curia.be](http://www.curia.be)); HvJ 7 december 2000, Telaustria, zaak C-324/98, *European Court reports* 2000, I-10745 (via [www.curia.be](http://www.curia.be)).

## 1. Vertrekpunt

Een vraag over het toepassingsgebied betreffende PPS die men zich kan stellen, is of een PPS-onderneming als een publiekrechtelijke instelling in de zin van de wetgeving overheidsopdrachten moet worden aangemerkt en bijgevolg aan de aanbestedingsregels onderworpen is?

De interpretatie van het begrip “publiekrechtelijke instelling” is één van de voornaamste problemen met betrekking tot de effectiviteit van de EG-richtlijnen overheidsopdrachten.<sup>221</sup> Met de groei van PPS-vormen de laatste jaren lijkt dit probleem niet te onderschatten. Het lijkt uiterst moeilijk om te weten of een PPS-instelling de wetgeving over overheidsopdrachten moet respecteren omdat de aard ervan veelal heel hybride is.

Algemeen mag men ervan uitgaan, en dat blijkt ook uit de relevante rechtspraak, dat Europa zoveel mogelijk probeert instellingen - van allerlei soorten - onder de richtlijnen te brengen en dit omwille van het effectiviteitsbeginsel.<sup>222</sup> Begrippen moeten zo ruim mogelijk geïnterpreteerd worden om ontduiking te vermijden, en uitzonderingen zo beperkend mogelijk omwille van diezelfde reden. De motivering (wenselijkheid) werd hierboven reeds uiteengezet.

Manunza maakt in haar proefschrift de didactische tweedeling tussen instellingen, die zij kwalificeert als de hoofdcategorie, die op grond van de algemeen geldende bepalingen uit de EG-richtlijnen aanbestedingsplichtig zijn en instellingen die op grond van bijzondere richtlijnvoorschriften geheel of gedeeltelijk gebonden zijn.

## 2. Het begrip “publiekrechtelijke instelling”

Artikel 1, sub b van de Richtlijnen Diensten, Werken en Leveringen en artikel 4, §2, 8° Wet overheidsopdrachten, die quasi-identiek zijn, bepalen het volgende:

Een publiekrechtelijke instelling is een instelling die:

- opgericht is met het specifiek doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, en
- rechtspersoonlijkheid heeft, en
- waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de Staat of de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer onderworpen is aan toezicht door deze laatste ofwel de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht voor meer dan de helft

---

<sup>221</sup> E. MANUNZA, *o.c.*, 2001, 39.

<sup>222</sup> E. MANUNZA. *Ibid.*, 39.

door de Staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

Waar het op neer komt is te kijken of een PPS-constructie al dan niet onder deze definitie valt. Deze drie voorwaarden hebben aanleiding gegeven tot nogal wat rechtspraak, waarop hieronder wordt ingegaan met het thema van dit werk indachtig, PPS.

Alle drie de voorwaarden moeten cumulatief aanwezig zijn alvorens te mogen spreken van een publiekrechtelijke instelling.<sup>223</sup>

*DE EERSTE VOORWAARDE:*

Een PPS-constructie zal maar een aanbestedende dienst zijn in de mate dat zij opgericht is met het specifieke doel te voorzien in een behoefte van algemeen belang. Bovendien moet dat algemeen belang een ander belang zijn dan van industriële of commerciële aard.

- Algemeen belang...

Het begrip “algemeen belang, andere dan van industriële of commerciële aard” is een heel vage omschrijving die aanleiding geeft tot onduidelijkheid en dus rechtsonzekerheid. Tot de dag van vandaag blijft de invulling door het Europees Hof van Justitie heel casuïstisch. Het Hof had eerder de gelegenheid in het arrest Mannesman en BFI om nadere duiding te geven bij deze omschrijving maar zij liet dit na.<sup>224</sup> Het Hof houdt het bij de loutere vaststelling of de activiteit *in casu* aan de omschrijving voldoet.

