

Huren van vastgoed door de overheid aanbestedingsplichtig? – Het Hof van Justitie verduidelijkt



Mr. Jens Debievre
Partner



Mr. Felix Feyt
Associate

jens.debievre@lydian.be felix.feyt@lydian.be

In een zeer recent arrest (22 april 2021, C-537/19) heeft het Hof van Justitie zich (nogmaals) uitgesproken over de contouren waarbinnen het aangaan van een huurovereenkomst voor een nog op te richten gebouw door een aanbestedingsplichtig bestuur kan kwalificeren als een overheidsopdracht (voor werken). In zijn arrest nuanceert het Hof zijn eerdere rechtspraak ter zake, op een manier die bijzonder relevant is voor de Belgische aanbestedings- en huurpraktijk.

1. De huur van bestaande gebouwen e.a. onroerende goederen door een aanbestedende dienst, ongeacht de financiële voorwaarden ervan, valt buiten het toepassingsgebied van de (Europese) regelgeving inzake overheidsopdrachten. Moeilijker ligt het bij de huur van nog op te richten gebouwen e.a. bouwwerken. Dergelijke contracten gaan vaak gepaard met een marktbevraging (een zoektocht naar geschikte projecten) en geven de aanbestedende dienst een ruimere mogelijkheid tot inspraak in de wijze waarop het gebouw wordt op- en ingericht.

Dergelijke huurcontracten “op plan” zijn in het verleden door de (Belgische en Europese) rechter reeds geherkwalificeerd als overheidsopdracht voor werken. De redenering hierachter is dat het werkelijke doel van het contract het bestellen van een aan de noden van het bestuur aangepast bouwwerk is, eerder dan de huur van een door de verhuurder naar eigen inzicht op- en ingericht gebouw. Er wordt dus een functionele invulling gegeven aan het contract, los van de kwalificatie eraan gegeven door de partijen.

Zulks is risicovol voor verhuurder en huurder, aangezien misnoegde concurrenten (succesvol) kunnen aanvoeren dat de huurovereenkomst met miskennis van het overheidsopdrachtenrecht tot stand is gekomen en derhalve nietig moet worden verklaard. Dit kan verstrekken economische gevolgen hebben voor beide partijen.

2. Het hier besproken arrest volgt op eerdere baanbrekende arresten van het Hof, inzonderheid het arrest Müller (C-451/08, 25 maart 2010) en het arrest Impresa Pizzarotti (C-213/13, 10 juli

2014). In dit laatste arrest oordeelde het Hof m.b.t. een huurovereenkomst “op plan” dat deze kwalificeerde als overheidsopdracht voor werken omdat het te realiseren bouwwerk moest voldoen aan de eisen van de betrokken aanbestedende dienst, die, zo stelde het Hof “maatregelen had genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan uit te oefenen”. Anders gezegd, het voorwerp van het contract was in hoofdorde de verwezenlijking van het bouwwerk, dat als noodzakelijke voorwaarde gold voor de latere verhuring ervan aan de aanbestedende dienst. Dit vloeide voort uit de “nauwkeurig omschreven eisen van de aanbestedende dienst” m.b.t. het bouwwerk. Het eerdere arrest Müller, voortbouwend op het arrest Jean Auroux (C-220/05, 18 januari 2007), had reeds het belang dat de aanbestedende dienst heeft bij de verwezenlijking van de bouwwerken als toetssteen aangereikt (waarbij het niet noodzakelijk is dat hij zelf als huurder wil optreden, bv. contracten gesloten door de Regie der Gebouwen of het Facilitair Bedrijf voor andere besturen).

Deze rechtspraak van het Hof kreeg navolging in de rechtspraak van de Raad van State (zie o.m. RvS 30 november 2017, nrs. 240.043 en 240.044 en RvS 23 oktober 2018, nr. 242.755).

3. Interessant aan het hier besproken arrest is dat het geen prejudicieel antwoord betreft (d.w.z. op een vraag van een nationale rechter over de richtlijnconforme interpretatie van het eigen, nationale recht) maar wel een uitspraak in een zgn. inbreukprocedure, waarbij de Europese Commissie een lidstaat, hier Oostenrijk, vervolgt wegens schending van het Europees (overheidsopdrachten)recht.

De Commissie was van mening dat de aanbestedende dienst, een woningcorporatie, met het sluiten van een langlopende huurovereenkomst van een nog te realiseren gebouw de gunning van een overheidsopdracht voor werken beoogde. De Commissie weerhield de volgende bepalende kenmerken:

- De woningcorporatie had een invloed op de planning van de werken die verder ging dan de gebruikelijke eisen van een huurder inzake datum van beschikbaarheid,
- Er lag op moment van contractsluiting nog geen bouwvergunning voor (zodat de woningcorporatie deelde in het projectrisico en als dusdanig een economisch belang had),
- De woningcorporatie vele nauwkeurige specificaties had opgelegd, die verder gingen dan de gebruikelijke eisen van een huurder inzake de instaatstelling van het te huren goed,
- De woningcorporatie begeleidend toezicht hield op de werken,
- De huurovereenkomst voor minstens 25 jaar werd aangegaan (dus het grootste deel van de economische levensduur van het gebouw bestreek), en
- Het gebouw uitsluitend gebruikt zou worden door de woningcorporatie.

Het belangrijkste tegenargument van de betrokken woningcorporatie was dat de huurovereenkomst een standaard kantoorgebouw betrof, waarbij er hoofdzakelijk onderhandeld werd over de huur- en exploitatiekosten en de onderverdeling van de ruimtes, de bezetting van de kantoren en de basisuitrusting. De corporatie wees erop dat zulks gebruikelijke punten van onderhandeling zijn bij dergelijke huurovereenkomsten, lees: dat er volledig marktconform was

gehandeld.

