



NEWSLETTER mei 2023

**Contacteer ons :**

Maatschappelijke Zetel | De Limburg Stirumlaan 24, 1780 Wemmel | [erik@tenderexpert.be](mailto:erik@tenderexpert.be) | 32 495 62 93 32

Kantoor Brussel | Oud Korenhuis 3, 1000 Brussel | [bjorn@tenderexpert.be](mailto:bjorn@tenderexpert.be) | +32 497 85 45 90

Kantoor Wallonië | Clos Marcel Ancion 17, 1342 Limelette | [mariealice@tenderexpert.be](mailto:mariealice@tenderexpert.be) | +32 470 82 39 36

[www.tenderexpert.be](http://www.tenderexpert.be)



## Inhoud

1.	Over vastgoed.....	3
2.	En concessies.....	4
3.	Of andere constructies... ..	4
4.	Van openbare dienst... ..	5
5.	Op het openbaar domein... ..	6
6.	Conclusie .....	7

## De ene constructie is de andere niet. Over het belang van de juiste kwalificatie.

*Hoe sterk opdrachten op elkaar mogen lijken, geen twee zijn volkomen identiek. Kleine verschillen kunnen grote gevolgen hebben, ook wat de kwalificatie van de opdracht betreft. Het juiste rechtskader bepaalt immers de te volgen procedure, de geldende rechtsbescherming, het mogen voeren van onderhandelingen of het kunnen regulariseren van onregelmatigheden. Het is dus belangrijk goed onderscheid te maken tussen een klassieke overheidsopdracht, een sui-generis procedure of één van de mogelijke concessies. Een onderscheid dat lang niet zo evident blijkt dan soms gedacht. We nemen u even mee.*

### 1. Over vastgoed...

In theorie lijkt het best simpel: een overheidsopdracht is een overeenkomst, onder bezwarende titel, gesloten tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbesteders, die betrekking heeft op het uitvoeren van een werk, het verlenen van dienst of het leveren van een product. Markten met een gesloten karakter, zoals de nutssectoren, of bijzonder gevoelige aankopen, zoals die in defensie, genieten een eigen regelgevend kader. Daarnaast vallen een aantal specifieke diensten, zoals vastgoedtransacties, niet onder het toepassingsgebied van de wet inzake overheidsopdrachten. Precies hier lijkt de praktijk complexer dan de wet laat uitschijnen.

Vastgoedtransacties brengen doorgaans de overdracht van een zakelijk recht met zich mee. Ze kunnen, onder de voorwaarden gesteld in artikel 28 §1 van de wet, buiten het toepassingsgebied van overheidsopdrachten gelaten worden. Het moet dan gaan over de aankoop of huur van een grond, bestaande gebouwen of andere onroerende goederen. De wijze van financieren ervan lijkt van geen belang. Een overheid kan met andere woorden kantoren huren voor haar personeel zonder daarvoor de ene of andere procedure uit de wet te moeten volgen. De vraag stelt zich echter of een overheid bijzondere eisen kan stellen met betrekking tot het gebouw dat ze wil verwerven. Kan ze bijvoorbeeld, zonder

toepassing van de overheidsopdrachtenwet, een gebouw laten aanpassen, of zelfs laten oprichten, om het daarna te leasen?

Kleine nuances maken, zoals we zullen zien, een groot verschil.

Een bekende casus werd ons enkele jaren geleden al aangebracht door het Brussels Hoofdstedelijk Gewest. Vanuit de wens alle ambtenaren op één locatie te centraliseren ging de overheid op zoek naar één bijzonder groot gebouw, dat het voor ettelijke decennia wilde huren. Na het stopzetten van een eerdere overheidsopdracht hoopte ze haar doel te verwezenlijken door informele consultatie van een aantal geïnteresseerde partijen, buiten toepassing van de wet inzake overheidsopdrachten. Het Gewest deed dit op basis van het eerder genoemde artikel 28, maar werd daarbij teruggedreven door de Raad van State.<sup>1</sup> Het te huren gebouw diende immers nog te worden opgericht; een realisatie die vanzelfsprekend moest geschieden voor de huur kon aanvangen. De finaal door de partijen uitgewerkte overeenkomst voldeed voor de Raad van State aan de definitie van een opdracht voor werken, ondanks de kwalificatie die de partijen aan de overeenkomst gaven.

