

Vraagstelling

Kunnen commerciële organisaties onder de regelgeving overheidsopdrachten vallen, indien de VIPA-verplichting (waardoor een organisatie die VIPA-subsidies ontvangt verplicht wordt om de principes van de regelgeving overheidsopdrachten te volgen) wegvalt, maar de organisatie vanuit andere bronnen (bv. het RIZIV) wordt gefinancierd?

Advies

Er zijn twee mogelijkheden waarbij een privéorganisatie de regelgeving omtrent overheidsopdrachten moet toepassen:

- A. De organisatie wordt gezien als een aanbestedende overheid, waardoor ze voor al haar aankopen de regelgeving omtrent overheidsopdrachten moet toepassen;
- B. De organisatie krijgt projectsubsidies waardoor ze, in bepaalde gevallen, voor dat specifieke project de regelgeving omtrent overheidsopdrachten moet toepassen.

Dit is een cascaderegeling. Enkel indien de voorwaarden onder A niet zijn voldaan, moet worden gekeken of aan de voorwaarden onder B is voldaan.

A. Rechtspersonen die als aanbestedende overheid worden aanzien omdat die cumulatief aan bepaalde voorwaarden voldoen (artikel 4, §2, 8°, Wet Overheidsopdrachten)¹

De wetgeving overheidsopdrachten is van toepassing op rechtspersonen die cumulatief aan bepaalde voorwaarden voldoen:

1° opgericht zijn met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn.

Het is dus niet de aard van de rechtspersoon maar zijn specifieke opdracht die van industriële of commerciële aard moet zijn om hem aan het toepassingsgebied van de Wet te onttrekken.

De vaststelling dat de rechtspersoon activiteiten uitoefent die van industriële of commerciële aard zijn, volstaat op zich niet om te besluiten dat de regelgeving niet van toepassing zou zijn (zo heeft bvb. een maatschappij die belast is met afvalverwijdering de opdracht om te voorzien in een behoefte van algemeen belang inzake milieubescherming; ze zal daarbij automatisch industriële of commerciële activiteiten ontwikkelen; toch valt ze onder de regelgeving).

Bemerk dat de wijze van oprichting (al dan niet onder een privaatrechtelijke vorm zoals een NV of een VZW) niet relevant is om het toepassingsgebied van de Wet af te lijnen.

Er zijn dus drie elementen in dit criterium:

- opgericht met het specifieke doel;
- om te voorzien in behoeften van algemeen belang;

¹ Vlaamse overheid. Bestuurszaken afdeling Overheidsopdrachten. *Initiatietekst regelgeving overheidsopdrachten*, achtste versie, p. 15-16.

- vereiste dat die behoeften van algemeen belang niet van industriële of commerciële aard zijn.
 - a) Oppericht met het specifieke doel

De vereiste dat de rechtspersoon werd opgericht met het specifieke doel werd verzacht door de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie. Ook indien een rechtspersoon niet is opgericht met dit doel, maar door de tijd wel activiteiten van algemeen belang is gaan uitoefenen, dan kan deze rechtspersoon onder dit criterium vallen. Tot voor kort werd ook aangenomen dat de rechtspersoon moest opgericht zijn door een overheid of overheidsinstelling. Het arrest 'Cambridge' van het Europese Hof van 3 oktober 2000 heeft zich echter op de letter van de Richtlijnen gesteund om ervan uit te gaan dat *ook uit zuiver privé-initiatief ontstane rechtspersonen* (zoals de universiteit van Cambridge) door deze bepalingen worden gevisieerd.

- b) om te voorzien in behoeften van algemeen belang

Ook dit criterium werd verzacht door de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie. Het Europese Hof van Justitie is momenteel snel geneigd om iets te kwalificeren als algemeen belang. De nota van het Agentschap Ondernemen merkt op dat slechts indien de overheid activiteiten organiseert die louter zijn gericht op het vergaren van inkomsten en dit doet op een wijze en in concurrentie met private initiatieven, de behoeften waarschijnlijk niet onder het algemeen belang kunnen worden gekwalificeerd.² Verder geeft deze nota ook voorbeelden uit de rechtspraak die erop wijzen dat het gaat om behoeften van algemeen belang:³

- er bestaat een verplichting voor de overheid om de activiteit te behartigen als derden dit niet doen;
- de uitgeoefende activiteit komt minstens onrechtstreeks een ruimere gemeenschap van personen ten goede en is niet uitsluitend gericht op behoeften van welbepaalde personen;
- de activiteit vormt een band met de openbare ordehandhaving.

