

Conclusies

Kris WAUTERS

Professeur à l'Université catholique de Louvain
Advocaat aan de balie te Haselt

Bedoeling van deze studiedag gehouden op 6 mei 2010 te Brussel was het belichten van een aantal actualia, een aantal nieuwigheden uit het overheidsopdrachtenrecht. Sommigen zullen dit echter bestempelen als een Sisyphusarbeid. Net zoals Sisyphus tevergeefs zijn steen wou stabiliseren op de top van de berg, lijkt het zinloos om een stand van zaken te geven van het overheidsopdrachtenrecht. De realiteit is in deze materie de momenten van reflectie meestal voor.

Het eigen-aardige aan deze wisselende, evolutieve realiteit ligt hem niet enkel of niet vooral in de wisselende reglementering, die we ook in andere materies merken en dus als een algemeen fenomeen kan worden bestempeld, doch in haar aard als regelgeving 'in wording'. Vertrekkend vanuit een eigen interpretatiekader geeft het Hof van Justitie een eigen, functionele uitleg aan de richtlijnen toepasselijk inzake overheidsopdrachten. Arrest na arrest lijkt aldus het Hof van Justitie een eigen realiteit te creëren, wat volgens sommigen sterk aanleunt bij een 'gouvernement des juges'.

Het glas is echter even half leeg als het half vol is. Waar men soms terecht vraagt eens plaatst bij het democratisch gehalte van bepaalde arresten van het Hof van Justitie, is het juist via deze weg en de eigen-aardige interpretatie dat heden sprake is van een communautaire rechtsorde met bijvoorbeeld een zelfde niveau van effectieve rechtsbescherming als waarborg voor de Europese burger. Menigmaal zagen we trouwens ook jurisprudentiële vernieuwingen in de regelgeving opduiken, wat de rechtspraak van het Hof van Justitie toch wel legitimeert. De vier bijdragen zijn zeker een illustratie van dit recht in wording met af en toe een roep om verandering. De actualiteit van vandaag is zeker niet altijd de actualiteit van morgen in deze materie.

Op een pertinente wijze onderlijnen mrs. Laenen en Debièvre het grote belang van het toepassingsgebied van de richtlijnen overheidsopdrachten.

De keuze voor een strikte of ruime interpretatie van de relevante bepalingen is ook indirect van invloed op de intensiteit van de interne markt. Instellingen, die onafhankelijk van de markt, beslissingen kunnen nemen met betrekking tot de raadpleging van die markt, hebben grotere kans om *ratione personae* verplicht te worden de reglementering overheidsopdrachten toe te passen. In het andere geval loopt, in de filosofie van het Hof van Justitie, de vrije mededinging gevaar. Overheden hebben ook steeds de neiging om uitwegen te zoeken, teneinde te ontsnappen aan het toepassingsgebied *ratione materiae*.

Mrs. Laenen en Debièvre spreken dienaangaande terecht van een ‘catch all’-bepaling, wanneer ze de definitie van de begrippen ‘overheidsopdracht’ of ‘publiekrechtelijke instelling’ typeren. Zij maken in hun bijdrage via de Belgische regelgeving inzake privé-ziekenhuizen en privé-universiteiten juist het belang van dergelijke ‘catch all’-bepaling duidelijk. Hoe ook de wetgever poogt om dergelijke instellingen te vrijwaren voor de toepassing van de reglementering overheidsopdrachten, de Europese magneet is te groot om ze uit haar invloedssfeer te houden. De zoektocht vanwege de aanbestedende overheden om te ontsnappen aan de regelgeving, is tevergeefs. Zowel het Hof van Justitie als de Raad van State hebben de gewoonte om deze constructies te ontmantelen.

Het recente arrest Müller van het Hof van Justitie maakt duidelijk dat het relevant is na te gaan of de uit te voeren opdracht een rechtstreeks economisch belang vertegenwoordigt voor de aanbestedende dienst. Vereisten, die een overheid oplegt in het algemeen belang, leiden niet tot de kwalificatie ‘overheidsopdracht’. Met het arrest Müller lijkt wel een eindpunt te zijn gekomen aan het alsmaar uitdeinend toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten. Vraag rijst terecht of de klassieke overheidsreglementering wel geschikt is om complexe projecten met private samenwerking te begeleiden. Is de vrije mededinging ermee gediend als publiek-private partners aarzelen om dergelijke projecten onder de soms logge structuur van de wetgeving overheidsopdrachten op te zetten?

Dans sa contribution, Me Durviaux démontre que les procédures d’attribution – et plus spécialement la procédure négociée – ne sont plus aptes à répondre aux besoins des acteurs sur le terrain.

Les nouvelles tentatives destinées à assouplir les régimes afférents aux projets plus complexes – comme, par exemple, le dialogue compétitif – ne semblent pas être en mesure d’apporter des certitudes à ce niveau. Au contraire, la tâche de l’autorité s’est alourdie. L’interprétation stricte des prétendues exceptions à la procédure négociée, dans une conception fonctionnelle des choses, semble plutôt de nature à bloquer la mise en concurrence.

