

Afdeling III – Toepassingsgebied wat de bedoelde activiteiten betreft

Onderafdeling I – Overheidsopdrachten in de sectoren water en energie en specifieke uitsluitingen

Artikel 46. *In de sectoren water en energie zijn de hierna volgende activiteiten onderworpen aan de bepalingen van deze titel:*

- 1° de terbeschikkingstelling of de uitbating van vaste netten bestemd voor dienstverlening aan het publiek op het gebied van productie van, vervoer van of voorziening in drinkwater, elektriciteit, gas of warmte;*
- 2° de voorziening van deze netten van drinkwater, elektriciteit, gas of warmte.*
In het geval van een overheidsbedrijf, wordt deze voorziening niet gezien als een activiteit als bedoeld in deze wet, onder de tweeledige voorwaarde dat:
 - a) inzake drinkwater en elektriciteit:*
 - dit overheidsbedrijf het drinkwater of de elektriciteit voortbrengt omdat de consumptie ervan noodzakelijk is voor de uitoefening door haar van een andere activiteit dan die bedoeld in dit artikel en de artikelen 47 tot 52;*
 - de bevoorrading van het openbare net slechts afhangt van het eigen gebruik van dit overheidsbedrijf zonder dertig percent van haar totale productie van respectievelijk drinkwater of elektriciteit te overschrijden, berekend op grond van het gemiddelde van de laatste drie jaren, het lopende jaar inbegrepen;*
 - b) inzake gas of warmte:*
 - dit overheidsbedrijf gas of warmte voortbrengt als onvermijdelijk gevolg van de uitoefening van een andere activiteit dan die bedoeld in dit artikel en de artikelen 47 tot 52;*
 - de bevoorrading van het openbare net slechts een economisch verantwoorde uitbating van deze productie beoogt zonder twintig percent van de omzet van dit overheidsbedrijf te overschrijden, berekend op grond van het gemiddelde van de laatste drie jaren, het lopende jaar inbegrepen;*
- 3° de uitbating van een geografisch gebied met als doel het prospecteren of de winning van olie, gas, steenkool of andere vaste brandstoffen.*

TEKSTGESCHIEDENIS

Artikel 46 van de wet van 15 juni 2006 (BS 15 februari 2007).

AUTEUR

Kris Wauters en Wouter Moonen

RECHTSLEER

Zie inleiding onder Titel III.

COMMENTAAR

1. Het artikel 46 bakent het toepassingsgebied van de overheidsopdrachtenreglementering af inzake de nutssectoren water en energie. In concreto vormt het de omzetting van artikel 3 van de richtlijn 2004/17/EG en vormt het ook de tegenhanger van artikel 28 van de wet van 24 december 1993.

2. De aanbestedende overheden en overheidsbedrijven in de sector water die onderworpen zijn aan titel III van de wet overheidsopdrachten hebben blijkens artikel 46 in beginsel betrekking op hun activiteiten in het kader van:

- 1) de terbeschikkingstelling of de uitbating van vaste netten bestemd voor dienstverlening aan het publiek op het gebied van productie van, vervoer van of voorziening in drinkwater (artikel 46, eerste lid, 1°);
- 2) de voorziening van deze netten van drinkwater (artikel 46, eerste lid, 2°);

3. De aanbestedende overheden en overheidsbedrijven in de sector energie die onderworpen zijn aan titel III van de wet overheidsopdrachten hebben, zoals blijkt uit artikel 46, in beginsel betrekking op de opdrachten en aannemingen in het kader van:

- 1) de terbeschikkingstelling of de uitbating van vaste netten bestemd voor dienstverlening aan het publiek op het gebied van productie van, vervoer van of voorziening in elektriciteit, gas of warmte (artikel 46, eerste lid, 1°);
- 2) de voorziening van deze netten van elektriciteit, gas of warmte (artikel 46, eerste lid, 2°);
- 3) de uitbating van een geografisch gebied met als doel het prospecteren of de winning van olie, gas, steenkool of andere vaste brandstoffen (artikel 46, eerste lid, 3°).¹