Hoewel het uit te voeren werk een klassiek kantoorgebouw betrof, dat net zo goed dienstig kon zijn voor verhuur aan klassieke

---

<sup>1</sup> RvS, 23 oktober 2018, nr. 242.755

ondernemingen, betrof het volgens de Raad een overheidsopdracht voor werken in de strikte zin van het woord. De constructie diende namelijk te voldoen aan door de overheid gestelde eisen inzake oppervlakte, toegankelijkheid, cafetaria, parking, ... Bovendien zou de overheid ook toezicht houden op de uitvoering, en dus had ze 'een determinerende invloed op de aard of het ontwerp van het werk'.

De Raad bevestigde hiermee haar één jaar eerder uitgesproken visie. Hoewel een vastgoedtransactie in beginsel niet onderworpen is aan het overheidsopdrachtenrecht, lijkt het niet te volstaan dat het laten uitvoeren van welomschreven en vooraf door de aanbestedende overheid uitgedacht werk in een vastgoedovereenkomst wordt gekaderd, om het overheidsopdrachtenrecht buiten toepassing te laten.<sup>2</sup> Of het op te richten gebouw finaal ook door de overheid zelf zal worden gebruikt, dan wel zal worden verkocht aan derden, is daarbij weinig relevant. Belangrijker is de vraag in welke mate de overheid haar wil eenzijdig aan de private partner wil opleggen. Beperkt ze zich tot het louter formuleren van algemene ambities of geeft ze een erg concrete invulling aan het project? Wijst ze slechts op bestaande stedenbouwkundige verplichtingen of wil ze daarentegen de realisatie van een welbepaalde constructie juridisch afdwingen? Het is een scheidingslijn die erg dun kan worden, maar de gevolgen zijn er niet kleiner om. De herkwalificatie tot overheidsopdracht leidt bijvoorbeeld tot een andere rechtsbescherming. Eens er sprake is van een overheidsopdracht voor werken, wordt de rechtsbeschermingswet van 17 juni 2013 meteen van toepassing. De schorsing van de uitvoering van de opdracht kan dan, overeenkomstig artikel 15, gevorderd worden zonder dat enig bewijs van spoedeisendheid vereist is...

---

<sup>2</sup> RvS, 30 november 2017, nr. 240.044

<sup>3</sup> RvS, 21 mei 2021, nr. 250.653

## 2. En concessies...

De kwestie stelt zich niet enkel bij overheidsopdrachten en kantoren. Net zo goed kan het gaan om sportvelden of concessies. Wanneer de gemeente Asse een recht van erfpacht in de markt zet, en daarbij geen toepassing maakt van de wet betreffende concessieovereenkomsten, ontspint zich een gelijkaardige discussie voor de Raad van State.<sup>3</sup>

Het op de markt zetten van een zakelijk recht, dat een ondernemer zal toelaten padelvelden en een clubhuis op te richten en dit alles vijftig jaar uit te baten, kan zeker een concessie voor diensten of werken zijn. Maar anders dan het Brussels Gewest had het lokaal bestuur zich hier terughoudend opgesteld. De door de gemeente gestelde eisen waren beperkt. Er was geen controle op de uit te voeren werken, er waren geen sancties bij overschrijden van de uitvoeringstermijn. De door de gekozen erfpachter ingediende plannen werden doorheen de onderhandelingen niet aangepast en ook de concrete eisen inzake uitbating van de club waren miniem. Aldus leek een herkwalificatie van de opdracht ditmaal niet aan de orde.

Gezien de recente rechtspraak van het Hof van Justitie<sup>4</sup> zou het allicht anders zijn gelopen indien het lokaal bestuur effectief invloed had uitgeoefend op bijvoorbeeld de architectonische structuur van het op te richten clubhuis. In zulks geval waren de eisen allicht te specifiek om dit zakelijk recht buiten toepassing van de concessie- of overheidsopdrachtenwetgeving te kunnen overdragen. Of hoe enkele bepalingen in een lijvig bestek de afloop van het verhaal kunnen bepalen...