De notie van het “algemeen belang” binnen het gemeenschapsrecht valt zeker niet binnen het bestek van deze verhandeling. Het is immers een begrip dat voorwerp kan uitmaken van een aparte verhandeling omdat zij veelvuldig voorkomt in verschillende bepalingen van het gemeenschapsrecht. Een vaststelling die men kan maken op grond van de arresten van het Hof van Justitie is dat het algemeen belang wordt aangenomen wanneer een bepaalde activiteit ten gunste komt van de burger, volgens het ten goede komen van “de gemeenschap”. Dit wordt heel ruim aanvaard in aanbestedingszaken. Zo stelt het Hof: “*door de verwerving van diensten van ontwerp en bouw in het kader van een vastgoedproject voor kantoren niet alleen handelt in het bijzonder belang van de rechtstreeks bij het project betrokken ondernemingen, maar ook*

---

<sup>223</sup> HvJ 15 januari 1998, arrest Mannesmann Anlagenbau Austria AF e.a. en Strohal Rotationsdruck GesmbH, zaak C-44/96, *Jur.* 1998, p.I-73, overweging 21 (ook: <http://curia.eu.int>); HvJ 10 november 1998, Gemeenten Arnhem en Rheden tegen BFI, zaak C-360/96, *Jur.* 1998, p.I-6821.

<sup>224</sup> Arrest Mannesman; Arrest BFI.

*in het belang van de stad Varkaus*".<sup>225</sup> Een zelfde benadering vindt men terug in een arrest waar het Hof besloot dat activiteiten voor de organisatie van beurzen e.a. voorzagen in een behoefte van algemeen belang voorzover de organisator van die evenementen niet alleen handelt in het bijzonder belang van fabrikanten en handelaars, doch ook in het belang van consumenten die deze evenementen bezoeken, die op deze manier via betere informatie betere keuzes konden maken.<sup>226</sup>

In het arrest Adolf Truley stelt het Hof dat wanneer er een wettelijke verplichting bestaat om in een bepaalde activiteit te voorzien, *in casu* lijkbezorging, die activiteit een behoefte van algemeen belang vervult.<sup>227</sup>

- ...Andere dan van industriële of commerciële aard

Een nadere bepaling die het Hof gegeven heeft, is een antwoord op de vraag of de uitdrukking "andere dan die van industriële of commerciële aard" de categorie van soorten algemeen belang specificeert, dan wel bepaalt of alle algemene belangen andere zijn dan van industriële of commerciële aard.<sup>228</sup> Het eerste is het juiste.<sup>229</sup> Dit was een bevestiging van wat het Hof reeds zei in het Mannesmann-arrest in overwegingen 22 tot 24.

M.b.t. PPS-vormen is het belangrijk te onthouden dat zij geen aanbestedende diensten zijn wanneer zij dus het algemeen belang nastreven dat geen commercieel of industrieel algemeen belang is, maar daarnaast ook wanneer zij géén algemeen belang nastreven, doch wel een louter commercieel of industrieel belang.

Een tweede nadere bepaling die het Hof geeft, heeft betrekking op het begrip *behoefte van algemeen belang van industriële of commerciële aard*. Ze preciseert met name wanneer géén sprake is van dergelijke behoefte.

Een eerste mogelijke houvast dat ons zou aangereikt kunnen worden om te verifiëren of een PPS-constructie aan een algemene behoefte voldoet die al dan niet van commerciële aard is, is de vraag wat de *rol van particulieren* in de voldoening van die behoeften is. M.a.w. kan men zich de vraag stellen of er nog sprake is van een behoefte van algemeen belang andere dan van commerciële of industriële aard, wanneer ook de particuliere sector in die behoefte voorziet.

---

<sup>225</sup> HvJ 22 mei 2003, Arkkitehtuuritiosmisto Riitta Korhonen Oy e.a. tegen Varkauden Taitotalo Oy, zaak C-18/01, *Jur.* 2003, I-05321, overweging 44.

<sup>226</sup> HvJ 10 mei 2001, Agora en Excelsior, zaak C-223/99, *Jur.* 2001, p.I-03605.

<sup>227</sup> HvJ 27 februari 2003, Adolf Truley, zaak C-373/00, overweging 53 e.v. (via [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int)).

<sup>228</sup> E. MANUNZA, o.c., 74; D. D'HOOGHE en F.VANDENDRIESSCHE, o.c., 56.

<sup>229</sup> Arrest BFI, overweging 30 e.v. (ook: <http://curia.eu.int>).

