

De transparantieplicht bij de gunning van overheidsovereenkomsten in de rechtspraak van het Hof van Justitie, met rechtsvergelijkende annotaties

Kris WAUTERS
Advocaat
Extern promovendus
Universiteit Maastricht

Jan GHYSELS
Advocaat

Overheden mogen binnen de Europese Gemeenschap het vrij verkeer niet belemmeren en moeten als gevolg hiervan iedere burger van de Gemeenschap gelijk behandelen. Dit geldt ook wanneer een overheid een overeenkomst wenst te sluiten. De burger moet echter kunnen toezien op deze gelijke behandeling. Dit noopt de overheid ertoe op een zo transparant mogelijke wijze tewerk te gaan. Het Hof van Justitie heeft de transparantieplicht van de overheid bij de gunning van openbare concessies en van overheidsopdrachten reeds bevestigd. Deze bijdrage leest in deze rechtspraak een veralgemeende plicht tot transparantie, wanneer een overheid om het even welke overeenkomst sluit en voor zover de gunning implicaties zou kunnen hebben op het vrij verkeer en de gelijke behandeling van Europese burgers.

I. Inleiding

1. De laatste decennia verwacht men van het openbaar bestuur transparantie of doorzichtigheid. De burger moet inzicht kunnen krijgen in de werking van het bestuur, in de beslissingen die de overheid neemt. Dit schenkt de burger meer vertrouwen en garandeert hem een betere rechtsbescherming. Immers, een open beslissingsproces laat de burger zien waar de overheid juist handelt of waar zij de mist ingaat. Van de andere kant leidt dit uiteindelijk ook tot een beter, aangepaster beleid. Op grond van de bezwaren van de burger kan de overheid haar beleid aanpassen aan de haar soms onbekende gegevens. Transparantie is in die zin niet alleen een sleutel tot een betere rechtsbescherming, maar ook tot een beter bestuur.

De openbaarheid van het bestuur werd als beginsel geconcretiseerd in art. 32 G.W. Openbaarheid bij het handelen van de overheid is fundamenteel in het raam van een democratische rechtsstaat.¹ Op Europees vlak deed het beginsel van de doorzichtigheid onder meer zijn intrede met een verklaring gehecht aan het Verdrag van Maastricht²: dat «doorzichtigheid van het

besluitproces het democratisch karakter van de instellingen en het vertrouwen van het publiek in het bestuur versterkt». Het Verdrag van Amsterdam heeft dan in het EG-verdrag en EU-verdrag zelf bepalingen geïntroduceerd die de openheid van de Europese instellingen bevestigen.³

2. Deze transparantiegedachte drong ook door in die domeinen waarin de overheid een belangrijke speler is voor het marktgebeuren. Wanneer zij op zoek gaat naar goederen of naar een privésamenwerking, en vervolgens een overeenkomst wenst te sluiten, dient zij op grond van het Europese recht het vrij verkeer te verzekeren. Op haar zoektocht naar medewerking mag de overheid de mogelijke gegadigden uit binnen- of buitenland niet discrimineren. De gegadigden moeten een gelijke toegang hebben tot de initiatieven genomen door de overheid. Tijdens de procedure moet de overheid de gegadigden gelijk behandelen. Op deze engagementen, die de Europese lidstaten hebben neergelegd in het EG-verdrag, moet de burger kunnen

¹ P. POPELIER, «De openbaarheid van het overheidshandelen in de democratische rechtsstaat», *T.B.P.* 1995, 710.

² Het Verdrag betreffende de Europese Unie ondertekend op 7 februari 1992 te Maastricht, *Pb.*, 1992, C 191.

³ Art. 255 EGV verleent de burger van de Unie recht op toegang tot de bestuursdocumenten van het Parlement, de Raad en de Commissie. Het EU-verdrag bevat een beleidsverklaring waarbij besluiten in een zo groot mogelijke openheid genomen zullen worden. Zie ook: F. SCHRAM, «Openbaarheid van bestuur: een voorbeeld van interactie tussen het Europees en nationaal publiekrecht», *T.B.P.* 1999, 155-179.



toezien en in laatste instantie ook de rechter. Vereist is de doorzichtigheid van de procedures, die de zoektocht van het bestuur naar goederen en medewerking, omkaderen. Doorzichtigheid maakt een controle op het handelen van de overheid door de burger en rechter mogelijk en is één van de hoekstenen voor een volkomen rechtsbescherming inzake de gunning van overheidsovereenkomsten.

Het Hof van Justitie heeft in zijn rechtspraak op een bepaald ogenblik op grond van de fundamentele vrijheden neergelegd in het EG-verdrag een transparantiebeginsel of -plicht erkend. In het vervolg van de bijdrage spreken wij van transparantieplicht, omdat naar ons oordeel voorlopig niet echt sprake is van een algemeen rechtsbeginsel.

3. Het doel van deze bijdrage is om de rechtsbronnen, de fundamentele van de transparantieplicht in het raam van het sluiten van overheidsovereenkomsten naar Europees recht nader te bepalen (II), de beginselarresten te bespreken, waarin het Hof van Justitie de transparantieplicht heeft erkend (III), de aard van deze plicht te onderzoeken (IV), na te gaan op welke overeenkomsten deze plicht van toepassing zou kunnen zijn (V) en de concrete gevolgen van de plicht te omschrijven (VI). Ten slotte zijn er een aantal (mogelijke) uitzonderingen op de algemene transparantieplicht (VII). De studie heeft betrekking op alle overeenkomsten gesloten door een overheid. Daarbij komt de regelgeving inzake overheidsopdrachten en de eruit voortvloeiende rechtspraak van het Hof van Justitie slechts sporadisch aan bod. Af en toe is een parallel getrokken met de rechtssituatie in België, Nederland of Frankrijk. De nationale rechtssystemen ondervinden immers, op het vlak van het sluiten van overheidsovereenkomsten, meer en meer invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie.

Wij kiezen in deze studie voor het begrip «overheidsovereenkomst». Het Hof van Justitie heeft de overeenkomsten gesloten tussen de overheid en burgers of ondernemingen nog niet getypeerd. In de rechtssystemen van de verschillende lidstaten vinden we verschillende benamingen dienaangaande. Vertrekend vanuit ons eigen rechtssysteem zijn we op zoek gegaan naar een neutrale benaming. Hoewel de noties «contract» en «overeenkomst» heden eenzelfde betekenis hebben,⁴ ligt het begrip «contract» te kort bij de zogenaamde leer van het administratief contract.⁵ Deze leer is vooral in Frankrijk van betekenis en heeft

naar Belgisch recht geen enkel bestaansrecht.⁶ In dat licht lijkt het begrip «overeenkomst» neutraler. Dit is ook het begrip dat in Nederland meestal wordt gebruikt.⁷

II. Bronnen

4. De transparantie als verplichting in het raam van het gunnen van overheidsovereenkomsten is op Europees niveau een creatie van het Hof van Justitie. Doorheen de rechtspraak van het Hof van Justitie vinden we ook de rechtsbronnen terug waaruit die transparantieplicht is afgeleid.

A. Het primair verdragsrecht

5. Op grond van welke doelstellingen (1°), via welke bepalingen uit de verdragen van 25 maart 1957 en 7 februari 1992 (2°) en via welke beginselen (3°) kwam het Hof van Justitie uiteindelijk tot de transparantieplicht die van toepassing is op overeenkomsten die niet specifiek het voorwerp uitmaken van enige Europeesrechtelijke regelgeving?

1° Doelstellingen

6. Eén van de doelstellingen van de Europese Gemeenschap is de «bevordering van economische en sociale vooruitgang alsmede een hoog werkgelegenheidsniveau en totstandbrenging van evenwichtige en duurzame ontwikkeling».⁸ Oorspronkelijk had de Europese Gemeenschap uitsluitend economische doelstellingen, waaraan ze in de loop der jaren meer sociale doelstellingen heeft toegevoegd en die uiteindelijk hebben geleid tot een communautaire rechtsorde.

De bepalingen die deze doelstellingen formuleren, creëren echter zelf geen subjectieve rechten of leggen geen plichten op aan de lidstaten.⁹ Deze bepalingen

⁴ W. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, «Overeenkomsten met de overheid», *T.P.R.* 1987, 1712-1713.

⁵ Zie hierover o.a.: A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANNOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 141 e.v.

⁶ Zie eveneens: D. D'HOOGHE «Overeenkomsten met de overheid», in M. STORME, Y. MERCHERS en J. HERBOTS (red.), *De overeenkomst vandaag en morgen*, Antwerpen, Kluwer 1990, 130-133.

⁷ G.J. WIARDA, *Overeenkomsten met overheidslichamen*, Zwolle, 1939; J. SPIER, *Overeenkomsten met de overheid*, Deventer, 1981; D.A. LUBACH, *Beleidssovereenkomsten*, Deventer, 1982; P. DE HAAN, Th.G. DRUPSTEEN en R. FERNHOUT, *Bestuursrecht in de Sociale Rechtsstaat*, deel 2, Deventer, Kluwer, 1998, 111 e.v.; R.J.N. SCHLÖSSELS en F.A.M. STROINK, *Kern van het bestuursrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2003, 210 e.v.; DAMEN e.a., *Bestuursrecht*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2005, 234 e.v.

⁸ Art. 2 van het Verdrag van 7 februari 1992 betreffende de Europese Unie.

⁹ H.v.J., C-339/89, *Alstom Atlantique*, 24 januari 1991; H.v.J., C-9/99, *Echirrolles Distribution*, 3 oktober 2000.

zijn wel een interpretatiebron voor de materieelrechtelijke regels van het EG-Verdrag (o.a. de regels inzake het vrij verkeer).¹⁰ De doelstellingen bepalen mee op welke wijze en in hoeverre een overheid onder meer vrij verkeer binnen de Europese Gemeenschap garandeert.

7. Deze doelstellingen worden onder meer verwezenlijkt «door de totstandkoming van een ruimte zonder binnengrenzen, door de versterking van de economische en sociale samenhang en door de oprichting van een economische en monetaire unie» (zie eveneens art. 2 van het Verdrag van de Europese Unie). Onder meer door het realiseren van een eenheidsmarkt streeft men voormelde doelstellingen na. De eenheidsmarkt houdt in: «De afschaffing van alle belemmeringen van het intracommunautaire handelsverkeer teneinde de nationale markt te verenigen tot één enkele markt die de omstandigheden van een binnenlandse markt zoveel mogelijk benadert»¹¹; de douane-unie en het vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal. Het principe van het vrij verkeer is één van de fundamenteën van de eenheidsmarkt.