4. In zijn uitspraak toont het Hof zich pragmatisch.

- Wat de beslissende invloed op het ontwerp en de verwezenlijking van het gebouw betreft, meent het Hof dat er sprake moet zijn van een daadwerkelijke invloed op het architecturale ontwerp of op de concrete planning van het bouwwerk. Hier stelde het Hof vast dat op het moment van de onderhandelingen over de huurovereenkomst de planning van de bouwwerken reeds bestond en dat de woningcorporatie op deze planning noch op het ontwerp invloed had gehad. Inspraak over de binneninrichting kan enkel worden gezien als een beslissende invloed op het ontwerp als deze inrichtingswerken zich onderscheiden door hun specificiteit (bv. labo) of omvang. De mogelijkheid van de huurder om de planning van het project a.d.h.v. zijn eisen te beïnvloeden is eveneens onvoldoende, indien geen gebruik is gemaakt van deze mogelijkheid.
- M.b.t. de verwezenlijking van het gebouw in overeenstemming met nauwkeurig omschreven eisen vanwege de aanbestedende dienst, stelt het Hof vast dat de woningcorporatie vele, gedetailleerde wensen had geformuleerd, maar dat de hamvraag blijft of deze eisen verder gaan dan wat van een huurder kan worden verwacht. Dat de woningcorporatie verschillende normen had opgelegd, o.m. m.b.t. de energieprestaties van het gebouw, acht het Hof normaal voor een huurder, nu deze gericht zijn op de duurzaamheid van het gehuurde goed.
- Dat de huurovereenkomst werd aangegaan voor lange duur, zonder opzegmogelijkheid, vindt het Hof niet ongebruikelijk, zeker nu dit hier een gunstige invloed had op de huurprijs.
- Het begeleidend toezicht middels een gespecialiseerde firma, aangesteld door de corporatie, plaatst het Hof binnen de toegelaten maatregelen van een huurder om zich te verzekeren van de tijdige beschikbaarheid van het gehuurde pand. Dit laat volgens het Hof ook toe om pro-actief lopende huurcontracten (tijdelijk) te verlengen i.g.v. vertraging.
- Het ontbreken van de bouwvergunning wekt evenmin bezorgdheid. Het Hof meent dat binnen de bestaande marktpraktijk een qua ontwerp volledig afgerond project niet noodzakelijk is om verbintenissen aan te gaan als huurder. De afwezigheid van een vergunning is niet automatisch het bewijs van een beslissende invloed van de huurder op het ontwerp. Dit moet concreet worden aangetoond.

5. De Belgische rechter zal rekening moeten houden met de door het Hof geboden “versoepelingen” t.a.v. huur op plan van (kantoor)gebouwen. Het Hof is immers de aangewezen interpretator van de Europese overheidsopdrachtenrichtlijnen. Het risico op herkwalificatie tot overheidsopdracht voor werken is o.i. met dit arrest wat verminderd, nu het Hof redelijk wat inspraak van die huurder ziet als marktconform.

6. Echter, dit arrest doet niet besluiten dat wanneer een overheidsdienst op zoek gaat naar een geschikt bouwproject om te huren, zij vrijgesteld is van elke vorm van marktraadpleging of in concurrentiestelling. In een recent arrest (22 januari 2021, C.19.0303.N) bevestigde het Hof van Cassatie dat het gelijkheids- en transparantiebeginsel, voortvloeiende uit de vrijheid van vestiging

en van diensten, zoals vervat in het Verdrag betreffende de werking van de EU, van openbare orde is. Hierdoor zijn overeenkomsten met een grensoverschrijdend belang, aangegaan door een overheid, die een exclusief economisch recht toekennen aan een marktpartij (maar geen overheidsopdracht zijn), onderworpen aan dat gelijkheids- en transparantiebeginsel.

Overeenkomsten gesloten in weerwil van dit beginsel, schenden een regel die de openbare orde raakt en zijn bijgevolg absoluut nietig. Eenieder kan deze nietigheid opwerpen. Eerder (28 oktober 2010) had het Hof van Cassatie geoordeeld dat een dergelijke plicht tot in concurrentiestelling niet louter kan worden afgeleid uit het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel van artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Echter, in zijn baanbrekend Interkabel arrest (C-221/12, 14 november 2013) had het Hof van Justitie erop gewezen dat voornoemd gelijkheids- en transparantieverplichting, ongeacht de aard van de handeling waarmee het exclusief economisch recht wordt toegekend (dus incl. alle types van overeenkomst), een zekere in concurrentie stelling vereist. Dit werd later bevestigd in de Belgische rechtspraak (RvS 23 december 2015, nr. 233.355) met bevestiging van de nietigheidssanctie wegens strijdigheid met de openbare orde (Hof van Beroep te Antwerpen, 25 februari 2019).

Concreet zal een overheidsdienst, telkens wanneer het gezochte huurcontract een waarde heeft die buitenlandse promotoren, ontwikkelaars, bouwfirma's e.d. kan interesseren, een passende openbaarheid moeten geven aan haar wens om te huren en concurrentie moeten organiseren rond de huurovereenkomst. Zo niet, dreigt zij te handelen in strijd met de openbare orde en stelt ze het aldus gesloten huurcontract bloot aan een nietigheidsvordering vanwege een misnoegde marktpartij. Maar ook de verhuurder doet er goed aan hierop te letten. Uit een recent arrest van het Hof van Justitie (14 mei 2020, C-263/19) zou kunnen afgeleid worden dat co-contractanten van de overheid, die willens en wetens meegaan in de miskennis van de concurrentieregels, mede aansprakelijk kunnen worden gesteld voor deze schending (en bv. mee tot schadevergoeding kunnen worden veroordeeld).