En outre, le Conseil d'État a tendance à encadrer les procédures négociées par une application élargie du principe d'égalité. Ainsi, les différentes procédures d'attribution se ressemblent-elles de plus en plus.

D'une manière précise et exhaustive, Me Durviaux a démontré que cette évolution fonctionnelle appelle une réforme législative. Me Durviaux propose de créer un nouveau paradigme. Une diminution du nombre des procédures d'attribution constituerait, en toute hypothèse, une bonne évolution. Une législation mieux adaptée aux nécessités économiques des entreprises serait également bienvenue en ces temps de crise.

Me Thiel a appréhendé les dispositions charnières de la réglementation sur les marchés publics. Le candidat est-il capable d'exécuter le marché et quelle est la qualité de son offre ?

Le mot-clef est celui de transparence. Les candidats intéressés au contrat doivent être traités d'une manière égale et disposer de toutes les informations nécessaires afin de déposer, d'une manière utile, leur offre. Ils doivent, par ailleurs, pouvoir mesurer le degré de qualité auquel ils doivent répondre (critères de sélection) et connaître tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse (critères d'attribution).

Décision après décision, la Cour de Justice accroît le degré de transparence. Les deux ordres de critères doivent être en relation avec l'objet du marché. Nonobstant, la jurisprudence du Conseil d'État, la question de savoir si l'idée de transparence vaut également pour les méthodes d'évaluation demeure irrésolue. Une autre question, et non des moindres, est celle de savoir s'il faut établir une distinction entre les critères de sélection et les critères d'attribution. Les directives ne sont pas claires, mais la Cour de Justice est assez formelle à ce sujet: l'on ne peut pas confondre ces ordres de critères. De manière assez exceptionnelle, cette vision ne répond pas à une interprétation fonctionnelle des dispositions de la réglementation des marchés publics. À raison, il faut poser la question de savoir si une telle interprétation fonctionnelle des dispositions n'adoucirait pas la différence prônée par la Cour de Justice. La jurisprudence assez souple du Conseil d'État au sujet des marchés de services doit, dans cette perspective, être approuvée.

Het realiseren van één markt voor de gunning van overheidsopdrachten is één ding. De cirkel is echter slechts rond als de ondernemer de regels, die een dergelijke markt beogen te realiseren, kan afdwingen.

De toegang tot de rechter is één van de fundamenteën in een rechtstaat. Reeds heel vroeg was de Europese regelgever zich bewust van de nood aan een effectieve rechtsbescherming en reeds in 1989 kwam een eerste rechtsbeschermingsrichtlijn tot stand. Het parcours van de ten onrecht

geweerde gegadigde is in het verleden echter soms een mijnenveld gebleken. In gevolge de meest recente Europese wijziging van de rechtsbeschermingsrichtlijn heeft de Belgisch wetgever recent een volledig nieuw kader inzake rechtsbescherming geschapen.

Mevrouw Heijse kreeg de moeilijke taak om deze nieuwe wetgeving te analyseren. De Belgische wetgever koos voor een globale aanpak, waarbij ook de opdrachten onder de Europese drempels nu een expliciete regeling kregen. Deze opdrachten genieten nog niet op alle vlakken van een gelijke rechtsbescherming. Er is echter een onmiskenbare stap van toenaadering in de goede richting. Ook lijkt de Franstalige rechtsonderhorige af te stevenen op een zekerder rechtsbescherming bij de Raad van State, tenzij de mogelijkheid voor de Raad om een afweging van belangen te doen roet in het eten zou gooien. Dit lijkt echter niet de bedoeling te zijn geweest van de Europese regelgeving, zodat een al te ruime toepassing van deze mogelijkheid strijdig lijkt te zullen zijn met deze regelgeving.

In haar uiteenzetting toonde mr. Heijse in elk geval aan dat voldoende wettelijke zekerheden aanwezig zijn om de onrecht geweerde inschrijver een reële kans op de opdracht te bieden. Ook deze waarborgen moeten door de Belgische rechtbanken, in hun hoedanigheid van Europese rechter, functioneel geïnterpreteerd worden. Exponent van deze vooruitstrevende wetgeving is de vaststelling dat de Raad van State bevoegd is gemaakt om via een schorsing van de afsplitbare rechtshandeling automatisch een mogelijk gesloten overeenkomst te schorsen. Of hoe de wetgever via het Europees recht onrechtstreeks een impact heeft op de bevoegdheidsverdelende regels neergelegd in de Grondwet.

Tussen het houden van de studiedag en het verschijnen van huidig boek, is de actualiteit reeds een stuk gewijzigd. Zowel de Raad van State als het Hof van Justitie hebben sindsdien een aantal nieuwe (vernieuwende?) arresten gevelde. Zij hebben ons reeds nieuwe actualiteiten voorbereid. Huidig boek is dan ook geen eindstation, doch slechts een tussenstap in een evoluerend continuüm, wat het overheidsopdrachtenrecht is.