

Nieuwsflash 28.11.2018

Actualia Publiek vastgoed en overheidsopdrachten

In deze nieuwsflash behandelen wij een recent arrest van de Raad van State van 23 oktober 2018 die een huurovereenkomst voor een nog op te richten gebouw afgesloten tussen het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en Ghelamco schorst wegens miskenning van de overheidsopdrachtenregelgeving.

Daarnaast staan we ook stil bij de inzichten van de Belgische Commissie voor de Overheidsopdrachten over de vraag of de overheidsopdrachtenwetgeving van toepassing is bij de verwerving of huur van bestaande gebouwen waarin op vraag van de huurder nog afwerkings- of herinrichtingswerkzaamheden moeten worden verricht.

Deze twee topics worden verder besproken.

RAAD VAN STATE SCHORST HUURCONTRACT VOOR EEN NOG OP TE RICHTEN GEBOUW VOOR DE DIENSTEN VAN HET BRUSSELS HOOFDSTEDELIJK GEWEST

Bij arrest nr. 242.755 van 23 oktober 2018 over de vordering ingesteld door de vennootschap Fedimmo, heeft de Raad van State de schorsing bevolen van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het Brussel Hoofdstedelijk Gewest van 6 september 2018 om met de vennootschap GHELAMCO een huurcontract af te sluiten voor een nog op te richten gebouw waarin een groot aantal personeelsleden van het regionale bestuur zouden worden ondergebracht.

De Raad van State heeft geoordeeld dat deze transactie niet als een huur van onroerende goederen kon worden gekwalificeerd, omdat het in werkelijkheid over een overheidsopdracht voor de aanneming van werken ging. Dit betekent dat de overheidsopdrachtenwetgeving moest worden nageleefd, hetgeen niet gebeurd was.

De vraag die aan de orde is, betreft de kwalificatie van voorliggende transactie, zijnde de huur van een nog op te richten gebouw volgens de eisen van de aanbesteder. Volgens artikel 10 van richtlijn 2014/24/EU, zoals omgezet in art. 28 van de overheidsopdrachtenwet van 17 juni 2016 zijn de overheidsopdrachtenregels niet van toepassing zijn op overheidsopdrachten voor diensten betreffende de verwerving of huur, ongeacht de financiële modaliteiten ervan, van grond, bestaande gebouwen of andere onroerende zaken of betreffende rechten hierop. Zuiver zakenrechtelijke transacties (koop, huur, erfpacht, ...) zijn dus niet aan de overheidsopdrachtenwetgeving onderworpen.

De Raad van State gaat in zijn analyse in eerste instantie na of er sprake is van een overheidsopdracht, nl. een overeenkomst ten bezwarende titel die tussen een aanbesteder en een opdrachtnemer wordt gesloten (art. 2,17° overheidsopdrachtenwet). De Raad stelt vast dat er sprake is van een contractuele relatie tussen de opdrachtgever Brussels Hoofdstedelijk Gewest en de opdrachtnemer Ghelamco. De overeenkomst is derhalve een overeenkomst "ten bezwarende titel" die in het direct economisch belang van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest wordt aangegaan. Het Brussels Hoofdstedelijk Gewest verkrijgt immers het recht om 18 jaar dit gebouw te gebruiken tegen betaling van huurgelden aan Ghelamco.

Vervolgens gaat de Raad van State na of het om een overheidsopdracht van werken gaat (die dus, in tegenstelling tot de opdracht van diensten inzake de verwerving van een onroerend goed, wel degelijk aan de overheidsopdrachtenwetgeving onderworpen is). De Raad grijpt hiervoor terug naar de definitie van werken in art. 2,18° van de overheidsopdrachtenwet, bepalende dat het (o.a.) gaat om overheidsopdrachten die betrekking hebben op het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbesteder die een beslissende invloed uitoefent op het soort werk of het ontwerp van het werk. De Raad stelt vast dat, aangezien het om een onbestaand gebouw gaat, de uitvoering van werken het hoofdvoorwerp van de overeenkomst is. Ook stelt de Raad van State vast dat dit gebouw aan de eisen opgelegd door de aanbesteder moet voldoen, onder meer inzake toegang, uitzicht, aanwezige ruimtes etc. De Raad hecht daarbij o.a. ook belang aan het feit dat de bouwaanvraag werd ingediend na de oproep voor belangstelling uitgegeven door het bestuur ("*appel à manifestations d'intérêt*"), en aan het feit dat de aanbesteder aan het einde van de werken een rondgang eist om na te gaan of het gebouw volgens de eisen van de aanbesteder gebouwd werd. De Raad meent dat er aanwijzingen zijn om te besluiten dat het gaat om een werk waarop de aanbesteder een beslissende invloed uitoefent en waarvoor de overheidsopdrachtenregelgeving had moeten worden gevolgd.