De vraag naar transparantie volgt uit de noodzaak om burgers te laten toezien op het feit dat de verschillende overheden ook voornoemde doelstellingen nakomen, welke doelstellingen worden geconcretiseerd in de creatie van een eenheidsmarkt.

2° Bepalingen

8. Het EG-verdrag bevat een groot deel bepalingen die het vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal moeten garanderen. Deze bepalingen kunnen relevant zijn ingeval een overheid een overeenkomst gunt. Immers, ook de overheid is net als de burger onderworpen aan de regels van het vrij verkeer. Afhankelijk van het voorwerp van de overeenkomst zal de een of andere bepaling van toepassing zijn.

Hoofdzakelijk zijn echter relevant de bepalingen inzake het vrij verkeer van goederen en inzake het vrij verkeer van diensten en de vrije vestiging. Het vrij verkeer wordt bereikt door alle maatregelen die een hinder vormen voor dit vrij verkeer, af te schaffen en door het aannemen van bepalingen die de nationale wetgevingen dichter bij elkaar brengen en waarbij de administratieve formaliteiten worden vereenvoudigd.¹²

¹⁰ M. FALLON, *Droit matériel général*, Brussel, Bruylant, 2002, 17, met verwijzing naar H.v.J., C-78/90, Compagnie commerciale de l'Ouest, 11 maart 1992; H.v.J., C-260/89, ERT, 18 juni 1991.

¹¹ H.v.J., C-15/81, Schul, 5 mei 1982.

3° Gelijke behandeling

9. Uit de gegeven definities inzake het vrij verkeer haalde het Hof van Justitie een algemeen beginsel van non-discriminatie of gelijkheid op grond waarvan leveranciers of dienstverleners uit andere landen niet ongelijk behandeld mogen worden. Het idee om niet te discrimineren vinden we terug in de artikelen 13, 30, 34, 39, 43 en 49 van het E.G.-Verdrag. Daarnaast verbiedt art. 12 EGV elke discriminatie op grond van nationaliteit. Dit is een bijzonder aspect van het meer algemeen beginsel van gelijke behandeling.¹³

Het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie van de Europese Unie erkennen het gelijkheidsbeginsel als een algemeen rechtsbeginsel van het Gemeenschapsrecht.¹⁴ De rechtsleer karakteriseert het bovendien als fundamenteel¹⁵ en van grondwettelijke aard.¹⁶ Wegens het fundamenteel karakter van dit beginsel is het ook van toepassing op de gunning van overheidsovereenkomsten.¹⁷

10. Volgens het principe van de gelijke behandeling is het verboden om gelijke situaties verschillend te behandelen of verschillende situaties gelijk te behandelen.¹⁸ Het non-discriminatie-beginsel op grond van nationaliteit beoogt het afschaffen van alle maatregelen die de onderdaan van een andere lidstaat strenger behandelen of feitelijk of rechtens in een minder gunstige positie plaatsen dan de eigen onderdanen die in gelijke omstandigheden verkeren.¹⁹

Het gelijkheidsbeginsel houdt volgens het Hof van Justitie een transparantieplicht in, daar de gegadigde voor een overheidsovereenkomst moet kunnen nagaan of de overheid hem gelijk heeft behandeld.

¹² M. FALLON, *o.c.*, 124; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Constitutional law of the European Union*, London, Sweet & Maxwell, 2005, 149-151.

¹³ P. CASSIA, «Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement», *R.T.D.E.* 2002, 415; zie ook: S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, London, Sweet & Maxwell, 2005, 198-199: volgens haar volgt uit het beginsel van vrij verkeer van goederen niet rechtstreeks een beginsel dat elke discriminatie verboden is.

¹⁴ H.v.J., C-117/76 en C-16/77, Ruchdeschel, 19 oktober 1977; H.v.J., Milac, C-8/78, 13 juli 1978; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 123.

¹⁵ Ger. E.A., T-52/99, Port, 20 maart 2001.

¹⁶ H.v.J., C-162/99, Italië, 18 januari 2001.

¹⁷ P. CASSIA, *o.c.*, *R.T.D.E.* 2002, 419.

¹⁸ H.v.J., C-13/63, Italië t/ Commissie; H.v.J., C-8/82, Wagner, 23 februari 1983; H.v.J., C-217/91, Commissie t/ Spanje, 7 juli 1993.

¹⁹ H.v.J., C-251/83, Haug-Adrian, 13 december 1984.



B. Europese richtlijnen

1° Grondslag

11. De verdragsbepalingen bevatten enkel een aantal negatieve verplichtingen voor de lidstaten om een interne markt mogelijk te maken, nl. de afschaffing van barrières. Vrij snel constateerden de lidstaten dat zij niet elke soort van discriminatie of elk verschil konden wegwerken via deze negatieve verplichtingen. Zo kan een verschil in wetgeving ondernemingen uit verschillende landen in een ongelijke positie zetten. Ten einde bijgevolg een effectieve mededinging te krijgen, was een harmonisering van de verschillende wetgevingen op bepaalde vlakken noodzakelijk. De lidstaten dienden positieve actie te ondernemen.

Deze harmonisatie heeft tot gevolg gehad dat de Europese Gemeenschap ook regelgevend optrad in materies die *prima facie* niet binnen de bepalingen van het Verdrag vielen. Als typevoorbeeld vermeldt de rechtsleer juist de Europese reglementering inzake overheidsopdrachten, waarbij de Europese Unie via richtlijnen de lidstaten verplicht hun eigen gunningsprocedures op elkaar af te stemmen.²⁰

2° Doelstellingen

12. In 1971 keurde de Europese Commissie de eerste richtlijn inzake aanbestedingsrecht goed: richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken.²¹ Doorheen de jaren kwamen vergelijkbare richtlijnen tot stand inzake leveringen en diensten. Op communautair vlak zijn de huidige toepasselijke richtlijnen: richtlijn 2004/17/EG²² en richtlijn 2004/18/EG.²³

13. De oorspronkelijke bedoeling van richtlijn 71/305 was niet enkel de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten op het gebied van overheidsopdrachten te verwezenlijken, maar tevens een daadwerkelijke mededinging te organiseren ten opzichte van mogelijke gegadigden. Volgens het Hof van Justitie is het doel van de daaropvolgende richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37 «dat procedures voor het plaatsen van

overheidsopdrachten op communautair vlak zijn gecoördineerd om belemmeringen voor het vrije verkeer van diensten en goederen op te heffen en dus om de belangen te beschermen van in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers die goederen of diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden».²⁴

Deze mededinging vereist transparantie bij de gunning van overheidsopdrachten. Immers, enkel transparantie garandeert dat burgers effectief kunnen nagaan of de mededinging is nageleefd.

III. Erkenning van de transparantieplicht

14. In dit onderdeel overlopen we de meest fundamentele arresten van het Hof van Justitie waarin het Hof enerzijds op grond van het primair verdragsrecht (A) en anderzijds op grond van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten (B) de transparantieplicht erkent.

A. Het primair verdragsrecht

15. Zoals hierboven aangegeven, is het uitgangspunt van de transparantieplicht in het EG-verdrag hoofdzakelijk de garantie van het vrij verkeer en de niet-discriminatie van burgers van andere lidstaten.

16. In de zaak-Unitron Scandinavia bracht het Hof van Justitie voor de eerste maal op grond van het beginsel van non-discriminatie de verplichting tot transparantie ter sprake: «Het beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit mag evenwel niet eng worden uitgelegd. Het verplicht onder meer tot transparantie, opdat de aanbestedende dienst zich ervan kan vergewissen dat het wordt nageleefd».²⁵ Deze zaak betrof een concessie van openbare dienst verleend door de Deense overheid aan een privé-onderneming. De vraag rees of de privé-onderneming die opdrachten bij derden plaatst het beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit moet naleven. Het beginsel is volgens het Hof van toepassing.

17. In de zaak-Telaustria Verlag kreeg het Hof voor de eerste maal de kans te bepalen welke plichten voor de overheid gelden, wanneer zij een concessie van openbare dienst gunt. Dergelijke concessies zijn immers uitgesloten van het toepassingsgebied van de richtlijnen overheidsopdrachten, en de gunning van

²⁰ K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, o.c., 268-269.

²¹ *Pb.*, 1971, L. 185/5.

²² Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten in de sectoren water en energievoorziening, vervoer en postdiensten, *Pb.*, 2004, L. 134/1.

²³ Richtlijn 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, *Pb.* 2004, L. 134/114.

²⁴ H.v.J., C-380/98, University of Cambridge, 3 oktober 2000, overweging 16; zie ook: H.v.J., C-360/96, BFI Holding, 10 november 1998, overweging 41; H.v.J., C-176/98, Holst Italia, 2 december 1999, overweging 23.

²⁵ H.v.J., C-275/98, Unitron Scandinavia, 18 november 1999, overweging 31.

dergelijke concessies is niet onderworpen aan specifieke verplichtingen. In deze zaak stelde de Commissie onder meer de vraag of de gunning van een concessie van een openbare dienst ook niet onderworpen is aan een aantal algemene voorwaarden voortvloeiende uit het E.G.-Verdrag. Volgens de Commissie vloeit uit de doelstellingen neergelegd in de artikelen 30, 52 en 59 E.G.-Verdrag een meer algemene plicht voort die de doorzichtigheid van de gunningsprocedure beoogt.

Advocaat-generaal Fennely verdedigt in zijn conclusie bij het arrest dat de concrete naleving van het non-discriminatiebeginsel op grond van nationaliteit vereist dat bij de gunning van een concessie een minimale bekendmaking en transparantie worden verzekerd.²⁶ Het Hof overweegt: «In dat verband moet worden opgemerkt dat, ook al zijn dergelijke overeenkomsten bij de huidige stand van het Gemeenschapsrecht van de werkingssfeer van richtlijn 93/38 uitgesloten, de aanbestedende diensten die deze overeenkomsten sluiten, niettemin de fundamentele regels van het verdrag in het algemeen en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in het bijzonder in acht moeten nemen. Immers, zoals het Hof in zijn arrest van 18 november 1999, Unitron Scandinavia en 3-S (C-375/98, *Jur.* 1999, I-8291, punt 31) heeft verklaard, houdt dit verbod onder meer een *verplichting tot transparantie* in, zodat de aanbestedende dienst kan vaststellen, of het wordt nageleefd».