4. In de eerste plaats betreft de richtlijn de terbeschikkingstelling of de uitbating van vaste netwerken voor het leveren van elektriciteit, gas en warmte aan het publiek. Bijgevolg betreft het bedrijven die elektriciteit opwekken. De richtlijn handelt ook over bedrijven die elektriciteit opkopen en die dan aan particulieren en bedrijven leveren. Te benadrukken is dat het enkel gaat om activiteiten uitgevoerd door een aanbestedende overheid of een overheidsbedrijf.

De term 'terbeschikkingstelling' heeft men in de Franse rechtsleer reeds als volgt omschreven: "La mise à disposition est donc une activité consistant notamment à bâtir et entretenir

1. Deze bepaling is niet van belang in de Belgische context. Zie ook M. FLAMME, P. MATHEI, P. FLAMME, A. DELVAUX en C. DARDENNE, *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, Deel 1A, Brussel: Nationale Confederatie Van Het Bouwbedrijf, 1996-97, 467.

un réseau (travaux de génie civil, achat de rames ou de véhicules, etc.) et à organiser l'accès des exploitants qui utilisent le réseau pour rendre le service correspondant."¹

Vrij recent heeft de Franse Conseil d'Etat de kans gehad om uit te leggen wat men moet verstaan onder de term 'uitbating'.² Een overheid kan niet genieten van de regelgeving nutssectoren wegens het simpele feit dat zij een vast net laat uitbaten door een derde (bv. via een concessie). Zij moet dit zelf uitbaten of zij moet het door haar uitgebate net laten gebruiken door een derde. Men moet het net zelf laten functioneren met eigen personeel en eigen materiaal.³

In de energiesector is de richtlijn ook toepasselijk op de uitbating van een geografisch gebied met het oog op het prospecteren van of het winnen van olie, gas of andere vaste brandstoffen. Bedrijven zoals Shell, die op zoek zijn naar olie in de Noordzee, kunnen in principe dus ook vallen onder de richtlijn.

Uit het bovenstaande blijkt dat zowel voor de watersector als voor de sector energie een verbondenheid met een netwerk vereist is opdat de werkzaamheden in deze sectoren onder het toepassingsgebied van de bijzondere reglementering ten aanzien van de nutssectoren zouden ressorteren.⁴

5. Indien een overheidsbedrijf de toevoer levert, aanziet men dit niet als een 'nutsactiviteit' onder een tweeledige voorwaarde:

- inzake drinkwater en elektriciteit:
 - het overheidsbedrijf brengt het drinkwater of de elektriciteit voort omdat de consumptie ervan noodzakelijk is voor zijn uitoefening van een andere activiteit dan die bedoeld in dit artikel en de artikelen 47 tot 52;
 - de bevoorrading van het openbare net hangt slechts af van het eigen gebruik van dit overheidsbedrijf zonder dertig procent van haar totale productie van respectievelijk drinkwater of elektriciteit te overschrijden, berekend op grond van het gemiddelde van de laatste drie jaren, het lopende jaar inbegrepen;
- inzake gas of warmte:
 - Het overheidsbedrijf brengt gas of warmte voort als onvermijdelijk gevolg van de uitoefening van een andere activiteit dan die bedoeld in dit artikel en de artikelen 47 tot 52;
 - de bevoorrading van het openbare net beoogt slechts een economisch verantwoorde uitbating van deze productie zonder twintig procent van de omzet van dit overheidsbedrijf te overschrijden, berekend op grond van het gemiddelde van de laatste drie jaren, het lopende jaar inbegrepen.