"Het Hof van Justitie beperkt zich verder vaak tot het vaststellen dat een welbepaalde behoefte van algemeen belang is. Werden aldus als behoeften van algemeen belang aangemerkt: het aanmaken van officiële documenten zoals paspoorten, rijbewijzen of identiteitskaarten, het ophalen en verwerken van huishoudelijk afval, het beheer van de nationale bossen en de opbouw van de bosrijverheid, het beheer van een universiteit of openbare telecommunicatienetwerken, sociale woningbouw, activiteiten die verband houden met de organisatie van jaarbeurzen, tentoonstellingen en soortgelijke projecten, de lijkbezorging, het ontwikkelen van onroerende goederen in opdracht van een stad m.o.o. terbeschikkingstelling aan technologie-ondernemingen, de bouw, het beheer en de verkoop van het penitentiaire patrimonium van de overheid en het verwarmen van een stedelijke agglomeratie door middel van een milieuvriendelijk procédé."⁴

² Candaele, Bart, Agentschap Ondernemen, *Toepassing overheidsopdrachten bij gesubsidieerde projecten*, 02/12/2010, p. 5.

³ Candaele, Bart, Agentschap Ondernemen, *Toepassing overheidsopdrachten bij gesubsidieerde projecten*, 02/12/2010, p. 5.

⁴ D'Hooghe, *De gunning van overheidsopdrachten*, Die Keure, 2009, p. 94-95.

De website van VIPA⁵ geeft een overzicht welke sectoren in aanmerking komen voor VIPA-subsidies:

- verzorgingsinstellingen;
- ouderen en thuiszorg ondersteunende voorzieningen;
- personen met een handicap;
- kinderdagopvang;
- preventieve en ambulante gezondheidszorg;
- algemeen welzijnswerk;
- bijzondere jeugdbijstand.

Deze sectoren houden voor de overheid een activiteit in die de overheid zelf zou moeten organiseren, indien er geen derden waren die deze activiteiten uitoefenden. Bovendien komen de activiteiten die deze sectoren uitoefenen minstens onrechtstreeks een ruime gemeenschap van personen ten goede. Aan dit onderdeel van het criterium wordt voor de beoogde private instellingen zeker voldaan.

- c) vereiste dat die behoeften van algemeen belang niet van industriële of commerciële aard zijn

Het Europese Hof van Justitie geeft een aantal indicaties op, die hoewel niet cumulatief, er toe kunnen leiden dat de behoefte van algemeen belang al dan niet als industrieel of commercieel wordt aanzien⁶:

- er worden goederen of diensten op de markt aangeboden;
- er worden goederen of diensten aangeboden aan commerciële ondernemingen;
- de activiteit wordt uitgeoefend in (sterke) concurrentie met andere marktspelers;
- de activiteit wordt (ook) uitgeoefend door een persoon die terug te vinden is op de lijst met aanbestedende overheden gevoegd als bijlage bij de richtlijn werken;
- er bestaat een winst oogmerk of er wordt gewerkt op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit;
- er is geen mechanisme, gebruik of aanwijzing dat eventuele verliezen gecompenseerd zullen worden (het economisch risico van de activiteit wordt zelf gedragen);
- er is geen overheidsfinanciering;
- ...

Verder wordt gebruikt gemaakt van de “infectietheorie” gelanceerd door het arrest Mannesman van 15 januari 1998 door het Europese Hof van Justitie dat stelt dat het voorzien in één behoefte van algemeen belang, die niet van industriële of commerciële aard is, voldoende is om de ganse organisatie onder de toepassing van de regelgeving overheidsopdrachten te brengen, zelfs al is deze ene behoefte heel beperkt.