Hierop antwoordt het Hof in het BFI-arrest het volgende: *“Aangezien het moeilijk denkbaar is, dat activiteiten in geen geval door particuliere ondernemingen kunnen worden verricht, zou bovendien de voorwaarde dat er geen particuliere ondernemingen zijn die kunnen voorzien in de behoeften waarvoor de betrokken instelling is opgericht, het in artikel 1 sub b, van Richtlijn 92/50 bedoelde begrip publiekrechtelijke instelling kunnen uithollen”*.<sup>230</sup> Het arrest Korhonen beaamt dat dit criterium een mogelijke aanwijzing kan zijn dat een behoefte van algemeen belang van industriële of commerciële aard is, maar benadrukt ook dat het bestaan van een sterke concurrentie op zich niet de conclusie wettigt dat er geen sprake is van een andere behoefte van algemeen belang dan een behoefte van industriële of commerciële aard. In het Mannesmann arrest ging het Hof zelfs niet in op de vraag of de activiteit, *in casu* een drukkerij, al dan niet door de private sector kan uitgeoefend worden.

Concluderend kan men stellen dat het ontbreken van mededinging geen noodzakelijk element van de definitie van het begrip “publiekrechtelijke instelling” is. Doch, het Hof stelt dat *“het bestaan van concurrentie niet geheel irrelevant is voor de beantwoording van de vraag, of een behoefte van algemeen belang van andere dan van industriële aard of commerciële aard is. Het bestaan van een sterke concurrentie kan een aanwijzing zijn voor het feit dat het niet om een behoefte van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard gaat.”*<sup>231</sup>

Een tweede mogelijke houvast dat door het Hof gegeven wordt om na te gaan wat een behoefte van algemeen belang, is dat het blijkt te gaan om *“behoeften waarin op een andere wijze wordt voorzien dan door het aanbieden van goederen of diensten op de markt, en waarin de staat bovendien om redenen van algemeen belang besluit zelf te voorzien of ten aanzien waarvan hij een beslissende invloed wil behouden”*.<sup>232</sup>

Men kan zich hier vragen stellen bij de hanteerbaarheid van dit mogelijke criterium. Het is vreemd te stellen dat een activiteit door de overheid uitgeoefend in een behoefte van algemeen belang voorziet, net doordat de overheid besluit er zelf in te voorzien of er een beslissende invloed in te houden. Het lijkt dan ook een kringredenering van het Hof te zijn die zij onterecht blijft hanteren doorheen haar rechtspraak. Zij redeneert immers dat een activiteit van algemeen belang is omdat zij wordt uitgeoefend door de staat en dat wanneer een activiteit uitgeoefend wordt door een staat, zij waarschijnlijk van algemeen belang is. Bovendien - en hier wordt de kritiek van Manunza gevolgd - kan men zich hier de vraag stellen of de overheid

---

<sup>230</sup> overweging 44.

<sup>231</sup> Arrest BFI, overwegingen 48 en 49.

<sup>232</sup> Arrest BFI, overweging 51; Arrest Agorà en Excelsior, overweging 37; Arrest Korhonen, overweging 47; Arrest Adolf Truley, overweging 50; Arrest 16 oktober 2003, koninkrijk Spanje, zaak C-283/00, overweging 80 (via [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int)).

terecht heeft besloten om in een bepaalde behoefte te voorzien.<sup>233</sup> Men kan vaststellen dat in bepaalde gevallen de overheid besluit een taak uit te oefenen, zoals lijkbezorging, terwijl dit net zo goed kan gebeuren door privé-ondernemingen.