18. De zaak-Coname bood het Hof van Justitie de gelegenheid voormelde rechtspraak te bevestigen.²⁷

In haar conclusie voorafgaand aan deze zaak leidt advocaat-generaal Stix-Hackl uit het primair verdragsrecht een zekere doorzichtigheid af.²⁸ Zij spreekt zelfs over een *transparantiebeginsel* als een leidend beginsel voor het geheel van de gunningsprocedure, zonder dit verder te motiveren (overweging 90). Het doel van dit beginsel zou dan zijn te zorgen voor een niet-vervalste mededinging en openbare nationale markten (overweging 92). Het Hof overwoog: «De toewijzing van een dergelijke concessie valt niet onder de richtlijnen waarmee de communautaire wetgever de materie van de overheidsopdrachten heeft geregeld. Bij gebreke van een dergelijke regeling moeten de gevolgen van het Gemeenschapsrecht voor de toewijzing van een dergelijke concessie worden onderzocht tegen de achtergrond van het primaire recht en, inzonderheid, van

de door het verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden. Dienaangaande zij opgemerkt dat, zonder enige transparantie, de toewijzing van deze concessie aan een onderneming in laatstgenoemde lidstaat, een ongelijke behandeling in het nadeel van de onderneming in de andere lidstaat oplevert».

19. In het arrest-Parking Brixen vat het Hof van Justitie de grondslagen voor de transparantieplicht samen.²⁹ Concessieovereenkomsten zijn weliswaar uitgesloten van de richtlijnen overheidsopdrachten, maar moeten de fundamentele regels van het EG-recht in acht nemen. Hieronder valt ook het beginsel van gelijke behandeling, zelfs wanneer geen sprake is van discriminatie op grond van nationaliteit. Dit beginsel, samen met het beginsel van non-discriminatie, houdt een transparantieplichting in. Een concessieverlenende overheid moet deze verplichting naleven en bijgevolg nagaan of aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid werd gegarandeerd, zodat de dienstenconcessie voor mededinging openstaat en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.

20. Op grond van deze rechtspraak kan worden besloten dat de transparantieplicht voortvloeit uit de beginselen van het vrij verkeer, van de gelijke behandeling en van de non-discriminatie.³⁰ Transparantie is noodzakelijk om de burger of de onderneming de kans te geven na te gaan of de specifieke overheid voornoemde beginselen heeft nageleefd bij de gunning van een overeenkomst.

B. Richtlijnen overheidsopdrachten

21. De richtlijnen overheidsopdrachten bevatten een heleboel bepalingen die de bekendmaking en de doorzichtigheid van de gunningsprocedure moeten garanderen. Dit zijn echter disparate bepalingen, zonder dat er oorspronkelijk een algemene transparantieplicht gold. Een transparantieplicht, als algemene plicht voortvloeiende uit de richtlijnen overheidsopdrachten, schemert een eerste keer door in het arrest-Beentjes van het Hof van Justitie. Hoewel het Hof niet expliciet spreekt over een plicht tot doorzichtigheid, meent het Hof dat een aanbestedende overheid «*passende bekendheid* moet geven aan de voor elke aanbesteding geldende voorwaarden en criteria».³¹

In de zaak van de Waalse bussen is voor de eerste maal duidelijk sprake van een beginsel van doorzichtigheid

²⁶ N. FENNELY, conclusie voor H.v.J., C-324/98, Telaustria Verlag, 7 december 2000, overweging 43.

²⁷ H.v.J., C-231/03, Coname, 21 juli 2005.

²⁸ STIX-HACKL, conclusie voor H.v.J., C-231/03, Coname, 21 juli 2005.

²⁹ H.v.J., Parking Brixen, C-258/03, 13 oktober 2005, zie ook: H.v.J., ANAV, C-410/04, 6 april 2006, overwegingen 21-23.

³⁰ F. LLORENS, «Principe de transparence et contrats publics», C.M.P. 2004, 5.

³¹ H.v.J., C-31/87, Beentjes, 20 september 1988, overweging 21.



afgeleid uit de consideransen van richtlijn 90/531 inzake de nutssectoren waarin wordt gevraagd bij de gunning van een overheidsopdracht een minimum aan doorzichtigheid te waarborgen. Het Hof overweegt op grond hiervan: «Volgens de drieëndertigste overweging van de considerans beoogt de richtlijn voorts om bij de gunning van de opdrachten waarop zij van toepassing is, een minimum aan doorzichtigheid te waarborgen. De procedure van vergelijking van de aanbiedingen dient dus steeds in overeenstemming te zijn met zowel het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers als het *beginsel van doorzichtigheid*, opdat alle inschrijvers bij het formuleren van hun aanbieding dezelfde kansen hebben».³² De op een aanbestedende overheid rustende plicht tot transparantie «houdt in dat aan elke potentiële inschrijver passende bekendmaking wordt gegarandeerd, zodat de dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst»³³ of «dat het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers, waaraan iedere door de richtlijn beheerste aanbestedingsprocedure moet voldoen, in acht wordt genomen».³⁴

De transparantieplicht is binnen de reglementering overheidsopdrachten, naast het gelijkheidsbeginsel, het leidende beginsel geworden dat het Hof van Justitie gebruikt om lacunes in de reglementering aan te vullen en onduidelijke bepalingen te interpreteren.

IV. Aard

22. Het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg verzekeren de naleving van het recht bij de uitlegging en de toepassing van het E.G.-Verdrag (art. 220, eerste lid, E.G.-Verdrag). Dat het recht werd erkend als rechtsbron gaf het Hof van Justitie de mogelijkheid om een beroep te doen op algemene rechtsbeginselen om de verdragsteksten of andere reglementaire akten te interpreteren en toe te passen.³⁵

Veelal leidt het Hof van Justitie de algemene beginselen binnen het Europees recht af uit de nationale tradities van de verschillende lidstaten³⁶ of op grond van de bepalingen van de Europese Verdragen. Daar het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg

de auteurs zijn van deze algemene beginselen van Gemeenschapsrecht, zullen hun beslissingen ook in de eerste plaats de aanwijzingen bevatten of de transparantieplicht een algemeen beginsel is. De vraag rijst of de transparantieplicht inderdaad een zelfstandig algemeen rechtsbeginsel uitmaakt of moet worden ingeroepen in samenhang met een ander algemeen rechtsbeginsel? Ingeval het een zelfstandig rechtsbeginsel is, kunnen de rechtzoekenden rechtstreeks de schending ervan inroepen.

23. In het arrest-Van Hool lijkt het Hof van Justitie nog het beginsel van gelijke behandeling en het beginsel van doorzichtigheid op een gelijk niveau te stellen, waarbij het Hof het tweede beginsel wel sterk associeert met het eerste (overweging 54).³⁷ In latere arresten spreekt het Hof eerder van een transparantieplicht afgeleid uit het beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit en uit het beginsel van gelijkheid van behandeling: «De beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie op grond van nationaliteit houden met name een transparantieplichting in, zodat de concessieverlenende overheidsinstantie zich ervan kan vergewissen dat deze beginselen in acht worden genomen».³⁸ Transparantie is aldus een waarborg voor het naleven van het beginsel van gelijke behandeling.³⁹

Op grond van deze recentere rechtspraak van het Hof van Justitie besluiten wij dat de transparantieplicht een verplichting is die afgeleid wordt uit een algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht, namelijk het gelijkheidsbeginsel. In die zin lijkt het Hof van Justitie geen eigen bestaanswaarde toe te kennen aan de transparantieplicht en lijkt het zeker niet te erkennen als een algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht.⁴⁰ In de mate dat de doorzichtigheidsplicht een uitvloeisel is van het gelijkheidsbeginsel, dient de overheid deze plicht in beginsel wel steeds in mindere of meerdere mate na te leven.⁴¹ Op de graad van transparantie gaan we hierna in.

24. De doorzichtigheid van de procedure is eerder een middel om de gelijke behandeling van de inschrijver te verzekeren.⁴² Aldus kent de rechtsleer deze

³² H.v.J., C-87/94, Commissie t/ België, 25 april 1996, overweging 54.

³³ H.v.J., Universale Bau, C-470/99, 12 december 2002, overweging 92.

³⁴ H.v.J., C-421/01, Traunfellner, 16 oktober 2003, overweging 29.

³⁵ H.v.J., C-46/93 en C-48/93, Brasserie Du Pêcheur, 5 maart 1996.

³⁶ Zie o.a.: H.v.J., 7/56 en 3-7/57, Algera; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, o.c., 700.

³⁷ Zie o.a.: E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VANDERBEND en J.F. VANNOUHUYS, *Aanbestedingsrecht*, Den Haag, Sdu uitgevers, 2004, 30.

³⁸ H.v.J., Parking Brixen, C-258/03, 13 oktober 2005, zie ook: H.v.J., ANAV, C-410/04, 6 april 2006, overwegingen 21-23.

³⁹ H.v.J., C-19/00, SIAC, 18 oktober 2001, overweging 45; H.v.J., C-421/01, Traunfellner, 16 oktober 2003, overweging 29.

⁴⁰ Het Hof van Justitie spreekt echter opnieuw over het «algemeen transparantiebeginsel» naast de verplichting om een passende mate van openbaarheid te garanderen in een arrest C-260/04, Commissie t/ Italië, 13 september 2007.

⁴¹ Zie: H.v.J., C-231/03, Coname, 21 juli 2005, overweging 21.

plicht een accessoir karakter toe ten aanzien van het gelijkheidsbeginsel.⁴³ De schending van deze plicht wordt het best steeds gekoppeld aan de schending van het gelijkheidsbeginsel.

De meest recente richtlijn 2004/18/EG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten beschouwt het betrachten van transparantie in het handelen van aanbestedende overheden als een beginsel voor het plaatsen van overheidsopdrachten (art. 2 *juncto* art. 10 richtlijn nutssectoren). De tweede overweging van de richtlijn 2004/18/EG plaatst de transparantie als beginsel naast de gelijke behandeling als afgeleide van de vier fundamentele vrijheden. Dit alles maakt echter van de transparantie nog geen algemeen beginsel van de Gemeenschapsrecht van toepassing bij het gunnen van alle overheidsovereenkomsten. In Nederland bestempelt de rechtsliteratuur de transparantieplicht aldus wel als een algemeen beginsel van aanbestedingsrecht.⁴⁴

25. In Nederland en België heeft noch de Hoge Raad noch de Raad van State op dit ogenblik de transparantieplicht erkend als een algemeen rechtsbeginsel.