⁵ <http://www4.vlaanderen.be/wvg/vipa/Pages/default.aspx>

⁶ Candaële, Bart, Agentschap Ondernemen, *Toepassing overheidsopdrachten bij gesubsidieerde projecten*, 02/12/2010, p. 5-6.

Ook aan dit onderdeel van het criterium kan, bij nazicht van de organisaties die momenteel onder de VIPA-regeling vallen, in veel gevallen voldaan zijn.

2° Gekenmerkt zijn door een bijzondere overheidsinvloed (via de samenstelling van de beslissende organen, het toezicht of de financiering).

Dit is het geval indien de rechtspersonen worden:

- hetzij beïnvloed doordat de leden van de directie, van de raad van bestuur of van de raad van toezicht voor meer dan 50% door overheden of overheidsinstellingen worden aangewezen;
- hetzij in hun beheer onderworpen aan het toezicht van overheden of overheidsinstellingen;
- hetzij voor meer dan 50% gefinancierd door één of meerdere overheden of overheidsinstellingen.

Het bovengenoemde arrest Cambridge bepaalde zelfs dat *alle* financieringsbronnen van overheidswege in aanmerking moeten worden genomen, ook de onrechtstreekse zoals salarissen, studiebeurzen, e.d., naast de rechtstreekse zoals werkingssubsidies. Ook een participatie van een aanbestedende overheid van meer dan 50% in een dochteronderneming (= meerderheidsaandeelhouder van een dochteronderneming) maakt de wetgeving overheidopdrachten van toepassing.⁷

Uitzondering in de Wet Overheidsopdrachten van 1993

Artikel 4, §2, 8°, in fine, van de Wet Overheidsopdrachten stelt “*Deze bepaling is niet van toepassing op de private rechtspersonen waarvan sprake in §4 van dit artikel*”. Paragraaf 4 stelt dat de koning de wet of delen ervan van toepassing kan maken op aanneming van werken, leveringen en diensten die worden gegund door privaatrechtelijke personen indien ze subsidies genieten van overheden. De koning heeft met de artikelen over de projectsubsidies uitvoering gegeven aan dit artikel. Deze voorwaarden worden hieronder onder B besproken. Een letterlijke lezing zou dan ook betekenen dat van zodra privaatrechtelijke organisaties onder de voorwaarden van de projectsubsidies zouden kunnen vallen, ze niet meer als aanbestedende overheid kunnen worden beschouwd. Dit gaat in tegen de geest van de wet en veel auteurs in de rechtsleer weigeren deze conclusie dan ook te trekken. Het staat echter nog altijd in de huidige wet. De grootste vraag is natuurlijk of deze letterlijke interpretatie de Europese toets zou doorstaan.

Memorie van Toelichting bij de Wet Overheidsopdrachten van 1993

Het was niet de bedoeling van de wetgever, volgens de memorie van toelichting, om artikel 4, §2, 8°, van toepassing te maken op de instellingen van het vrij onderwijs, op de hospitalen of private verzorgingsinstellingen. Er wordt wel duidelijk gesteld dat, hoewel deze privé-instellingen niet onder deze voorwaarden vallen, ze toch onder de regelgeving overheidsopdrachten kunnen vallen indien ze projectsubsidies ontvangen (zie hieronder voor de voorwaarden onder B).⁸

⁷ Candaale, Bart, Agentschap Ondernemen, *Toepassing overheidsopdrachten bij gesubsidieerde projecten*, 02/12/2010, p. 7.

⁸ Ontwerp van wet betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, levering en diensten, *Parl. St.* Senaat 1992-93, nr. 656-1, p. 15.

Er moet dus in concreto worden nagegaan door welke overheden de privé-organisatie gefinancierd wordt. Indien de verschillende overheden (dit kan dan gaan om een financiering door het RIZIV, gecombineerd met een financiering van de gemeente/provincie en een deeltje door de Vlaamse overheid...) bij deze specifieke organisatie samen voor meer dan 50% van de financiering instaan, dan zal deze organisatie de regelgeving overheidsopdrachten moeten toepassen. Indien de privéorganisatie echter een hospitaal of private verzorgingsinstelling is, zal deze niet als aanbestedende overheid kunnen worden gekwalificeerd, maar moet de regelgeving overheidsopdrachten worden gevolgd indien ze projectsubsidies ontvangen (zie hieronder onder B). Ook hier moet echter bij worden vermeld dat dit waarschijnlijk de Europese toets niet zal doorstaan. Ook in de wet van 15 juni 2006 betreffende overheidsopdrachten, die momenteel nog niet in werking is getreden, is deze uitzondering weggelaten. Het ziet er momenteel naar uit dat de wetgeving begin 2012 in werking treedt, waardoor voor hospitalen en private verzorgingsinstellingen ook moet worden onderzocht of ze niet voldoen aan de voorwaarden om als aanbestedende overheid te worden gekwalificeerd.