## 3. Of andere constructies...

Er hoeft overigens helemaal geen gebouw te zijn om het over de kwalificatie van een opdracht te hebben. Het mogen plaatsen van

<sup>4</sup> HvJ 22 april 2021, nr. C-537/19, ECLI:EU:C:2021:319

publiciteitsborden, al dan niet op zitbanken, schuilhuisjes of bushokjes, dwong de Raad van State al vaker tot het vellen van een oordeel.<sup>5</sup>

Het leveren van straatmeubilair, met het recht dat (gedeeltelijk) van publiciteit te mogen voorzien, kan een klassieke overheidsopdracht zijn.<sup>6</sup> Leveringen kunnen dan geschieden met volwaardige eigendomsoverdracht, maar evenzeer kan voor een huur, een huurkoop of leasing worden geopteerd. Anderzijds kan het voorzien van straatmeubilair ook vorm krijgen middels een concessie van diensten.<sup>7</sup> Eens de waarde van zo'n concessie hoger is dan 5.382.000 euro, is de wet van 17 juni 2016 betreffende de concessieovereenkomsten van toepassing. Die wet lijkt op de wet inzake overheidsopdrachten, maar toch zijn er belangrijke verschillen. Zo dient de gunning van een overheidsopdracht minstens ten dele te zijn gebaseerd op de prijs of kost van de opdracht, waar de concessiewet vrijer is, en louter gunningscriteria eist die verband houden met het voorwerp van de concessie. Prijs of kosten horen daar niet noodzakelijk bij.

Het decisieve verschil tussen een concessie en een overheidsopdracht ligt echter niet bij de gunningscriteria of de eventuele eigendomsoverdracht. Het onderscheidend element is en blijft het exploitatierisico, of anders gezegd, de kans op winst en het risico op verlies. Het recht de geleverde dienst of uitgevoerde werk te mogen exploiteren, onderscheidt de concessie van de overheidsopdracht. Dat werd recent nogmaals duidelijk verwoord door het Hof van Justitie.<sup>8</sup> Het operationeel risico rust bij een concessie bij de ondernemer, die de gemaakte investeringen mogelijks niet zal kunnen terugverdienen, zelfs niet als de aanbesteder een deel van het risico blijft dragen. Gaat de overheid de ondernemer een minimale opbrengst garanderen, of in terugbetaling van gemaakte kosten voorzien, dan is er geen concessie meer, en dreigt toepassing van de strengere overheidsopdrachtenwet. Ook hier lijkt het dus dansen op een slappe koord. Het

ondoordacht formuleren van eisen of garanties brengt de hele constructie letterlijk en figuurlijk aan het wankelen.

## 4. Van openbare dienst...

Lijkt het onderscheid nu al delicaat, dan dreigt de Babylonische spraakverwarring totaal door toevoeging van een derde concept: de concessie van openbare dienst.

Waar een concessie van diensten een Europeesrechtelijk concept is, gebaseerd op richtlijn 2014/23/EU, is een concessie van openbare dienst een oudere figuur uit het Belgisch administratief recht.

Het onderscheidend criterium is niet het exploitatierisico, dat in beide gevallen bij de concessiehouder berust, maar wel het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst. Terwijl een concessie van diensten in beginsel mogelijk is voor alle soorten diensten – de uitzonderingen vermeld in de wet concessieovereenkomsten niet te na gesproken – heeft de concessie van openbare dienst een veel beperkter voorwerp. De concessiehouder is, op zijn kosten en risico, belast met het beheer van een openbare dienst, onder toezicht van en volgens de voorschriften van de overheid. Om een concessie van openbare dienst te kunnen verlenen, moet de overheid in de eerste plaats dus wettelijk belast zijn met een taak van openbare dienstverlening. Slechts als het vervolgens ook is toegelaten om die taak uit te besteden, en de overheid dat besluit te doen, kan er sprake zijn van een concessie van openbare dienst. Cruciaal element hierbij lijkt de openbare dienstverlening ten aanzien van de burgers: is er geen daadwerkelijk contact tussen de concessiehouder en de bevolking, dan lijkt er geen sprake van een concessie van openbare dienst.

Hoewel de concessie van openbare dienst door de intrede van de concessiewet uit 2016 zeker aan belang heeft verloren, blijven

<sup>5</sup> Zie bijvoorbeeld RvS, 3 juli 2012, nr. 220.141

<sup>6</sup> Zie bijvoorbeeld RvS, 30 maart 2017, nr. 237.855

<sup>7</sup> Zie bijvoorbeeld RvS, 9 september 2021, nr. 251.439

<sup>8</sup> HvJ 10 november 2022, nr. C-486/21, ECLI:EU:C:2022:868

discussies in de rechtspraak tot vandaag de dag opspelen.<sup>9</sup>

## 5. Op het openbaar domein...

Minder onduidelijkheid lijkt er over een laatste begrip: de domeinconcessie. Anders dan de concessie van openbare dienst, is de domeinconcessie duidelijk gescheiden van de concessiewet uit 2016.