6. Deze uitzondering bestaat voor bedrijven die zelf niet als gewone activiteit de voorziening van water, elektriciteit, gas of warmte ten voordele van vaste netten en de productie van water of elektriciteit hebben. De voorziening of de productie kadert in dat geval slechts

1. C. MENARD, "Eclaircissements sur les notions d'exploitation, de mise à disposition de réseaux et d'aire géographique", *ACCP* 2011, nr. 110, 37.

2. CEfr 14 novembre 2009, Département du Cher, *BJCP* 2010, nr. 68, 93, met concl. B. Dacosta.

3. J. Maschio, concl. HvJ 27 september 2002, C-513/99, *Concordia Bus Finlandia*.

4. Dit geldt niet voor de uitbating van een geografisch gebied met als doel het prospecteren of de winning van olie, gas, steenkool of andere vaste brandstoffen.

in andere activiteiten of is het gevolg van deze activiteiten. Men wenste dus bedrijven uit te sluiten die in het kader van hun activiteiten elektriciteit, gas of warmte voortbrengen en die met hun overschotten aanvullend het vaste net bevoorraden.

7. Het was met andere woorden de bedoeling om werkzaamheden van overheidsbedrijven, die normaal binnen de toepassings sfeer van de richtlijn vallen, maar die enkel producten voortbrengen die het noodzakelijke en onvermijdelijke gevolg zijn van de uitoefening van een andere niet-bedoelde hoofdactiviteit, aan de toepassing van de richtlijn nutssectoren te onttrekken. Dit is ook het geval voor de toekomstige productie van gas, warmte of elektriciteit die ontstaat bij de verbranding van afval of bij de industriële exploitatie door een overheidsbedrijf.¹

1. Memorie van Toelichting, *Gedr.St.* Senaat 1992-1993, nr. 656-1, 37-38.

Artikel 48. *Onverminderd artikel 72, is deze titel niet van toepassing op de aanbestedende overheden bedoeld in artikel 44, 1°, voor de opdrachten voor werken, leveringen en diensten die betrekking hebben op de productie van elektriciteit.*

TEKSTGESCHIEDENIS

Artikel 48 van de wet van 15 juni 2006 (BS 15 februari 2007).

AUTEURS

Kris Wauters en Wouter Moonen

RECHTSLEER

Zie inleiding onder Titel III.

COMMENTAAR

1. Artikel 48 van de wet van 15 juni 2006 herneemt het idee dat vroeger vervat zat in artikel 42 van de wet van 24 december 1993. Uit de memorie van toelichting voorafgaand aan artikel 42 blijkt dat de wetgever deze bepaling enkel voor de duidelijkheid heeft ingevoegd, waarbij de aanbestedende overheden voor hun overheidsopdrachten, die betrekking hebben op de productie van elektriciteit, worden uitgesloten van deze titel.¹

De *ratio legis* van deze bepaling is de aanbestedende overheden, zoals bedoeld in huidig artikel, te onderwerpen aan hetzelfde regime als privéondernemingen. Deze aanbestedende overheden staan immers in rechtstreekse concurrentie met privéondernemingen. Daarbij wordt vooral gedoeld op de elektriciteitsmaatschappijen. SCHUTYSER merkt ter zake op dat de Belgische markt voor de productie van elektriciteit op dit ogenblik in belangrijke mate wordt beheerst door twee elektriciteitsproducenten waarvan er één (SPE) onder het stelsel voor de overheidsbedrijven zou vallen en de andere (Electrabel) onder het stelsel van de bedrijven met bijzondere rechten als men het onderscheid tussen de twee regimes consequent zou toepassen.² Dit zou een distorsie van de concurrentievoorwaarden tot gevolg hebben. Daarom, zo vervolgt hij, wordt de producent die onder het eerste regime valt louter pragmatisch van dat regime weggehaald en onder het toepassingsgebied van het andere regime gebracht.³

1. MVT, *Gedr.St. Senaat* 1992-1993, nr. 656-1, 43.

2. B. SCHUTYSER, *Niets is wat het lijkt: een aantal bedenkingen over de omzetting van de richtlijnen nutssectoren in het Belgisch recht* in C. DE KONINCK e.a. (eds.), *Jaarboek overheidsopdrachten 2010-2011*, Brussel, EBP, 2011, 818.