Ook oordeelde Raad tot schending van het gelijkheids-, non-discriminatie en transparantiebeginsel aangezien het Brussels Hoofdstedelijk Gewest niet in staat was om de uitnodigingen over te leggen om deel te nemen aan de onderhandelingen of notulen van de onderhandelingen (die volgens het Brussels Hoofdstedelijk Gewest telefonisch zouden hebben plaatsgevonden).

Het volledige arrest vindt u hier.

BELGISCHE COMMISSIE VOOR OVERHEIDSOPDRACHTEN PROBEERT ANTWOORD TE FORMULEREN OP VRAAG OF OVERHEIDSOPDRACHTENWETGEVING VAN TOEPASSING IS BIJ HUUR VAN BESTAAND GEBOUW DAT AFWERKING BEHOEFT

De Kanselarij van de Eerste Minister heeft op verzoek van de Europese Commissie een toezichtsrapport inzake overheidsopdrachten en concessies voor België in april 2018 gepubliceerd. Het rapport bevat een hoofdstuk waarin de Belgische Commissie voor Overheidsopdrachten de meest voorkomende bronnen van verkeerde toepassing of rechtsonzekerheid inzake de overheidsopdrachtenwetgeving uiteenzet. In dit hoofdstuk wordt artikel 28 van de overheidsopdrachtenwet van 17 juni 2016 besproken, bepalende dat de overheidsopdrachtenwetgeving niet van toepassing is voor de opdrachten van diensten inzake de verwerving of huur van bestaande gebouwen. De Commissie voor overheidsopdrachten tracht een antwoord te vinden op wat "bestaande gebouwen" precies zijn en welke graad van afwerking ze dienen te hebben om niet als een overheidsopdracht van werken gekwalificeerd te worden en dus niet onder de toepassing van de overheidsopdrachtenregelgeving te vallen. In de praktijk worden immers soms specifieke maar in waarde beperkte afwerkings- of herinrichtingswerkzaamheden verricht (door de verhuurder) om ervoor te zorgen dat het gehuurde goed beantwoordt aan het gebruik dat de aanbesteder van de ruimte wil maken (bv. installatie ontvangstbalie voor bezoekers, het wegnemen van een semi-mobiele tussenwand, etc.).

De Commissie stelt voor dat overwogen moet worden om een drempelwaarde aan te nemen waaronder afwerkings- of herinrichtingswerkzaamheden in het kader van huur van een bestaand gebouw niet moeten worden beschouwd als een overheidsopdracht van werken. De Commissie stelt zelf (indicatief) een bedrag van 10% van de waarde van de werken ten opzichte van de totale huurwaarde voor.

Dit toezichtsrapport en de hierin geformuleerde 10%-drempel heeft geen juridische waarde, maar het kan wel worden meegenomen als één van de overwegingen indien moet worden aangetoond of gemotiveerd dat overheidsopdracht van (werken of) diensten voorligt.

Het volledige rapport vindt u hier.

Deze boeiende problematiek zal ongetwijfeld nog worden vervolgd in de rechtspraak van de Raad van State (en het Hof van Justitie). Voor meer informatie kan u hierover terecht bij Jelena Adriaenssens (auteur) en Kris Lemmens.

De Burburestraat, 6-8 bus 5 2000 Antwerpen
Louizalaan - Av. Louise, 240 1050 Brussel - Bruxelles
t. +32 3 260 98 60 f. +32 3 260 98 61 info@schoups.be www.schoups.be