Een derde houvast dat men voor het eerst met zoveel woorden terugvindt<sup>234</sup> in het arrest Korhonen is dat het Hof vaststelt dat *“indien een organisatie onder normale marktvoorwaarden actief is, winst nastreeft en de met de uitoefening van haar activiteit verbonden verliezen draagt, het niet waarschijnlijk lijkt dat de behoeften waarin zij wil voorzien, van andere dan industriële of commerciële aard zijn.”* Het Hof gaat verder en argumenteert: *“Bovendien behoeven in een dergelijk geval de communautaire richtlijnen betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten niet te worden toegepast, aangezien een organisatie die winst nastreeft en zelf de met haar activiteit verbonden risico's draagt, normaal gesproken niet aan een aanbestedingsprocedure zal deelnemen onder voorwaarden die economisch niet verantwoord zijn.”*<sup>235</sup> Deze precisering van wat een behoefte van algemeen belang van industriële of commerciële aard is lijkt al veel beter werkzaam binnen het kader van PPS. Men kan immers gemakkelijk vaststellen of een bepaalde PPS-joint-venture zelf haar verliezen draagt, of deze bijgepast worden door de overheid. De omstandigheid dat een vennootschap bovendien ook nog met openbare middelen wordt gefinancierd maakt het plaatje compleet. Het is meer dan billijk dat wanneer een bepaalde PPS-vorm privileges krijgt van de overheid, zij aan te merken valt als openbare aanbestedingsdienst omdat net dan opnieuw de motieven aanwezig zijn om tot een aanbesteding over te gaan, met name het omzichtig omspringen met overheids gelden die tenslotte van de belastingbetaler afkomstig zijn. Deze rechtspraak werd bevestigd in het arrest koninkrijk Spanje van 16 oktober 2003.<sup>236</sup>

#### *DE TWEDE VOORWAARDE:*

De tweede voorwaarde om als publiekrechtelijke instelling beschouwd te kunnen worden en dus als aanbestedende dienst is het hebben van rechtspersoonlijkheid. Dit zuiver formeel criterium zorgt voor weinig interpretatieproblemen.<sup>237</sup>

---

<sup>233</sup> E. MANUNZA, o.c., 79.

<sup>234</sup> Het Hof oordeelde al eens dat het bestaan van een winstooigemerk, of het werken op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit kan betekenen dat er sprake is van de uitoefening van een taak van algemeen belang andere dan van commerciële of industriële aard in HvJ 10 mei 2001, Agora, zaak C-223/99 en C-260/99, overweging 40.

<sup>235</sup> Arrest Korhonen, overweging 51.

<sup>236</sup> overweging 81.

<sup>237</sup> E. MANUNZA, o.c., 107.

*DE DERDE VOORWAARDE:*

De derde voorwaarde, die stelt dat het moet gaan om een instelling waarvan *ofwel* de activiteiten in hoofdzaak door de Staat of de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, *ofwel* het beheer onderworpen is aan toezicht door deze laatste *ofwel* de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht voor meer dan de helft door de Staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen, is opnieuw een vrij formeel criterium waar op zich weinig discussie over kan ontstaan.<sup>238</sup> Men kan eenvoudig nagaan of aan één van deze beschrijving voldaan is. Wanneer één van de drie subvoorwaarden vervuld is kan men besluiten dat het gaat om een instelling die een sterke afhankelijkheid vertoont van een andere aanbestedende dienst. In arrest van het Hof van Justitie dat werd gewezen m.b.t. deze laatste voorwaarde<sup>239</sup> preciseert het Hof dat alleen prestaties die de activiteiten van de betrokken entiteit financieren of ondersteunen door financiële steun te verstrekken zonder dat daar een specifieke tegenprestatie tegenover staat, kunnen beschouwd worden als openbare financiering.<sup>240</sup> Zij preciseert ook dat met “in hoofdzaak” bedoeld wordt “meer dan de helft”.

Eén van de weinige afwijkingen van het Belgische aanbestedingsrecht met de Europese rechtspraak terzake betreft het bepalen van het moment waarop aan die financieringsvereiste is voldaan.<sup>241</sup> Artikel 4 §2, 8° zegt dat dit moet beoordeeld worden op het moment van de beslissing tot een overheidsopdracht over te gaan. In het arrest *University of Cambridge* daarentegen vindt het Hof dat deze vereiste moet bekeken worden over het hele jaar waarin de aanbestedingsprocedure wordt geopend<sup>242</sup>, beginnend bij het boekjaar waarin die aanbesteding plaatsvindt. Volgens D’Hooghe vertrekt men in de Belgische regelgeving één jaar voor de beslissing om tot een aanbesteding over te gaan.<sup>243</sup> Deze keuze van de Belgische overheid is niet strijdig met het Europees recht.