3. B. SCHUTYSER, *Niets is wat het lijkt: een aantal bedenkingen over de omzetting van de richtlijnen nutssectoren in het Belgisch recht* in C. DE KONINCK e.a. (eds.), *Jaarboek overheidsopdrachten 2010-2011*, Brussel, EBP, 2011, 818.

Artikel 49. *In de sector energie is deze wet niet van toepassing op de opdrachten [geplaatst]¹ door een aanbestedende overheid of een overheidsbedrijf die één van de in artikel 47 bedoelde activiteiten uitoefent met het oog op de levering van energie of van brandstoffen bestemd voor de productie van energie.*

TEKSTGESCHIEDENIS

Artikel 49 van de wet van 15 juni 2006 (BS 15 februari 2007).

AUTEURS

Kris Wauters en Wouter Moonen

RECHTSLEER

Zie inleiding onder Titel III.

COMMENTAAR

1. Artikel 49 van de wet van 15 juni 2006 herneemt het idee dat vroeger vervat zat in artikel 30 van de wet van 24 december 1993. De bepaling vormt een omzetting van artikel 9.1, b) van de richtlijn 90/531.

In de sector energie is de wet overheidsopdrachten niet van toepassing op de opdrachten gegund door een aanbestedende overheid of een overheidsbedrijf dat één van de in artikel 47 bedoelde activiteiten uitoefent met het oog op de levering van energie of van brandstoffen bestemd voor de productie van energie.

Men vond het niet passend dergelijke aankopen onder het toepassingsgebied te plaatsen omdat eventuele gunningsvoorschriften niet toereikend zijn om de belemmeringen bij de aankoop van energie en brandstof in de sector energie te verwijderen.²

1. Ingevoegd bij wet van 5 augustus 2011. Inwerkingtreding 8 september 2011.

2. Considerans 17 van richtlijn 90/531.

Onderafdeling 2 – Overheidsopdrachten in de sector vervoer

Artikel 50. *In de sector vervoer zijn de bepalingen van deze titel van toepassing op de volgende activiteiten:*

- 1° de terbeschikkingstelling of de netuitbating bestemd voor de dienstverlening aan het publiek op het gebied van vervoer per trein, metro, tram, autobus, trolleybus, kabelbaan of zelfbesturingssysteem. Wat de vervoersdiensten betreft, wordt verondersteld dat een net bestaat wanneer de dienst verleend wordt onder de door de bevoegde overheid bepaalde voorwaarden, die met name betrekking hebben op de te volgen reismwegen, het beschikbaar vervoervermogen of de dienstfrequentie;*
- 2° de exploitatie van een geografisch gebied met het oog op de terbeschikkingstelling aan de vervoerders door de lucht, over zee of langs de binnenwateren, van luchthavens, zee- of binnenhavens of van andere vervoerterminals.*

TEKSTGESCHIEDENIS

Artikel 50 van de wet van 15 juni 2006 (BS 15 februari 2007).

AUTEURS

Kris Wauters en Wouter Moonen

RECHTSLEER

Zie inleiding onder Titel III.

COMMENTAAR

1. In de sector vervoer is titel III van de wet overheidsopdrachten van toepassing op de volgende activiteiten:

- 1° de terbeschikkingstelling of de netuitbating bestemd voor de dienstverlening aan het publiek op het gebied van vervoer per trein, metro, tram, autobus, trolleybus, kabelbaan of zelfbesturingssysteem. Wat de vervoersdiensten betreft, wordt verondersteld dat een net bestaat wanneer de dienst verleend wordt onder de door de bevoegde overheid bepaalde voorwaarden, die met name betrekking hebben op de te volgen reismwegen, het beschikbaar vervoervermogen of de dienstfrequentie;*
- 2° de exploitatie van een geografisch gebied met het oog op de terbeschikkingstelling aan de vervoerders door de lucht, over zee of langs de binnenwateren, van luchthavens, zee- of binnenhavens of van andere vervoerterminals (artikel 50).*

De hierboven weergegeven regeling uit artikel 50 betreft de omzetting van het artikel 5 van de richtlijn 2004/17/EG. De betrokken materie was voorheen geregeld in artikel 32 van de wet van 24 december 1993.

