

AUTEUR Els Gypen en Gitte Laenen
CLIËNT GO! Onderwijs van de Vlaamse Gemeenschap
REFERENTIE RE-24-17754
DATUM 15 maart 2024

Juridische nota

Beroep mogelijk op VZW Opdrachtencentrale?

GO! Onderwijs van de Vlaamse Gemeenschap / VZW Opdrachtencentrale

Inhoud

1	Vraagstelling	2
2	Juridische analyse	2
	2.1 <i>Een aankoopcentrale dient een aanbestedende overheid te zijn</i>	2
	2.2 <i>Betreft VZW Opdrachtencentrale een aanbestedende overheid?</i>	3
	2.2.1 <i>Inleiding</i>	3
	2.2.2 <i>Eerste voorwaarde: Heeft VZW Opdrachtencentrale tot doel te voorzien in (een) behoefte(n) van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard is (zijn)?</i>	4
	2.2.3 <i>Derde voorwaarde: Is VZW Opdrachtencentrale afhankelijk van aanbestedende overheden?</i>	17
3	Besluit (op basis van de ons beschikbare informatie)	25



1 Vraagstelling

1. GO! Onderwijs van de Vlaamse Gemeenschap (hierna afgekort als "GO!") wenst te vernemen of zij in zee kan gaan met Opdrachtcentrale VZW in haar hoedanigheid van opdrachtcentrale (of correcter: aankoopcentrale¹).

Daarbij worden ook de volgende twee subvragen voorgelegd:

- Kan de "Opdrachtcentrale VZW" beschouwd worden als een opdrachtcentrale?
- Indien dat het geval is: kan op haar diensten beroep worden gedaan zonder dat hiervoor een gunningsprocedure moet worden gevolgd?

Deze vragen worden in het onderstaande onderzocht en beantwoord.

2 Juridische analyse

2.1 Een aankoopcentrale dient een aanbestedende overheid te zijn

2. Het staat vast dat een "aankoopcentrale" in de zin van artikel 2, 6°, Overheidsopdrachtenwet² een aanbestedende overheid moet zijn.

De overheidsopdrachtenreglementering voorziet niet in de mogelijkheid voor een private entiteit om als aankoopcentrale ten behoeve van aanbestedende overheden op te treden.

Dit blijkt niet enkel uit de definitie in bedoeld artikel 2, 6° (eigen nadruk):

"6° aankoopcentrale :

a) in de zin van titel 2, een **aanbestedende overheid** die gecentraliseerde aankoopactiviteiten en eventueel aanvullende aankoopactiviteiten verricht als bedoeld in de bepalingen onder respectievelijk 7° en 8° ;

b) in de zin van titel 3, een aanbesteder die gecentraliseerde en eventueel aanvullende aankoopactiviteiten doet zoals bedoeld in respectievelijk 7° en 8° ;"

Dit wordt ook expliciet bevestigd in de memorie van toelichting bij deze bepaling (eigen nadruk)³:

*"6° De bepalingen onder 6° tot 8° omvatten de begrippen aankoopcentrale, gecentraliseerde aankoopactiviteiten en aanvullende aankoop activiteiten. Uit deze bepalingen blijkt dat het begrippenkader rond de gestructureerde samenaankoop is uitgebreid en verder uitgewerkt ten opzichte van de begripsomschrijving van 'aankoopcentrale' in artikel 1.10 van richtlijn 2004/18/EG en artikel 2, 4°, van de wet van 15 juni 2006. **Er moet worden verduidelijkt dat, in de klassieke sectoren (titel 2) alleen aanbestedende overheden, voor zover voldaan is aan de voorwaarden van deze definitie, als aankoopcentrales in de zin***

¹ De term "opdrachtcentrale" wordt niet meer gebruikt in de huidige overheidsopdrachtenreglementering. Wat vroeger onder de "opdrachtcentrale" werd begrepen, wordt nu eveneens ondergebracht onder het begrip "aankoopcentrale".

² Wat van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten.

³ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 4 januari 2016 inzake overheidsopdrachten, *Parl. St. Kamer*, 2015-2016, 1541/001, 12.

van dit punt kunnen optreden, terwijl in de speciale sectoren (titel 3), de aanbestedende entiteiten en de aanbestedende overheden die een activiteit bedoeld in titel 2 uitoefenen deze rol kunnen op zich nemen. Daartoe is evenwel vereist dat de aanbesteders gecentraliseerde aankoopactiviteiten verrichten. Zoals het de definitie van gecentraliseerde aankoopactiviteiten blijkt, betreft het activiteiten die op permanente wijze, maar niet noodzakelijk als hoofdactiviteit moeten plaatsvinden. Het voorafgaande belet natuurlijk niet dat binnen één en dezelfde aanbesteder aankoopactiviteiten gecentraliseerd worden, zelfs op occasionele basis. Voor zover zij dezelfde rechtspersoon vertegenwoordigen (de Staat), zou een federale overheidsdienst bijvoorbeeld, occasioneel gecentraliseerde aankopen kunnen doen voor rekening van andere federale overheidsdiensten (FOD's), die hetzelfde materieel wensen aan te kopen."