Wel vinden we in de rechtspraak van de Belgische Raad van State sporen terug van een transparantieplicht. De Raad van State beaamt reeds heel vroeg dat een procedure van inmededingingstelling voor gevolg heeft dat geïnteresseerden hier vooraf van op de hoogte worden gesteld.⁴⁵ In het arrest-Seaport Terminals erkende de Raad van State dat de kandidaat de kans moet krijgen om zich in te schrijven en dat zijn offerte wordt onderzocht en vergeleken.⁴⁶ Het arrest-De Backer vormt een mijlpaalarrest in het raam van de gunning van overheidsovereenkomsten, daar de Raad van State voor de eerste maal op grond van het gelijkheidsbeginsel beslist dat de verkoop van een onroerend goed in beginsel openbaar moet gebeuren.⁴⁷ Openbaarheid staat gelijk met transparantie. Recente-

lijk heeft een Franstalige Kamer letterlijk gesproken over «*les exigences de concurrence et de transparence*» in het raam van de gunning van een domeinconcessie.⁴⁸ Ook hier wordt de transparantieplicht dus eerder afgeleid uit het beginsel van de gelijke behandeling. In Frankrijk hebben zowel de *Conseil Constitutionnel* als de *Conseil d'Etat* de transparantieplicht respectievelijk als een grondwettelijk beginsel van de *commande publique* en een algemeen rechtsbeginsel erkend.⁴⁹

V. Toepassingsgebied

26. De transparantieplicht is zonder enige twijfel van toepassing op de overheidsopdrachten die vallen onder het toepassingsgebied van de richtlijn 2004/18/EG.⁵⁰ De richtlijn vermeldt immers, zoals hierboven aangegeven, expliciet het beginsel (art. 2).

27. De belangrijkste vraag die rijst is of een overeenkomst die niet onder het toepassingsgebied van de reglementering overheidsopdrachten valt, ook onderworpen is aan de transparantieplicht. Een eerste indicatie voor een bevestigend antwoord hierop vindt de rechtsleer in het arrest-Dundalk,⁵¹ waarin het Hof art. 28 E.G.-Verdrag toepasselijk acht op een opdracht in de nutssectoren.⁵² Hierboven zagen we dat artikel 28 E.G.-Verdrag één van de rechtsbronnen is, waaruit het Hof van Justitie de transparantieplicht afleidde. Wanneer deze bepaling bijgevolg van toepassing is op een opdracht in de nutssectoren, is ook de transparantieplicht als een afgeleide toepasselijk.

Het Hof van Justitie is voor het overige tot op heden eerder zwijgzaam geweest ten aanzien van het toepassingsgebied van de transparantieplicht. In het arrest-Telaustria overwoog het Hof dat aanbestedende diensten, die overeenkomsten sluiten, vallend buiten de werkingssfeer van de reglementering overheidsopdrachten, eveneens de fundamentele vrijheden van het EG-verdrag in het algemeen en het verbod van discriminatie in het bijzonder dienen in acht nemen.⁵³ Voornoemd verbod houdt een plicht tot trans-

⁴² C. MAUGUE, «La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics», in *Mouvement du droit public. Mélanges à Franck Moderne*, Parijs, Dalloz, 2004, 619; zie ook derde overweging richtlijn 89/665.

⁴³ F. LLORENS, *o.c.*, C.M.P. 2004, 5; G. KALFLÈCHE, *Des marchés publics à la commande publique*, II, doctoraatsproefschrift, Parijs, 2004, 729; M. KRUGNER, «The principles of equal treatment and transparency and the commission interpretative communication on concessions», *P.P.L.R.* 2003, 193: «The principle of transparency can be considered an offspring of the principle of non discrimination. It is therefore, not a (general) principle in its own right».

⁴⁴ Zie o.a.: E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND en J.F. VAN NOUHUYS, *o.c.*, 30-31.

⁴⁵ R.v.St., C.O.O. Erwetegem, nr. 8.661, 13 juni 1961.

⁴⁶ R.v.St., N.V. Seaport Terminals, nr. 41878, 2 februari 1993.

⁴⁷ R.v.St., De Backer, nr. 66.428, 28 mei 1997.

⁴⁸ R.v.St., S.A. Clear Channel Belgium, nr. 162.256, 31 augustus 2006.

⁴⁹ Conseil Constitutionnel, nr. 2003-473 DC, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, 26 juni 2003; C.E., Association pour la transparence et la moralité des marchés publics, nrs. 264.712, 265.248, 265.343, 4 februari 2005; P. DELVOLLE, «Constitution et contrats publics», in *Mouvements du droit public. Mélanges offerts à Franck Moderne*, Parijs, 2004, 492.

⁵⁰ Aangaande het toepassingsgebied *ratione personae* en *ratione materiae* van deze richtlijn, zie: S. ARROWSMITH, *o.c.*, 249-419.

⁵¹ H.v.J., C-45/87, Europese Commissie t/ Ierland, 22 september 1988.

⁵² S. ARROWSMITH, *o.c.*, 183; F. LLORENS, *o.c.*, C.M.P. 2004, 9.



parantie in. Het arrest bevestigt expliciet deze plicht in het raam van een concessie van een openbare dienst. De toepasselijkheid van de transparantieplicht op concessies van een openbare dienst is bevestigd in de arresten Coname, Parking Brixen, ANAV en Commissie t/ Italië (C-260/04).

De rechtsleer neemt terecht op grond van het arrest-Telaustria aan dat de transparantieplicht van toepassing is op de opdrachten die expliciet worden uitgesloten uit het toepassingsgebied van de richtlijn overheidsopdrachten.⁵⁴ Het Telaustria-arrest houdt ook in dat overheidsopdrachten die onder de Europese drempelbedragen⁵⁵ zitten, gebonden zijn door de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht.⁵⁶ Dit laatste werd zelfs als een evidentie beschouwd. Immers, men vond het zelfs niet noodzakelijk het Hof van Justitie hiervoor bij elkaar te roepen. Bij beschikking overwoog een Voorzitter van het Hof: «Ook indien bepaalde overeenkomsten van de werkingssfeer van de communautaire richtlijn op het gebied van het plaatsen van overheidsopdrachten zijn uitgesloten, zijn de aanbestedende diensten die deze overeenkomsten sluiten, niettemin ertoe gehouden om de fundamentele regels van het verdrag in acht te nemen ... Hieruit volgt dat, ondanks het feit dat een opdracht voor de uitvoering van werken onder de in richtlijn 93/37 vastgestelde drempelwaarde blijft en dus niet onder de werkingssfeer van deze richtlijn valt, de wettigheid van een clause in het bestek voor deze opdracht moet worden beoordeeld in het licht van de fundamentele regels van het verdrag, waarvan het in art. 30 van het verdrag genoemde vrij verkeer van goederen deel uitmaakt».⁵⁷

Onzes inziens komt de schijnbaar algemene draagwijdte van deze rechtspraak terecht meer en meer onder vuur te liggen.⁵⁸ Het kan niet de bedoeling zijn dat hoe klein ook het voorwerp van de overeenkomst

is, de overheid steeds de verplichting zou hebben om de gunning van een dergelijke overeenkomst bekend te maken. In recentere conclusies stelden bepaalde advocaten-generaal voor om overeenkomsten onder een bepaald bedrag vrij te stellen van enige transparantieplicht (zie *infra*). Het Hof van Justitie gaat in de meest recente arresten ervan uit dat ook voor overheidsopdrachten onder de drempelbedragen het volledig ontbreken van een oproep tot mededinging niet in overeenstemming is met de beginselen van het EG-verdrag.⁵⁹ Onder impuls van dezelfde advocaten-generaal formuleert het Hof wel een aantal uitzonderingen (zie VII).

28. In het arrest-Coname kwam de vraag aan bod of de transparantieplicht ook van toepassing is op zuiver binnenlandse gunningsprocedures.⁶⁰ In deze zaak waren een Italiaanse gemeente en twee Italiaanse ondernemingen betrokken. Volgens het Hof volstaat het dat de gunning van een contract ook ondernemingen kan interesseren die zich bevinden in andere lidstaten om de beginselen van het Gemeenschapsrecht toepasselijk te achten (overweging 17). De mogelijke interesse van een onderneming uit een andere lidstaat vormt daarmee ook onmiddellijk de toetssteen voor de toepasselijkheid van de transparantieplicht.⁶¹ De Europese transparantieplicht geldt enkel wanneer een mogelijke invloed op het vrij verkeer aanwezig is.

29. Het arrest-Coname is ook de voorbode van een aantal arresten waarin het Hof bevestigt dat de zuivere *in house*-opdrachten niet onderworpen zijn aan de transparantieplicht.⁶²

In de arresten-Parking Brixen en -ANAV sluit het Hof de toepassing van de transparantieplicht uit op het gebied van openbare dienstenconcessies, indien de concessieverlenende overheid op de concessiehouder toezicht houdt zoals op haar eigen diensten en deze concessiehouder bovendien het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van de instantie die hem beheerst.⁶³ Dit is trouwens logisch, daar een *in house*-contract inhoudt dat de overheid via haar eigen diensten en middelen de opdracht uitvoert⁶⁴ of in elk geval dat zij controle uitoefent op de onderscheiden rechtspersonen die de opdracht uitvoeren, zoals op

⁵³ H.v.J., C-324/98, Telaustria Verlag, 7 december 2000, overweging 60.

⁵⁴ F. LLORENS, o.c., C.M.P. 2004, 10.

⁵⁵ In hun handboek definiëren Pijnacker Hordijk, Van der Bend en Van Nouhuys het begrip «drempelwaarde» als volgt: «Onder «drempelwaarde» wordt verstaan de waarde die een opdracht ten minste dient te vertegenwoordigen teneinde binnen de toepassings-sfeer van de Aanbestedingsrichtlijn te komen» (o.c., 69).

⁵⁶ J.C. VAN DE WATER, «Nadere uitleg van het transparantiebeginsel leidt tot heroverweging bestaande onderhandse aanbestedingspraktijk», BG, 2004, 32: de procedure moet objectief, transparant en non-discriminerend zijn.

⁵⁷ H.v.J., C-59/00, Bent Moustén Vestergaard, 3 december 2001, overwegingen 20-21.

⁵⁸ Zie o.a.: T. KOTSONIS, «The Extent of the Transparency Obligation imposed on a Contracting Authority awarding a contract whose value falls below the relevant value threshold», P.P.L.R. 2007, NA 81-NA 83.

⁵⁹ H.v.J., C-220/06, Asociacion Profesional, 18 december 2007.

⁶⁰ H.v.J., C-231/03, Coname, 21 juli 2005.

⁶¹ Vergelijk: L. RICHER, noot onder H.v.J., Coname, C-231/03, 21 juli 2005 A.C.C.P. 2005, nr. 50.

⁶² Zie: W. ZIMMER, noot onder H.v.J., Coname, C-231/03 C.M.P. 2005, nr. 280.

⁶³ H.v.J., C-458/03, Parking Brixen, 13 oktober 2005, overweging 62; H.v.J., C-410/04, ANAV, 6 april 2006, overweging 24.

⁶⁴ P. DELVOLLE, «Marché public: les critères des contrats maison», R.D.U.E. 2002, 53; S. ARROWSMITH, o.c., 390.

haar eigen diensten.⁶⁵ In dat geval is geen sprake van mededinging.