Het arrest *Adolphe Truley* preciseert wel dat een loutere controle achteraf niet volstaat aan het criterium van toezicht om tegemoet te komen aan de derde voorwaarde zodat een PPS-instelling als aanbestedende dienst beschouwd zou kunnen worden. De overheid zou via een dergelijke controle de besluiten van de betrokken instelling m.b.t. overheidsopdrachten niet kunnen beïnvloeden. Het arrest stelt dat aan het controlecriterium daarentegen wel voldaan zou

<sup>238</sup> Nochtans wel relevante zaken HvJ 17 december 1998, *Connemara Machine Turf*, zaak C-306/96, HvJ 17 december 1998, zaak C-353/96, HvJ 27 februari 2003, *Adolf Truley*, zaak C-373/00. (allen via [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int)).

<sup>239</sup> HvJ 3 oktober 2000, *The Queen tegen H.M. Treasury*, ex parte: *The University of Cambridge*, zaak C-380/98, (via [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int)).

<sup>240</sup> Arrest *University of Cambridge*, overweging 20.

<sup>241</sup> D. D’HOOGHE en F.VANDENDRIESSCHE, *o.c.*, 56.

<sup>242</sup> Arrest *University of Cambridge*, overweging 37 e.v.

<sup>243</sup> D. D’HOOGHE en F.VANDENDRIESSCHE, *o.c.*, 67.



kunnen zijn indien de overheid “*cijfermatig correct, volgens de regels, spaarzaam, economisch en doelmatig controleert en diezelfde overheid voorts bevoegd is om de kantoren en installaties van de genoemde instelling te bezoeken en over die onderzoeken verslag uit te brengen bij een territoriaal lichaam dat het maatschappelijk kapitaal van de betrokken instelling in handen heeft.*”<sup>244</sup>

### 3. Conclusie

Het valt op dat voor PPS-joint-ventures de mate van participatie daarin door de overheid niet van belang is voor de aanbestedingsplicht, maar wel de kwalificatie als aanbestedende dienst. Dit betekent dat het kan voorkomen dat een “publiek werk” door een honderd procent private partij wordt uitgevoerd binnen het kader van een PPS en dat die private partij gehouden is de aanbesteding te organiseren.<sup>245</sup>

De eerste voorwaarde toepassen op een PPS-instelling blijft een hachelijke onderneming. Het Hof hanteert heel vage, onzekere begrippen waardoor zij niet voldoen aan de rechtszekerheid die de partijen nodig hebben om met elkaar in zee te gaan. Het Hof probeert bovendien zoveel mogelijk die vage criteria in het vage te laten omdat zij nieuwe kansen om tot een betere begripsinvulling te komen vooralsnog onbenut laat.<sup>246</sup> In het arrest Korhonen komt het Hof echter tot extra (ver)nieuw(d) criterium, met name dat van het al dan niet onder normale marktvoorwaarden actief zijn. Mijns inziens kan dit soelaas bieden om tot een betere kwalificatie van PPS-vormen als openbare dienst te komen in samenhang met de andere aangehaalde criteria. Een *in concreto* benadering door de verschillende rechtbanken (nationaal en internationaal) blijft noodzakelijk.

#### **b. Toepasbaarheid op grond van bijzondere richtlijnvoorschriften**

In dit tweede onderdeel wordt de situatie besproken waarin een PPS-vorm onder het toepassingsgebied van de EG-richtlijnen valt via bijzondere voorschriften. Deze mogelijkheid is een tweede magneet die instellingen naar de wetgeving inzake overheidsopdrachten kan trekken wanneer die instelling niet voldeed aan de algemene bepalingen om als aanbestedende dienst beschouwd te kunnen worden.

Wanneer een PPS-vorm niet als een publiekrechtelijke instelling kan beschouwd worden, kunnen zij niettemin vallen onder het secundaire gemeenschapsrecht via specifieke bepalingen in de wetgeving overheidsopdrachten. Deze kwalificatie van een PPS-vorm is onder andere

---

<sup>244</sup> Arrest Adolf Truley, overweging 70 en 74.

<sup>245</sup> Dit inzicht werd bevestigd in het Arrest BFI, overweging 62 en het Arrest koninkrijk Spanje, overweging 56.

<sup>246</sup> Arrest Korhonen (via [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int)).

nuttig wanneer het gaat om zuiver privaatrechtelijke PPS-vormen die niet onder de voorwaarden van aanbestedende diensten zoals bepaald in de wetgeving overheidsopdrachten vallen.