Een domeinconcessie heeft enkel betrekking op de toelating om privaat gebruik te maken van het openbaar domein, los van elke exploitatie van een openbare dienst. Het is in feite niet veel meer dan een soort vergunning, en misschien had het ook beter zo genoemd. Met een domeinconcessie verleent de overheid een persoon namelijk het recht om, tegen betaling, een gedeelte van het openbaar domein tijdelijk en exclusief te gebruiken. Een reuzenrad op de Antwerpse kaaien, of de strandstoelen voor onze Belgische kust, veel duidelijkere voorbeelden bestaan er allicht niet.

Terwijl de concessiewet uit 2016 geldt voor concessies van diensten of werken met een waarde hoger dan 5.382.000 euro, komen alle

domeinconcessies, ongeacht hun waarde, tot stand zonder toepassing van de concessiewet.

Toch mogen we niet spreken van een juridisch vacuüm. Zowel bij de plaatsing van 'kleinere' concessies als bij de gunning van domeinconcessies moet de overheid een heel aantal algemene beginselen respecteren. Aangezien het aantal beschikbare vergunningen of concessies in elk geval beperkt is, zal de overheid een selectie moeten maken. Ze zal daarom, met een procedure 'sui generis', waarborgen moeten bieden op het vlak van gelijkheid, non-discriminatie en transparantie.<sup>10</sup> Zonder daartoe expliciet te zijn verplicht door een bijzondere wet, zal er dus een selectieleidraad met objectieve criteria moeten zijn, net als passende bekendmaking van de (domein)concessie. Ironisch genoeg lijkt het voor een aanbestedende overheid soms veiliger de concessiewet toe te passen, ook wanneer ze daar niet toe verplicht is. Het lijkt op het eerste zicht zelfs toegelaten om bijzondere technieken uit de concessiewet, zoals het voorbehouden van percelen aan de sociale economie, toe te passen op concessies die niet aan de concessiewet zijn onderworpen...<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> RvS, 12 maart 2023, nr. 356.008

<sup>10</sup> HvJ, 14 juli 2016, nr. C-458/14, ECLI:EU:C:2016:558

<sup>11</sup> RvS, 31 januari 2019, nr. 243.569

## 6. Conclusie

De verschillen zijn klein, maar de risico's reëel. Wil een overheid vastgoed verwerven, of een concessie verlenen, dan denkt ze beter goed na. Een iets te scherp geformuleerde eis, of een iets te grote garantie inzake opbrengst, kan een omvangrijk project snel onderuit halen. Precies de keuze tussen diverse, ogenschijnlijk gelijke concepten maakt het uitwerken van een concrete opdracht best moeilijk. De spelregels bepalen immers het spelverloop, en ook zonder uitgeschreven wettelijk kader blijven

een hele reeks algemene beginselen van kracht.

Het goed overdenken van een concept, en kiezen van het juiste rechtskader is de eerste, maar misschien wel moeilijkste stap in het hele plaatsingsproces.

### NOG VRAGEN MET BETREKKING TOT UW OVERHEIDSOPDRACHTEN?

#### CONTACTEER:

Erik Van Eecke  
*Managing Partner*  
[erik@tenderexpert.be](mailto:erik@tenderexpert.be)  
0495 62 93 32

Bjorn Demeulenaere  
*Senior Partner*  
[bjorn@tenderexpert.be](mailto:bjorn@tenderexpert.be)  
0497 85 45 90

#### Belangrijke juridische kennisgeving - Disclaimer

Hoewel bij de realisatie van deze nieuwsbrief een zo groot mogelijke nauwkeurigheid en correctheid werd nagestreefd, kan voor de aanwezigheid van eventuele (druk)fouten, onvolkomen- en onvolledigheden niet worden ingestaan en kan hieruit geen aansprakelijkheid voortvloeien. De gebruiker van deze nieuwsbrief erkent en aanvaardt, door de loutere aanwending van de inhoud ervan, voormelde afwijzing van aansprakelijkheid.