30. Een bijzondere categorie is de categorie niet-prioritaire diensten vallend onder bijlage I B van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening. Het gaat om opdrachten die in beginsel wel onder de richtlijnen overheidsopdrachten vallen, maar een soepel regime hebben inzake de gunning van de opdracht (bv. geen oproep tot mededinging).

In een vrij recente zaak diende het Hof te onderzoeken of Ierland de artikelen 43 en 49 EGV en de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht had geschonden door een dergelijke opdracht voor een niet-prioritaire dienst niet vooraf te hebben bekendgemaakt.⁶⁶ Gold *in casu* een transparantieplicht? Volgens het Hof blijven overheidsopdrachten in elk geval onderworpen aan de fundamentele regels van het Gemeenschapsrecht (overweging 26). Voor zover opdrachten voor niet-prioritaire diensten een grensoverschrijdend belang vertonen, staat het niet regelen van enige bekendmaking in richtlijn 92/50 voor dergelijke diensten er niet aan in de weg dat de artikelen 43 en 49 EGV van toepassing zijn, alsook de hieruit voortvloeiende beginselen (overweging 29). Bij een dergelijk grensoverschrijdend belang veroorzaakt de niet-bekendmaking van de opdracht een ongelijke behandeling van mogelijk geïnteresseerde ondernemers in andere lidstaten (overweging 30). Enige transparantie is in dat geval noodzakelijk.

31. Hoewel de voormelde arresten slechts handelden over twee soorten overeenkomsten, nl. concessies van openbare dienst en overheidsopdrachten, vallende buiten het toepassingsgebied van de toepasselijke richtlijnen, kunnen een aantal gevolgtrekkingen hieruit worden afgeleid voor alle overheids-overeenkomsten.

Voor zover de gunning van om het even welke overeenkomst een invloed heeft op de fundamentele vrijheden neergelegd in het EG-verdrag of, zoals beslist in het arrest Commissie t/ Ierland, een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont, kan uit de rechtspraak van het Hof van Justitie worden afgeleid dat de gunning van een dergelijke overeenkomst onderworpen is aan het beginsel van de gelijke behandeling en aan haar afgeleide, de transparantieplicht.⁶⁷

⁶⁵ C. DEKONINCK en V. PETITAT, «Inbesteding zonder aanbesteding», *NjW* 2005, 1082.

⁶⁶ H.v.J., C-507/03, Commissie t/ Ierland, 13 november 2007.

Dienaangaande kunnen we verwijzen naar een ouder arrest van het Hof van Justitie, waarin het Hof diende te oordelen over een gunningsprocedure uitgaande van de gemeente Biarritz betreffende de verhuur van een lokaal behorend tot het openbaar domein.⁶⁸ De gemeente maakte het sluiten van de overeenkomst afhankelijk van een nationaliteitsvoorwaarde. Het Hof antwoordde dat de vrijheid van vestiging en het eruit voortvloeiende beginsel van gelijke behandeling zich verzetten tegen een dergelijke voorwaarde. Gezien de hierboven vermelde rechtspraak waarin het Hof van Justitie uit de vrijheid van vestiging de transparantieplicht afleidt, houdt dit bijgevolg ook de toepassing van die plicht in in een situatie van zuivere verhuur van een lokaal door een overheid. In die mate kan terecht gezegd worden dat de transparantieplicht een algemene draagwijdte heeft wat betreft de gunning van overeenkomsten.⁶⁹

32. Deze algemene draagwijdte van de transparantieplicht blijkt ook uit de toepassing ervan in Frankrijk.

In de eerste plaats vinden we deze plicht terug in recente wetgeving: décret n° 93-733 van 7 maart 1993 «relative à la transparence des procédures dans les marchés publics»; code des marchés publics – décret n° 2001-210 van 7 maart 2001; loi n° 2002-1094 van 29 augustus 2002 «d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure»; loi n° 2003-591 van 2 juli 2003 «habilitant le gouvernement à simplifier le droit»; code des marchés publics décret n° 2004-15 van 7 januari 2004.

Vervolgens hebben een aantal *Cours administratives d'appel* deze plicht toegepast op overeenkomsten die als zodanig niet zijn gereguleerd.⁷⁰ De *Conseil Constitutionnel* heeft duidelijk geoordeeld dat de beginselen inzake de «commande publique» een bijzondere toepassing zijn van het gelijkheidsbeginsel, zoals neergelegd in de *Déclaration de droits de l'homme et des citoyens*. Dit gelijkheidsbeginsel heeft een algemene draagwijdte, zodat de beginselen die hieruit

⁶⁷ Zie: S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2007, 328; hij acht de regels inzake mededinging van toepassing op domeinconcessies, evidentierwijze in situaties relevant vanuit het Gemeenschapsrecht.

⁶⁸ H.v.J., Steinhäuser, C-197/94, 18 juni 1985.

⁶⁹ Zie: F. LLORENS, o.c., C.M.P. 2004, die van oordeel is dat ook domeinconcessies deze verplichting dienen na te leven wanneer één van de doeleinden van het E.E.G.-verdrag op de helling wordt gebracht; J. ARNOULD, «Les contrats de concession, de privatisation et de service in house au regard des règles communautaires», *R.F.D.A.* 2000, 14-17.

⁷⁰ C.A.A. Bordeaux, Sodegis, 9 november 2004, *A.J.D.A.* 2005, 256, noot J.-D. DREYFUS; C.A.A. Versailles, Association Pacte, 6 december 2005 *A.J.D.A.*, 2006, 374, noot J.-D. DREYFUS.



voortvloeiën, ook een algemene draagwijdte moeten hebben: «Si le conseil constitutionnel ne s'est référé qu'au code des régissant, les principes formulés ont une portée bien plus large: ils s'appliquent au contrats publics en général. Les principes de liberté, d'égalité et de publicité les régissent dans leur ensemble».⁷¹

In zoverre in België de transparantieplicht moet worden beschouwd als een afgeleide van het gelijkheidsbeginsel, als beginsel van behoorlijk bestuur, is deze plicht van toepassing op de gunning van elke overheidsovereenkomst. Inzake de toepasselijkheid van de beginselen van behoorlijk bestuur en in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel maakt de rechtsleer in België geen onderscheid tussen de soorten overeenkomsten.⁷² Ook de Raad van State heeft in zijn weliswaar schaarse rechtspraak het gelijkheidsbeginsel, en dus ook impliciet de transparantieplicht, reeds van toepassing geacht op verschillende soorten overeenkomsten met de overheid.⁷³

VI. Toepassing

33. Concreet kan de transparantieplicht haar rol op de volgende wijze spelen: de bekendmaking van gunningsprocedures, bekendmaking van de regels die de gunningsprocedures gaan beheersen, regels in verband met het nemen van beslissingen om willekeur te vermijden (verplichte aanbesteding of offerteaanvraag, beperking inzake selectie- en gunningscriteria, bekendmaking van de criteria) en ten slotte het nazicht en de handhaving van de gunningsbeslissing. Geldt deze rol wel voor de overheidsovereenkomsten in het algemeen of enkel voor overheidsopdrachten?

A. Overheidsovereenkomsten

34. Hoewel het Hof van Justitie tot op dit ogenblik nog niet echt duidelijk heeft gemaakt welke concrete verplichtingen voor overheidsovereenkomsten in het algemeen vereist zijn op grond van de transparantieplicht, zal hier toch worden getracht een begin van antwoord te brengen. Eerst gaan we na welke inhoud op grond van de verdragsbepalingen (E.G.-Verdrag) de transparantieplicht in het algemeen zou kunnen heb-

ben (1^o), om vervolgens in te gaan op de concrete plicht tot bekendmaking of tot aankondiging (2^o) en eventuele andere concrete verplichtingen voortvloeiende uit de transparantieplicht (3^o).

1^o Algemeen

35. In de zaak-Telaustria⁷⁴ sprak het Hof van Justitie voor de eerste maal over een «verplichting tot transparantie» op grond van de verdragsbepalingen en gaf het hieraan een zekere concretisering. In deze zaak gunde de Post en Telecom Austria AG een concessie van een openbare dienst voor de vervaardiging en uitgave van gedrukte en elektronisch bruikbare telefoongidsen.

In de eerste plaats overweegt het Hof dat, zelfs indien de richtlijnen niet van toepassing zijn op concessies van een openbare dienst, dan nog de overheid bij de gunning van dergelijke overeenkomsten gehouden is door de bepalingen van het E.G.-Verdrag. De bepalingen inzake de fundamentele vrijheden verzetten zich tegen elke discriminatie op grond van nationaliteit en waarborgen een gelijke behandeling van de gegadigden. Naleving van deze beginselen vereist dat de gunning van een concessie een zekere mate van openbaarheid en doorzichtigheid in acht neemt.

Het Hof concretiseert dan de verplichting tot transparantie in het algemeen als volgt: «Deze op de aanbestedende dienst rustende verplichting tot transparantie houdt in dat aan alle potentiële inschrijvers een *passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd*, zodat de dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst» (overweging 62). In de arresten-Parking Brixen en -ANAV bevestigt het Hof dat de transparantieplicht een passende mate van openbaarheid onderstelt.⁷⁵

In haar conclusie bij de zaak-Coname omschrijft advocaat-generaal Stix-Hackl de transparantieplicht als volgt: «Le principe de transparence constitue bien plutôt, de surcroît, un principe directeur pour l'ensemble de la procédure de passation de marché. Il inclut aussi, par exemple, la traçabilité des décisions du pouvoir adjudicateur et, de manière générale, une attitude objective pendant une procédure de passation de marché».⁷⁶ Om te bepalen wat moet worden verstaan onder een passende openbaarheid «il convient de se fonder sur l'objectif du principe de transparence dont l'interprétation est demandé. En effet, pour les

⁷¹ P. DELVOLLE, o.c., in *Mouvement de droit public. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, 493.

⁷² W. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, M., o.c., T.P.R. 1987, 1745; D. D'HOOGHE o.c., in *De overeenkomst vandaag en morgen*, 17 e.v.

⁷³ R.v.St., Integan, nr. 19.671, 31 mei 1979: inzake een concessie van openbare dienst; R.v.St., NV Seaport Terminals, nr. 41.878, 2 februari 1993: inzake een domeinconcessie; R.v.St., BVBA De Backer, nr. 66.428, 28 mei 1997: inzake een verkoop; R.v.St., NV Pac Man, nr. 120.546, 17 juni 2003: inzake het sluiten van een convenant.

⁷⁴ H.v.J., C-324/98, Telaustria Verlag, 7 december 2000.