### *1. De PPS-instelling is een subsidieontvanger*

Zowel de Richtlijn Werken als de Richtlijn Diensten en de Belgische regelgeving bevatten bijzondere bepalingen die stellen dat wanneer een aanbestedende dienst, d.w.z. een instelling die beantwoordt aan de algemene bepaling van de wetgeving inzake overheidsopdrachten, een opdracht voor de uitvoering van werken laat plaatsen door een PPS-instelling waar zij meer dan 50% subsidies aan verleent, zij die PPS-instelling de richtlijnen moet doen naleven, voorzover de opdracht valt onder het technische toepassingsgebied van lid 2.<sup>247</sup> De regeling hieromtrent wordt overgelaten aan de nationale lidstaten. M.a.w. de subsidieontvanger die geen aanbestedende dienst is, maar wel de opdrachtnemer kiest, dient de bepalingen van de richtlijn na te leven die de subsidiërende aanbestedende dienst hem oplegt.<sup>248</sup> De PPS-vormen die onder deze bepalingen zal beperkt worden door het tweede lid van art. 2 lid 1 van de Richtlijn Werken en art. 3 lid 3 Richtlijn Diensten tot opdrachten in verband met bouwwerken die onder een bepaalde klasse vallen. Het begrip “subsidie” wordt door het Europees Hof heel ruim begrepen. Niet de vorm, maar wel het effect van “steunmaatregelen”, zoals in artikel 87 EG-Verdrag weergegeven, is belangrijk. Determinerend is het ontvangen van een bepaald voordeel ten laste van openbare middelen door een bepaalde onderneming.<sup>249</sup> Eén van de typerende steunmaatregelen die vaak terugkomt binnen het kader van PPS is het nemen van infrastructuurmaatregelen, die geheel of grotendeels aan de PPS-instelling toekomen.<sup>250</sup>

### *2. De PPS-instelling is een concessiehouder voor openbare werken*

De Europese Richtlijn Werken, met name artikel 3 lid 2, verplicht de Lid-Staten de nodige maatregelen te nemen opdat concessiehouders van openbare werken, die in dit geval zelf geen aanbestedende dienst zijn, bepalingen van deze Richtlijn in acht zouden nemen wanneer zij opdrachten vanaf een bepaalde waarde bij derden plaatsen. Deze bepaling is uiterst relevant bij PPS-vormen aangezien zij vaak aangegaan worden via een concessieovereenkomst.

---

<sup>247</sup> Artikel 2 lid 1 Richtlijn werken en art. 3 lid 3 Richtlijn diensten, artikel 11 K.B. 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken.

<sup>248</sup> E.MANUNZA, *o.c.*, 119

<sup>249</sup> *Ibid.*, 121. Voor een opsomming van de soorten subsidies die te onderscheiden zijn, cf. S.M.M. SCHOUTEN, *Nederlandse werkgelegenheidssteun in een Europeesrechtelijk kader*, Europese Monografieën 50, Deventer, Kluwer, 1997, 75-77 en L. HANCHER, T. OTTERVANGER en P. SLOT, *E.C. State Aids*, London, Sweet & Maxwell 1999

<sup>250</sup> Hierbij wordt gedacht aan de publiek-private samenwerking waarbij de overheid kanalen en oevers ter beschikking stelt voor de bouw van aanlegkades om het transport langsheen binnenwateren te bevorderen.

Men voorziet namelijk vaak dat de private partij voor haar tegenprestatie voor de uit te voeren werken het uitsluitend recht verkrijgt het werk te exploiteren, eventueel gepaard gaande met een prijs.

Manunza wijst op de verwarring die hier zou kunnen ontstaan tussen een overheidsopdracht voor werken en een concessie voor werken omdat het klassieke criterium van onderscheid, namelijk de verschillende vormen van tegenprestatie, niet langer hanteerbaar zou zijn nu de tekst van Richtlijn 93/37/EEG ruimer geworden is.<sup>251</sup> Zij spreekt namelijk over “het laten uitvoeren *met welke middelen dan ook* van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet”. Het risico-element wordt door Manunza als het nieuwe onderscheidingscriterium naar voor geschoven. Indien een concessiehouder beloofd zou worden met vaste bedragen als tegenprestatie voor de uitvoering van de werken en het beheer zonder dat deze betaling evenredig is aan de opbrengst van dat beheer, dan gaat het niet langer om een concessie van openbare werken, doch wel over een overheidsopdracht voor werken. Het exploitatierisico is het doorslaggevende criterium.