Bijkomend moet ook verduidelijkt worden dat private universitaire instellingen (bv. universitaire ziekenhuizen) in de huidige regelgeving volgens artikel 10, tweede lid, van het KB van 8 januari 1996 voor de aanneming van *werken* ongeacht het bedrag altijd onderworpen zijn aan de regelgeving overheidsopdrachten.

B. Privé-personen met gesubsidieerde opdrachten⁹

Zelfs indien privé-personen niet voldoen aan de bovenstaande criteria, dan nog is de wetgeving overheidsopdrachten van toepassing *indien zij voor deze opdrachten subsidies ontvangen* van overheden of instellingen die onderworpen zijn aan de Wet Overheidsopdrachten. Deze optie werd vermeld in het KB van 8 januari 1996, in artikelen 1, §2, en 53, §2, voor opdrachten vanaf de Europese drempelbedragen: (voor werken: 4.845.000 euro en voor diensten: 193.000 euro), in artikelen 11 en 63 voor opdrachten die beneden die Europese drempelbedragen vallen, maar toch minstens 135.000 euro bedragen. In deze gevallen moet de *rechtstreekse subsidie voor de specifieke opdrachten méér dan 50% bedragen* en moet het gaan om *bepaalde bouwwerken of opdrachten van diensten voor die bouwwerken*. Bedoeld worden dus de bouwstudie en de bouw van bvb. privé-ziekenhuizen, privé-revalidatiecentra, inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding, school- en universiteitsgebouwen, gebouwen met een administratieve bestemming.

Indien een subsidie dus wordt toegekend voor het bouwen van een privé-ziekenhuis, privé-revalidatiecentra,... door een instelling die onder de Wet Overheidsopdrachten valt en deze subsidie meer dan 50% van de totale kosten bedraagt en waarbij het geraamde bedrag minimaal 135.000 euro (excl. btw) bedraagt, dan zal de begunstigde organisatie ook de Wet Overheidsopdrachten moeten toepassen. Dit betekent dat vanaf een subsidie van 67.500 euro de privé-organisatie moet nakijken of ze aan de voorwaarden voldoet om onder de regelgeving overheidsopdrachten terecht te komen.

⁹ Vlaamse overheid. Bestuurszaken afdeling Overheidsopdrachten. *Initiatietekst regelgeving overheidsopdrachten*, achtste versie, p. 16.

Wanneer de privéorganisaties aan deze voorwaarden voldoen, dan moeten ze volgende aspecten van de wetgeving overheidsopdrachten naleven:

- Titels I en II van de wet met enkele uitzonderingen
- De bekendmakingsregels van het KB van 8 januari 1996
- Regels inzake selectie
- Promotieovereenkomst (werken)
- Onverenigbaarheden (diensten)
- Onderhandelingsprocedure

Volgende regels moeten de privéorganisaties niet volgen: de regels inzake opmaak en indiening offerte, technische specificaties, toegang van ondernemers van derde landen,...¹⁰

Conclusie

Als conclusie kan men stellen dat zuivere privé-instanties in bepaalde gevallen wel de wetgeving overheidsopdrachten zullen moeten toepassen. De privé-organisatie moet bij het wegvallen van de VIPA-verplichting (van het toepassen van de principes van de wetgeving overheidsopdrachten) zelf nagaan of ze in één van deze twee bovenstaande categorieën valt.

¹⁰ Candaele, Bart, Agentschap Ondernemen, *Toepassing overheidsopdrachten bij gesubsidieerde projecten*, 02/12/2010, p. 11.