⁷⁵ H.v.J., C-458/03, Parking Brixen, 13 oktober 2005, overweging 49; H.v.J., C-410/04, ANAV, 6 april 2006.

directives, la transparence doit aussi contribuer, dans le domaine d'application du droit primaire, à garantir une concurrence non faussée et l'ouverture des marchés nationaux».⁷⁷

De openbaarheid moet worden gegarandeerd tijdens de volledige procedure. In de eerste plaats voorafgaand aan de eigenlijke procedure, nl. de aankondiging op één of andere wijze (2°), in de tweede plaats via eventueel andere verplichtingen tijdens de gunningsprocedure (3°).

2° Aankondiging

a) Plicht tot aankondiging?

36. In zijn conclusie voorafgaand aan het arrest-Telaustria maakt advocaat-generaal Fennely alvast duidelijk dat volgens hem transparantie niet in se de officiële bekendmaking van de gunningsprocedure inhoudt in bijvoorbeeld het Publicatieblad van de Europese Gemeenschap.⁷⁸ Volgens de advocaat-generaal volstaat het dat de aanbestedende overheid zich tot enkele aannemers richt. De transparantie dient er fundamenteel voor te zorgen dat de gunningsprocedure objectief en onafhankelijk verloopt en toegankelijk is. Wat echter niet moet, is dat de overheid de regels kopieert uit de richtlijnen inzake overheidsopdrachten.

Het Hof gaat in zijn arrest daar echter niet verder op in en concretiseert de transparantieplicht dus niet.

37. In het arrest-Coname⁷⁹ moest het Hof onderzoeken of een Italiaanse gemeente rechtstreeks een concessieovereenkomst kon gunnen aan een onderneming zonder aanbestedingsprocedure en dus ook zonder bekendmaking.

In haar conclusie voorafgaand aan dit arrest meent advocaat-generaal Stix-Hackl dat een passende openbaarheid zelfs niet betekent dat de gunning van een overeenkomst steeds moet worden bekendgemaakt. Zij verwijst hiertoe naar de richtlijnen inzake overheidsopdrachten, waarbij de overheid ook een beroep kan

doen op een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Bovendien zou het buitensporig zijn om van de overheid te eisen dat ze alle mogelijke inschrijvers contacteert.

Door het gebrek aan transparantie had volgens het Hof de betrokken onderneming niet de mogelijkheid om haar interesse te betonen. Dit vormt, behoudens objectieve rechtvaardiging, een ongelijke behandeling. Toch specificeerde het Hof dat de eisen inzake transparantie niet moeten worden nagegaan als in een concrete zaak redelijkerwijze kan worden aangenomen dat wegens bijzondere omstandigheden, zoals de zeer geringe economische betekenis van de betrokken concessie, een onderneming in een andere lidstaat niet geïnteresseerd is in de concessie, en dat de weerslag op de betrokken fundamentele vrijheden dus als toevallig en te indirect moet worden beschouwd om te kunnen concluderen tot een schending van de fundamentele vrijheden. Dit arrest oordeelt dat in bepaalde omstandigheden een aankondiging niet noodzakelijk is (zeer geringe economische betekenis van de opdracht, toevallige en indirecte invloed).

38. Tot op heden heeft het Hof echter nog geen rechtstreekse uitspraken gedaan over de noodzaak van een aankondiging en dus ook niet over de mate van aankondiging. In de meest recente conclusies van de respectieve advocaten-generaal over dit aspect wordt voortgebouwd op de overwegingen van het arrest-Coname.⁸⁰

In voornoemde conclusies vertrekken de advocaten-generaal van het beginsel dat de overheid aan alle mogelijke geïnteresseerde ondernemers alle relevante informatie moet bezorgen opdat deze een keuze kunnen maken m.b.t. de deelname aan de gunning.

b) Mate van aankondiging

(i) Wijze van aankondiging

39. Qua aankondiging is er een verschil tussen enerzijds de bekendmaking van een opdracht en anderzijds de contactname met de ondernemingen.

Bij gebrek aan specifieke regels zal de overheid zich moeten laten leiden door het evenredigheidsbeginsel in de keuze van de middelen om de gunning van een bepaald contract aan te kondigen. Het Hof van Justitie hanteert het evenredigheidsbeginsel om de rechtmatigheid van een bevoegdheidsuitoefening door de

⁷⁶ Overweging 90: het transparantiebeginsel maakt bovendien veeleer een leidinggevend principe uit voor het geheel van de aanbestedingsprocedure voor contracten. Het omvat eveneens bv. het kunnen opsporen van de beslissingen van de aanbestedende overheid en in het algemeen een objectieve houding gedurende de aanbestedingsprocedure.

⁷⁷ Overweging 92: past het om zich te baseren op het doel van het transparantiebeginsel waarvan de interpretatie is gevraagd? Zoals de richtlijnen dient ook de transparantie ervoor te zorgen dat binnen het toepassingsgebied van het primair recht de niet-vervalste mededinging en de opening van de nationale markten is verzekerd.

⁷⁸ FENNELY, conclusie voor H.v.J., Telaustria Verlag, punt 43.

⁷⁹ H.v.J., Coname, C-231/03, 21 juli 2005, overwegingen 19-21.

⁸⁰ C. STIX-HACKL, conclusie voor C-507/03, 14 september 2006, punten 69 e.v.; C. STIX-HACKL, conclusie voor C-532/03, 14 september 2006, punten 55 e.v.; DAMASO RUIZ-JARABO COLOMAR, conclusie voor C-412/04, 8 november 2006, punten 58 e.v.; SHARPSTON, conclusie voor C-195/04, 18 januari 2007, punten 79 e.v.



overheid te toetsen, namelijk of zij geen beschermenswaardige doelstellingen schaaft.⁸¹ Bij gebrek aan concrete regels bepaalt elke overheid in redelijkheid de mate van aankondiging, waarbij enkel in geval van onredelijkheid de overheid sancties oploopt. In het raam van het economische doel van de Europese Unie zal het Hof waarschijnlijk nagaan in welke mate een bekendmaking noodzakelijk is om het vrij verkeer en de non-discriminatie te garanderen.

Verschillende auteurs bepleiten een bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschap.⁸² De Commissie verkondigt in haar interpretatieve mededeling inzake concessies van een openbare dienst nog een vrijere manier van aankondiging, waarbij rekening wordt gehouden met de specificiteit van elke sector.⁸³ In haar mededeling betreffende de toepasselijke regels op overheidsopdrachten niet onderworpen aan de regels van de richtlijnen meent de Europese Commissie, op grond van voornoemde rechtspraak van het Hof van Justitie, dat een contactname in geen enkele hypothese afdoende zou zijn.⁸⁴ De Commissie eist de bekendmaking van een voldoende toegankelijke aankondiging. Zij somt dan volgende publicatievormen op: internet, staatsbladen, lokale media, Publicatieblad.

In tegenstelling tot de opinie van de Commissie lijkt, naar gelang van de aard van de overeenkomst, een contactname wel degelijk te volstaan als afdoende openbaarmaking. Deze mogelijkheid vindt men immers ook terug in de richtlijnen overheidsopdrachten. In bepaalde omstandigheden kan een onderhandelingsprocedure zonder enige bekendmaking gevoerd worden. In dat geval moet de overheid wel verschillende aannemers contacteren.

(ii) Vermeldingen

40. Essentieel is dat de mogelijk geïnteresseerde ondernemingen weten hoe en waar ze hun interesse moeten betonen, wat het voorwerp van het contract is en of een specifieke gunningsprocedure van toepassing zal zijn.

Als uitgangspunt van een afdoende transparantie is een arrest van 14 oktober 2004 relevant.⁸⁵ In deze zaak

oordeelde het Hof van Justitie dat op grond van het arrest-Telaustria de transparantieplicht vereist dat de overheid het voorwerp van elke opdracht en de gunningscriteria duidelijk omschrijft. Een dergelijke plicht acht het Hof noodzakelijk, omdat voorwerp en gunningscriteria doorslaggevende factoren zijn om te bepalen welke procedure van toepassing is en om te beoordelen of de overheid de voorschriften van deze procedure naleeft. De overheid maakt niet alleen de doorslaggevende elementen van de gunningsprocedure openbaar, zij moet ze ook duidelijk omschrijven. De Commissie heeft het in haar eerder reeds vermelde Interpretatieve mededeling van 23 juni 2006 over «een korte beschrijving van de essentiële gegevens van de opdracht en de gunningsprocedure».

c) Andere verplichtingen

41. Hebben de concrete verplichtingen inzake transparantie neergelegd in de richtlijnen overheidsopdrachten een algemene draagwijdte, zodat zij van toepassing zijn op alle overheidscontracten (i)? Welke concrete regels zijn er in elk geval nog te detecteren, onafhankelijk van de richtlijnen overheidsopdrachten (ii)?

(i) Leverage principle

42. In de Engelse literatuur spreekt men over «*the leverage principle*»,⁸⁶ wanneer regels uit een specifieke reglementering worden gezien als de uitdrukking van meer algemene principes, ook toepasselijk in andere omstandigheden. Dit beginsel betekent *in casu* dat het afgeleide Europees recht (de richtlijnen overheidsopdrachten) het primaire recht (E.G.-Verdrag) beïnvloedt en laat evolueren.

De Europese richtlijnen zijn in beginsel een verdere concretisering van de doelstellingen, neergelegd in het E.G.-Verdrag. Bovendien handelen de Europese instellingen steeds binnen de grenzen van de hun door het Verdrag verleende bevoegdheden en toegewezen doelstellingen (art. 5, eerste lid, E.G.-Verdrag). Wanneer richtlijnen bijgevolg concrete regels bevatten, vinden zij steun in het primair verdragsrecht. In overweging 2 van de richtlijn 2004/18/EG staat vermeld dat een overheid bij het plaatsen van overheidsopdrachten de beginselen van het Verdrag moet naleven. De regels neergelegd in de richtlijn beogen een

⁸¹ Zie K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 109.

⁸² S. ARROWSMITH, *o.c.*, 193; Ph. COSSALTER, *Les délégations d'activité publique dans l'Union Européenne*, II, Doctoraatsproefschrift, Paris 2, 2005, 909.

⁸³ Interpretatieve mededeling van de Commissie betreffende concessies, *Pb.*, C213, 29 april 2000, 2-13.

⁸⁴ Interpretatieve mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, 2006/C179/02, *Pb.*, 1 augustus 2006.

⁸⁵ H.v.J., C-340/02, Commissie t/ Franse Republiek, 14 oktober 2004, overwegingen 34-36.