#### *3.4.2. Toepasbaarheid van het aanbestedingsrecht op de gunning aan een PPS-rechtspersoon?*

Een andere vraag die men zich kan stellen is in hoeverre de overheidsopdrachtenwetgeving van toepassing is op overeenkomsten gesloten tussen overheden en PPS-rechtspersonen. De Commissie wees er in haar recente groenboek op dat de deelname van de aanbestedende instantie in de PPS-rechtspersoon geen reden is om bij de selectie van een private partij het aanbestedingsrecht niet toe te passen.<sup>252</sup> Het Hof van Justitie heeft in het arrest Teckal immers bevestigd dat het aanbestedingsrecht van toepassing is wanneer een aanbestedende instantie een taak aan een “derde” wil toevertrouwen.<sup>253</sup> Artikel 1, sub a van de Richtlijn Werken bepaalt immers dat een overeenkomst gesloten tussen een territoriaal lichaam en een persoon die daarvan rechtens onderscheiden is, een overeenkomst is die aan de Richtlijn onderworpen is. Wanneer daarentegen de aanbestedende dienst op de betrokken PPS-joint-venture toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en die joint-venture het merendeel van haar werkzaamheden zou verrichten ten behoeve van die controlerende overheid, zou de overeenkomst niet aanbesteed moeten worden.<sup>254</sup> Alleen rechtspersonen die cumulatief aan beide voorwaarden voldoen worden gelijkgesteld aan “in house”-entiteiten van de aanbestedende instantie.

---

<sup>251</sup> E. MANUNZA, *o.c.*, 2001, 129.

<sup>252</sup> Groenboek PPS en aanbesteden, 22.

<sup>253</sup> HvJ 18 november 1999, Teckal tegen Comune di Viano e.a., zaak C-107/98, *Jur.* 1999, I-08121, overweging 45; C. DE KONINCK, *o.c.*, 40.

<sup>254</sup> Arrest Teckal, overweging 50.

### 3.4.3. *Het aanbestedingsrecht is niet van toepassing*

De vormen van PPS die niet onder de algemene bepalingen van de richtlijnen vallen, of niet kunnen beschouwd worden als een subsidieontvanger of een concessiehouder van openbare werken, zijn nog steeds onderworpen aan de bepalingen van het *primair* gemeenschapsrecht.<sup>255</sup> Dit recht is terug te vinden in het EG-verdrag en houdt de grondbeginselen in waarop de Europese Gemeenschap gesteund is. Het EG-Verdrag belet niet dat vormen van publiek-private samenwerking die niet onder de werking van de Europese richtlijnen vallen tot stand komen. De wijze waarop deze contracten worden verleend, moet verenigbaar zijn met het verdrag.

Welke beginselen uit het primair gemeenschapsrecht een overheid moet respecteren bij de keuze van een PPS-partner, en welke minimumvereisten toepasselijk zijn op een PPS-vorm die niet onder de richtlijnen valt zijn hierboven reeds aan bod gekomen bij de bespreking van de toepassing van het aanbestedingsrecht bij de selectie van een partner vóór het aangaan van PPS.

Analoog moeten ook de nationale beginselen van behoorlijk bestuur en het gelijkheidsbeginsel in acht genomen worden.

## 3.5. CONCLUSIE PPS EN AANBESTING

De uitdaging voor de interne markt, nl. het faciliteren van de ontwikkeling van PPS en tegelijkertijd zorgen voor daadwerkelijke concurrentie en rechtszekerheid blijft mijns inziens overeind. De dubieuze toepassing van de onderhandelingsprocedure en de onduidelijke rechtspraak i.v.m. het begrip “aanbestedende dienst” zijn twee moeilijkheden die aantonen dat dit vooropgestelde doel nog niet bereikt is.