Voor de begrippen 'terbeschikkingstelling' en 'uitbating' verwijzen we naar de uitleg voor de sector 'water en energie'. Van een net zou sprake zijn als de vervoersdienst verleend wordt onder de door de bevoegde overheid bepaalde voorwaarden, die met name slaan op de te volgen reismogelijkheden, het beschikbare vervoervermogen of de dienstfrequentie. Hieraan moet een ruime interpretatie gegeven worden. Naast het aanbieden van vervoersnetten is ook de exploitatie onderworpen. Hiermee bedoelt men het verlenen van transportdiensten over deze netwerken. Infrastructuurwerken vallen hier ook onder.¹

2. De memorie van toelichting bij de onderhavige wet geeft nog wat meer uitleg bij het begrip 'terbeschikkingstelling of exploitatie van een net':

"In de sector vervoer worden de volgende werkzaamheden bedoeld:

– de terbeschikkingstelling of exploitatie van een net bestemd voor dienstverlening aan het publiek op het gebied van vervoer per trein, metro, tram, autobus, trolleybus, kabelbaan of zelfbesturingssysteem. De richtlijn 93/38/EG en de vroegere wetgeving hadden enkel betrekking op de exploitatie van een transportnet. Bijgevolg behoorde een aanbestedende overheid die geen enkele exploitatie-activiteit uitoefende maar de vervoerders een net ter beschikking stelde, voor deze opdrachten niet tot het stelsel van de speciale sectoren. Wat dit punt betreft, werd de tekst afgestemd op die betreffende de andere sectoren. Voortaan behoren de opdrachten betreffende deze beide soorten activiteiten tot de speciale sectoren. Dit is bijvoorbeeld het geval voor de opdrachten betreffende de aanleg van metrolijnen die gegund worden door een gewestelijk ministerie en vervolgens door een andere entiteit worden geëxploiteerd.

De artikelen 32 en 53 van de wet van 24 december 1993 werden reeds gewijzigd in die zin bij de artikelen 304 en 311 van de programmawet van 9 juli 2004. Het ging om een gedeeltelijke omzetting van richtlijn 2004/17/EG teneinde gebruik te kunnen maken van de versoepelingen voor het stelsel van de speciale sectoren in het hierboven vermelde geval. Deze omzetting had eveneens tot doel te vermijden dat bij een splitsing tussen, enerzijds, de activiteiten inzake terbeschikkingstelling en, anderzijds, die inzake exploitatie van een net, zoals voor de spoorwegen, eerstgenoemde activiteiten tot het klassieke stelsel zouden behoren;"

3. Artikel 50 van de nieuwe wet overheidsopdrachten dient aldus begrepen te worden dat zowel de opdrachten van aanbestedende overheden en overheidsbedrijven met betrekking tot exploitatie als de terbeschikkingstelling van een net onder de bijzondere regeling voor de nutssectoren ressorteren.

4. Specifiek met betrekking tot artikel 50, § 2 van de wet inzake 'de exploitatie van een geografisch gebied met het oog op de terbeschikkingstelling aan de vervoerders door de lucht, over zee of langs de binnenwateren, van luchthavens, zee- of binnenhavens of van andere vervoerterminals' rijst nog de vraag in welke mate allerhande terminalfaciliteiten exact worden gevat door deze bepaling.

1. HvJ 15 juni 2005, C-462/03 and C-463/03, *Strabag v Österreichische Bundesbahnen*, overweg. 37-39.