⁸⁶ S. TREUMER en E. WERLAUFF, «The leverage principle: secondary community law as lever for the development of primary community law», *E.L.Rev.* 2003, 124-133.

optimale verwezenlijking van die doelstellingen. Houdt dit echter in dat deze gedetailleerde regeling op grond van het *leverage principle* transposeerbaar is op alle overheidsovereenkomsten? Het antwoord hierop lijkt negatief te zijn.⁸⁷

43. In de eerste plaats komt het aan de wetgever of regelgever toe om een concrete regelgeving uit te vaardigen. Deze bevoegdheid werd expliciet uitgeoefend in het raam van de gunning van bepaalde overheidsopdrachten, en de concrete regelgeving dient zich hiertoe dan ook te beperken.

De lidstaten voelden de noodzaak, gezien het belang van overheidsopdrachten voor de verschillende nationale economieën, om deze regelgeving te onderwerpen aan het marktdenken en concreet te reglementeren. Daar overheidsbeleid en marktdenken niet altijd verenigbaar zijn, dient het overheidsoptreden, buiten de gunning van overheidsopdrachten, zoveel mogelijk gevrijwaard te worden van de marktgerichte regels neergelegd in de Europese richtlijnen. Bovendien, indien de Europese beginselen afdoende waren om een complete regeling uit af te leiden, was zelfs geen geschreven regelgeving nodig geweest. Opdat een concrete procedureregeling van toepassing zou worden op andere overheidsovereenkomsten dan de overheidsopdrachten, is een tussenkomst van de Europese Commissie noodzakelijk.

De regels inzake overheidsopdrachten zijn bijgevolg niet automatisch van toepassing op andere overheidsovereenkomsten.

(ii) Andere concrete regels

44. In het raam van de realisatie van een interne markt, maar ook teneinde de overheid te verzekeren dat zij de laagste of voordeligste regelmatige offerte krijgt, lijken een aantal algemene, bijkomende transparantieregels noodzakelijk.

Advocaat-generaal Stix-Hackl stelt in haar conclusie bij het arrest-Coname concreet de vraag welke regels voortvloeien uit de transparantieplicht. Volgens haar houdt de transparantieplicht meer in dan de openbaarmaking van een gunningsprocedure. Het is eerder een leidend beginsel van toepassing op de volledige gunningsprocedure. Uit de transparantieplicht vastgelegd in het Telaustria-arrest leidt het Hof van Justitie

bovendien af dat de gunningsprocedure *in alle fasen* in overeenstemming dient te zijn met deze plicht. Aldus moet de beslissing van de aanbestedende overheid kunnen worden achterhaald en de houding van deze overheid moet objectief blijven gedurende de hele procedure.

Teneinde de deelnemers aan een gunningsprocedure te waarborgen dat zij gelijk worden behandeld, verwacht men van de overheid dat zij de gunningsprocedure zo transparant mogelijk voert. Zo zal zij bijvoorbeeld bij de contactname van een deelnemer best de andere deelnemers hiervan op de hoogte brengen. Aldus kunnen deze laatsten nagaan of zij niet ongelijk zijn behandeld. Ook bij het nemen van de gunningsbeslissing dient het optreden van de overheid zo transparant mogelijk te zijn. Zo deelt de overheid aan de deelnemers best de motieven mee die hebben geleid tot de gunningsbeslissing.

Het Hof van Justitie heeft echter nog niet veel de kans gehad deze aspecten verder te expliciteren.

B. Richtlijnen overheidsopdrachten

1° Bekendmaking

45. Reeds in het arrest-Beentjes maakte het Hof van Justitie duidelijk, zonder uitdrukkelijk te spreken van een transparantieplicht, wat onder voldoende bekendmaking moet worden verstaan, namelijk een passende bekendheid geven aan de voor elke aanbesteding geldende voorwaarden en criteria.⁸⁸ In een aantal arresten heeft het Hof dit vereiste verder geconcretiseerd.

In het arrest-Van Hool vertrok het Hof van Justitie van het uitgangspunt dat de vroegere richtlijnen bepalingen bevatten die de aanbestedende overheden verplichten om «in het bestek of in de oproeping tot mededeling, alle gunningscriteria te vermelden die zij voornemens zijn te hanteren, zo mogelijk in afnemende volgorde van het belang dat eraan gehecht wordt». Hieruit heeft het Hof afgeleid dat deze bepalingen tot doel hebben potentiële inschrijvers in kennis te stellen van de elementen die de overheid in aanmerking neemt ter bepaling van de economisch voordeligste offerte.⁸⁹ Deze bepalingen zijn een waarborg voor het naleven van de transparantieplicht. De aan deze bepaling ten grondslag liggende transparantieplicht verplicht de overheid alleen varianten als gunningscriteria in aanmerking te nemen voor zover ze in het bestek of in de oproeping tot mede-

⁸⁷ Zie ook: E. PIJNACKER HORDIJK en M. MEULENBELT, «A bridge too far: why the European Commission attends to construct an obligation to tender outside the scope of the public procurement directives should be dismissed», *P.P.L.R.* 2005, 123 e.v.; P. BRAUN, «A matter of principle – The treatment of contracts falling outside the scope of the European public procurement directives», *P.P.L.R.* 2006, 39-48.

⁸⁸ H.v.J., C-31/87, Beentjes, 20 oktober 1988.

⁸⁹ H.v.J., C-87/94, Van Hool, 25 april 1996.



dinging zijn vermeld. Uit de transparantieplicht, als noodzaak voor een gelijke behandeling van de inschrijvers, vloeit voort dat de gunningscriteria in het bestek of in de aankondiging van de opdracht zodanig moeten zijn geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren.⁹⁰ De overheid dient zowel de criteria inzake gunning als inzake selectie bekend te maken, waarbij de overheid, wanneer zij bij de gunning een bepaalde rangorde hanteert, deze ook op voorhand moet bekendmaken.⁹¹

In het arrest-Traunfellner oordeelde het Hof dat een verwijzing naar een nationale bepaling niet volstaat als minimumvereiste waaraan een variatie moet voldoen.⁹² Ten slotte zij ook verwezen naar een arrest van 24 november 2005 waarin het Hof van Justitie oordeelt dat het relatieve belang van subcriteria indien mogelijk bij de potentiële inschrijvers bekend moet zijn.⁹³ Meermaals vermeldt een bestek niet enkel gunningscriteria, maar maakt het binnen deze hoofdcriteria ook nog een onderverdeling (subcriteria). In deze zaak had de overheid na de aankondiging van de opdracht aan de verschillende subcriteria een weging (puntenquotering) toegekend. Het Hof oordeelde dat dit enkel mogelijk is als dit geen wijziging brengt aan de in het bestek vastgelegde criteria, dit geen invloed heeft op de voorbereiding van de offertes en dit niet discriminerend werkt jegens één van de inschrijvers.

2° Andere verplichtingen

46. In het arrest-Universale Bau formuleert het Hof voor de eerste maal een meer algemene regel voortvloeiende uit de transparantieplicht, waaraan een aantal eerdere en latere expliciteringen van deze plicht in de arresten van het Hof van Justitie kunnen worden gekoppeld. De op een aanbestedende overheid rustende plicht tot transparantie houdt in dat de gunningsprocedure in alle fasen in overeenstemming dient te zijn met deze plicht, opdat allen bij het formuleren van hun aanvraag tot deelname of hun aanbieding dezelfde kansen hebben.⁹⁴ Vanaf de aankondiging van de opdracht tot het nemen van de gunningsbeslissing moet de overheid op een transparante wijze de gunningsprocedure voeren. De transparantie moet zodanig zijn dat de gunningsprocedures op onpartijdigheid

kunnen worden getoetst.⁹⁵ Een objectieve en transparante beoordeling van de verschillende aanbiedingen is vereist.

Het Hof van Justitie heeft dit verder geconcretiseerd:

– Een aanbestedende overheid kan één van de gegadigden na de indiening van de offertes niet de mogelijkheid bieden om de offerte aan te passen of minstens kan de overheid geen rekening houden met een wijziging in de oorspronkelijke offerte.⁹⁶

– De verplichting tot transparantie houdt in dat de aanbestedende overheid de gunningscriteria gedurende de volledige procedure op dezelfde wijze uitlegt en dat deze gunningscriteria bij de beoordeling van de aanbidding op objectieve en uniforme wijze worden toegepast.⁹⁷

– Vereist is eveneens dat een aanbestedende overheid op grond van de door de inschrijvers verstrekte inlichtingen en bewijsstukken daadwerkelijk kan nagaan of de aanbidding van deze laatste voldoet aan de gunningscriteria.⁹⁸ De overheid moet bereid zijn en moet de juistheid kunnen nagaan van de door de inschrijvers verstrekte inlichtingen. Een gunningscriterium moet met dergelijke vereisten omringd zijn dat het de overheid mogelijk maakt de juistheid van de door de inschrijvers verstrekte informatie na te gaan.

VII. Uitzonderingen

47. Een verplichte oproeping tot mededinging zou conform enkele conclusies van advocaten-generaal niet gelden in een aantal uitzonderingsgevallen. Een volledige lijst met beperkingen vinden we terug in een conclusie van advocaat-generaal Stix-Hackl in de zaak Commissie t/ Ierland.⁹⁹ Het Hof van Justitie heeft sommige van deze uitzonderingen in vrij recente arresten uitgewerkt.

A. Grensoverschrijdend belang

48. De transparantieplicht geldt niet wanneer de overeenkomst een zeer geringe betekenis heeft, zodat een onderneming in een andere lidstaat niet geïnteresseerd kan zijn en de betrokken weerslag op de fundamentele vrijheden te toevallig en te indirect is (zie arrest-Coname).

⁹⁰ H.v.J., C-19/00, SIAC, 19 oktober 2001, overweging 42; H.v.J., C-448/01, EVN AG, 4 december 2003, overweging 57.

⁹¹ H.v.J., C-470/99, Universale Bau, 12 december 2002.

⁹² H.v.J., C-421/01, Traunfellner, 16 oktober 2003.

⁹³ H.v.J., C-331/04, ATI EAC, 24 november 2005.

⁹⁴ H.v.J., C-470/99, Universale Bau, 12 december 2002, overweging 93.

⁹⁵ H.v.J., C-448/01, EVN AG, 4 december 2003, overweging 49; zie ook: H.v.J., C-532/06, Lianakis e.a., 24 januari 2008.

⁹⁶ H.v.J., C-87/94, Van Hool, 25 april 1996, overweging 56.

⁹⁷ H.v.J., C-19/99, SIAC, 18 oktober 2001, overwegingen 43-44.

⁹⁸ H.v.J., C-448/01, 4 december 2003, EVN AG, overweging 50.

⁹⁹ C-532/03, 14 september 2006, overwegingen 87 e.v.