De nieuwe procedure, de “concurrentiegerichte dialoog”, stelt de overheidsinstellingen in staat op hun behoeften afgestelde oplossingen te vinden door met geïnteresseerde ondernemingen te overleggen.<sup>256</sup> Hiermee komt Europa enkel tegemoet aan het gebrek aan de rechtszekerheid die bij de onderhandelingsprocedure heerst omwille van het uitzonderingskarakter hiervan. De procedure zelf verschilt niet van de onderhandelingsprocedure zoals hierboven beschreven. Bovendien is deze procedure nog niet geïmplementeerd in de verschillende nationale wetgevingen.

---

<sup>255</sup> E.MANUNZA, *o.c.*, 138.

<sup>256</sup> Groenboek PPS en aanbesteding, 5

## EPILOOG

De in PPS geïnteresseerde jurist staat een mooie intellectuele toekomst te wachten. Europa kondigt nieuwe richtlijnen aan, de nationale overheden worden verwacht van de nieuwe EG-richtlijn te implementeren en elke nieuwe regering maakt in haar regeringsverklaring wel gewag van PPS. Zo ook de nieuwe Vlaamse regering. In haar “beleidsnota PPS 2004-2009” kondigt zij vier beleidsthema’s aan rond PPS.<sup>257</sup> Ten eerste wil de overheid de inbedding en afstemming van de verschillende instrumenten, spelers en bestuurscomponenten realiseren. Meerbepaald moet de taak- en bevoegdheidsverdeling tussen alle betrokken spelers (Vlaams Kenniscentrum PPS, Participatiemaatschappij Vlaanderen, de verschillende ministers...) duidelijk bepaald worden.

Ten tweede wil men de voornaamste hinderpalen uit de huidige wetgeving weg laten nemen en wordt het PPS-decreet geëvalueerd. Op dit vlak kan ook verwezen worden naar het Europees Economisch en Sociaal Comité. Het EESC stelt, in het kader van de discussie die op gang gebracht is met het Groenboek van de Commissie over publiek-private samenwerking, vast dat veel landen bezig zijn specifieke rechtsregels voor publiek/private samenwerking (PPS) uit te vaardigen.<sup>258</sup> Gezien de ervaringen die momenteel worden opgedaan, adviseert zij dat het de voorkeur verdient af te wachten in welke vormen PPS zich de komende jaren gaat ontwikkelen via de informatie die zij verkrijgt van de lidstaten. Zij adviseert wel een waarnemingspost voor de ontwikkeling van PPS op te richten waarin zowel vertegenwoordigers van de lidstaten als van de Commissie en maatschappelijke organisaties zullen zetelen. Haar objectief is wel heel duidelijk om vóór 2007 met een interpretatieve mededeling op de proppen te komen die duidelijkheid moet scheppen omtrent de definitie van concessie- en PPS-overeenkomsten, de vaststelling van de mededingingspositie van gemengde of semi-overheidsbedrijven, de concurrentiegerichte dialoog en de toepasselijkheid van staatssteun voor gemengde ondernemingen.

Ten derde wil de Vlaamse regelgever prioriteit geven aan het realiseren van levensvatbare PPS-projecten die nu al in voorbereiding zijn. Om maximale slaagkansen te realiseren zal bij voorkeur gekozen worden voor de uitvoering van projecten waar de moeilijkheidsgraad relatief laag kan gehouden worden om snel ervaring op te doen m.b.t. PPS.

Tenslotte wil men op zoek gaan naar opportuniteiten voor nieuwe projecten in combinatie met bestaande PPS-projecten. Gedoeld wordt op de creatie van

---

<sup>257</sup> Y. LETERME, *beleidsnota PPS 2004-2006*, (via [www.vlaanderen.be/pps](http://www.vlaanderen.be/pps)).

<sup>258</sup> Verslag van de zitting van het Europees Economisch Sociaal Comité, Brussel 5 november 2004 (via [http://www.esc.eu.int/documents/summaries\\_plenaries/2004/synt\\_412\\_10\\_04\\_nl.pdf](http://www.esc.eu.int/documents/summaries_plenaries/2004/synt_412_10_04_nl.pdf))

mogelijke synergieën tussen bestaande PPS-projecten en nieuwe mogelijkheden (b.v. infrastructuur en vastgoedontwikkeling).

Wordt ongetwijfeld vervolgd...