Intussen heeft het Hof in één van de arresten inzake Commissie t/ Ierland volgend onderscheid gemaakt. Wanneer een overeenkomst duidelijk een grensoverschrijdend belang vertoont, gelden de uit de artikelen 43 en 49 EGV voortvloeiende beginselen.¹⁰⁰ Het Hof bouwt voort op de overwegingen van het Coname-arrest. Indien een onderneming in een andere lidstaat mogelijkwerwijze geïnteresseerd is in de opdracht, is enige transparantie noodzakelijk en andersom niet.

Dit arrest heeft aldus een algemeen criterium geformuleerd op grond waarvan in de toekomst overheden en rechtbanken zullen moeten uitmaken of bij de gunning van een overheidsovereenkomst de transparantieplicht moet worden nageleefd.¹⁰¹ Het Hof heeft echter niet gepreciseerd wat naar zijn oordeel juist van grensoverschrijdend belang is. Toekomstige arresten zullen eventueel bij een concrete toepassing van dit criterium meer duidelijkheid brengen over de invulling. Het onderscheidingscriterium kan in elk geval niet zijn de drempelbedragen gehanteerd in de richtlijnen overheidsopdrachten. Immers, het voormelde arrest Commissie t/Ierland ging juist over een opdracht onder de drempelbedragen, waarvan het Hof oordeelde dat principieel een transparantieplicht geldt. In geval van een klacht van de Commissie is het aan deze laatste om aan te tonen dat een overeenkomst een grensoverschrijdend belang heeft.¹⁰²

Deze rechtspraak houdt een flinke nuancering in betreffende de algemene plicht tot transparantie. Bij gebrek aan bewijs door de Commissie wordt de opdracht geacht zonder grensoverschrijdend belang te zijn en dus moet in dat geval de transparantieplicht niet worden nageleefd.

B. Algemeen belang

49. Een aantal redenen van algemeen belang rechtvaardigen dat een overheid de beginselen inzake de fundamentele vrijheden niet naleeft. De artikelen 30, 39.3, 45, 46 en 55 van het E.G.-Verdrag bevatten een aantal gevallen waarin de overheid de werking van de fundamentele vrijheden kan uitsluiten.

In een zaak Commissie t/ Italië diende het Hof van Justitie opnieuw uitspraak te doen over de gunning van een concessieovereenkomst van openbare diensten en verwees naar voornoemde bepalingen.¹⁰³ Een Ita-

liaanse overheid had zonder bekendmaking en mededinging het beheer van spelen en weddenschappen op paardenrennen overgedragen aan een derde.

C. Art. 86.2 van het E.G.-Verdrag

50. Ingeval de mededingingsregels de vervulling door een onderneming van het beheer van diensten van algemeen economisch belang of van diensten die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, in feite of in rechte verhinderen, zijn deze regels niet van toepassing (art. 86.2 E.G.-Verdrag).

Uitgangspunt van deze bepaling is dat de mededingingsregels van toepassing zijn op de omschreven (private en publieke) ondernemingen en dat enkel in bepaalde gevallen deze regels buiten toepassing kunnen worden gelaten. Aangezien art. 86.2 E.G.-Verdrag een uitzondering bevat op de principiële toepasselijkheid van de mededingingsregels, moet het begrip «algemeen economisch belang» strikt worden geïnterpreteerd.¹⁰⁴ Twee voorwaarden moeten vervuld zijn om aan dit begrip te voldoen¹⁰⁵:

- De betrokken onderneming moet bewijzen dat zij met de opdracht werd belast krachtens een overheidsbesluit, een «soeverein besluit van de overheid».¹⁰⁶

- De onderneming moet een algemeen economisch belang dienen dat haar onderscheidt van andere economische activiteiten.¹⁰⁷ Het gaat ook om activiteiten, die niet door elke onderneming kunnen worden uitgeoefend.¹⁰⁸ Ook zal de ter zake bevoegde rechtbank nagaan of de afwijking niet de ontwikkeling van het verkeer in die mate in het gedrang brengt dat zij strijdig is met het belang van de Gemeenschap.¹⁰⁹

51. Ook deze uitzondering heeft het Hof in een vrij recent arrest bevestigd.¹¹⁰ Na een procedure van gunning via onderhandelingen, die zonder openbare aanbesteding is gevoerd, hebben het Ministerio en Correos, overheden in Spanje, op 6 juni 2002 een samenwerkingsovereenkomst voor de verrichting van post- en telegrafiediensten gesloten. De vraag rees

¹⁰⁰ H.v.J., C-507/03, Commissie t/ Ierland, 13 november 2007, overweging 29.

¹⁰¹ Zie recenter ook: H.v.J., C-412/04, Commissie t/ Italiaanse republiek, 21 februari 2008, overweging 66.

¹⁰² H.v.J., C-507/03, Commissie t/ Ierland, 13 november 2007, overweging 32.

¹⁰³ H.v.J., C-260/04, Commissie t/ Italië, 13 september 2007.

¹⁰⁴ H.v.J., 127/73, BRT t/ Sabam II, 27 maart 1974.

¹⁰⁵ Zie: A.-M. VAN DEN BOSSCHE, «Artikel 90 EG», in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, losbl., 25 e.v.

¹⁰⁶ H.v.J., 127/73, BRT t/ Sabam II, 27 maart 1974.

¹⁰⁷ H.v.J., C-179/90, Merci, 10 december 1991.

¹⁰⁸ H.v.J., C-18/88, RTT t/ GB-Inno, 13 december 1991.

¹⁰⁹ H.v.J., C-393/92, Gemeente Almelo, 27 april 1994.

¹¹⁰ H.v.J., C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, 18 december 2007.



onder meer of op het sluiten van een dergelijke overeenkomst de transparantieplicht niet van toepassing is.

Het Hof bevestigt nogmaals dat overeenkomsten, aangegaan door overheden en die uitgesloten zijn van het toepassingsgebied van de richtlijnen overheidsopdrachten, toch onderworpen zijn aan de fundamentele beginselen van het E.G.-Verdrag. Het beginsel van gelijke behandeling is van toepassing, en dit beginsel houdt een transparantieplichting in. Het volstrekt ontbreken van een oproeping is in strijd met dit beginsel en de eraan gekoppelde transparantieplichting.

Uit de gezamenlijke bepalingen van het eerste en het tweede lid van art. 86 EG besluit het Hof echter dat het tweede lid van dit artikel kan worden ingeroepen om te rechtvaardigen dat een lidstaat met de verdragsbepalingen strijdige bijzondere of uitsluitende rechten toekent aan een onderneming belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, mits de vervulling van de aan die onderneming toevertrouwde bijzondere taak alleen door de verlening van dergelijke rechten kan worden verzekerd en voor zover de ontwikkeling van het handelsverkeer niet wordt beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap. In dat geval is geen transparantie noodzakelijk.

VIII. Besluit

52. In een democratische samenleving is de doorzichtigheid van het optreden van de overheid een waarborg voor de rechtsbescherming van de rechtssubjecten. In het raam van de Europese Unie is de rechtsbescherming erop gericht om de onderdanen van de Unie de fundamentele vrijheden te waarborgen neergelegd in het E.G.-Verdrag.

Wanneer de overheid een overeenkomst sluit met een particulier, moet zij in beginsel ook rekening houden met deze fundamentele vrijheden. Daaruit vloeit voort dat zij mogelijke gegadigden uit andere lidstaten gelijk moet behandelen. In de eerste plaats moeten deze gegadigden weten dat de overheid het sluiten van een overeenkomst plant. Ten tweede moet de overheid, eens dat de gegadigden hun interesse hebben betoond, de gunningsprocedure op een transparante wijze voeren.

53. Tot hier hebben wij geen bezwaren bij de redenering van het Hof van Justitie. De verplichtingen

vermeld in het E.G.-Verdrag mogen echter niet zodanig door het Hof worden gepreciseerd dat een overheid te zware gunningsprocedures moet hanteren. Uiteindelijk sluiten deze overheden overeenkomsten om het algemeen belang te dienen.

In dat opzicht moet een onderscheid worden gemaakt tussen de verplichtingen die voortvloeien uit het E.G.-Verdrag, en dus buiten de overheidsopdrachten gelden voor alle overheidsovereenkomsten, en de verplichtingen voortvloeiend uit de richtlijnen van toepassing inzake overheidsopdrachten. In dit laatste geval hebben de lidstaten vrijwillig hun bevoegdheid overgedragen aan de Europese Unie, waardoor het aanvaardbaar is dat het Hof van Justitie soms zeer precieze richtlijnen haalt uit het transparantiebeginsel. In de andere gevallen moet het Hof van Justitie echter terughoudend blijven en het zoveel mogelijk aan de lidstaten overlaten om de transparantieplicht in te vullen.

54. De rechtspraak van het Hof van Justitie over de transparantieplicht werd fel in vraag gesteld door bepaalde rechtsleer.¹¹¹ Brown heeft deze kritieken als volgt onderverdeeld:

- Door een specifieke reglementering inzake overheidsopdrachten aan te nemen zouden de Europese instellingen duidelijk hebben gemaakt dat de transparantieregels enkel hiervoor gelden.
- De transparantieplicht brengt voor de overheden een bijkomende administratieve en financiële last mee.
- Uit de rechtspraak van het Hof valt niet duidelijk af te leiden hoever de transparantieplicht reikt.

We kunnen niet akkoord gaan met de auteurs die de transparantieplicht in haar geheel in vraag stellen. Dat het vereiste van een passende openbaarheid eerder vaag is, kan niet worden betwist. Dit mag echter geen reden zijn om deze rechtspraak in vraag te stellen. Elk beginsel is vaag en moet worden geconcretiseerd geval per geval, welke taak in het raam van het subsidiariteitsbeginsel toekomt aan de verschillende lidstaten.

Als men de transparantieplicht in vraag stelt, raakt dit ook onrechtstreeks het beginsel van de gelijke behandeling. Niemand kan ontkennen dat dit laatste beginsel fundamenteel is, niet alleen in de Communautaire rechtsorde, maar binnen elke rechtsorde. De naleving van dit beginsel brengt een aantal verplichtingen voor de overheid mee. Het lijkt niet onredelijk de transparantie als één van deze verplichtingen te beschouwen.

¹¹¹ P. BRAUN, *o.c.*, *P.P.L.R.* 2006, 46-47; E.H. PIJNACKER HORDIJK en M. MEULENBELT, *o.c.*, *P.P.L.R.* 2005, 127-130; S. ARROWSMITH, *o.c.*, 196-197; A. BROWN, «Seeing through Transparency: the requirement to advertise public contracts and concessions under the EC Treaty», *P.P.L.R.* 2007, 16-21.