2.2 Betreft VZW Opdrachtcentrale een aanbestedende overheid?

2.2.1 Inleiding

3. Het begrip "aanbestedende overheid" wordt als volgt gedefinieerd in artikel 2, 1°, Overheidsopdrachtenwet 2016:

"[Art. 2](#). Voor de toepassing van deze wet wordt verstaan onder :

1° aanbestedende overheid :

a) de Staat;

b) de Gewesten, de Gemeenschappen en de lokale overheidsinstanties;

c) de publiekrechtelijke instellingen en personen die, ongeacht hun vorm en aard, op de datum van de beslissing om tot een opdracht over te gaan :

i opgericht zijn met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, en;

ii rechtspersoonlijkheid hebben, en;

iii op een van de volgende wijzen afhangen van de Staat, de Gewesten, de Gemeenschappen, de lokale overheidsinstanties of andere instellingen of personen, als bedoeld in onderhavig punt c) :

1. ofwel worden hun werkzaamheden in hoofdzaak gefinancierd door de Staat, de Gewesten, de Gemeenschappen, de lokale overheidsinstanties of andere instellingen of personen die ressorteren onder dit punt c);

2. ofwel is hun beheer onderworpen aan het toezicht van de Staat, de Gewesten, de Gemeenschappen, de lokale overheidsinstanties of andere instellingen of personen die ressorteren onder dit punt c);

3. ofwel zijn meer dan de helft van de leden van het bestuurs-, leidinggevende of toezichthoudende orgaan aangewezen door de Staat, de Gewesten, de Gemeenschappen, de lokale overheidsinstanties of andere instellingen of personen die ressorteren onder dit punt c);

d) de verenigingen bestaande uit een of meer aanbestedende overheden als bedoeld in 1°, a, b of c; [...]"

4. Vast staat dat VZW Opdrachtcentrale niet onder de punten a), b) of d) kan worden gerangschikt.⁴

De vraag rijst aldus of VZW Opdrachtcentrale eventueel onder de zgn. "restcategorie" (punt c) kan vallen.

Aan de **tweede voorwaarde** (ii) genoemd in dit punt c) is alvast voldaan: VZW Opdrachtcentrale heeft immers rechtspersoonlijkheid.

De overige voorwaarden worden hieronder overlopen.

2.2.2 Eerste voorwaarde: Heeft VZW Opdrachtcentrale tot doel te voorzien in (een) behoefte(n) van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard is (zijn)?

2.2.2.1 RECHTSPRAAK VAN HET HOF VAN JUSTITIE

5. De vraag of aan de eerstgenoemde voorwaarde voldaan is, is niet eenvoudig te beantwoorden.

Dit, omdat het begrip "behoefte(n) van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn" niet eenduidig is afgelijnd. Dat geldt trouwens voor de beide componenten van dit begrip (1° "behoefte(n) van algemeen belang", en 2° "niet van industriële of commerciële aard").

De (Europese of Belgische) wetgever bepaalt niet wat kan / moet worden beschouwd als een doelstelling van "algemeen belang" die bovendien "niet industrieel of commercieel van aard is".

Ook in de rechtsleer is geen afgebakende definitie terug te vinden.

Er kan derhalve slechts op de rechtspraak worden teruggevallen, in hoofdzaak deze van het Europees Hof van Justitie (omdat bv. ook de Raad van State zich nog maar zelden schijnt te hebben gebogen over dit leerstuk⁵).

6. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie omvatten "behoefte(n) van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn" **over het algemeen** behoeften waarin op een andere wijze wordt voorzien dan door het aanbieden van goederen en diensten op de markt en waarin de overheid, om redenen die verband houden met het algemeen belang, zelf wenst te voorzien of ten aanzien waarvan ze een overheersende invloed wil behouden.⁶

⁴ Wat betreft punt d) schijnt de rechtsleer het erover eens te zijn dat daarmee enkel verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid worden beoogd. (Cfr. bijvoorbeeld I. COOREMAN en M. LECOMTE, "Gunning door en aan intergemeentelijke samenwerkingsverbanden (IGSV) overeenkomstig de wet overheidsopdrachten 2016", in C. DE CONINCK, P. FLAMEY e.a. (eds.), *Jaarboek overheidsopdrachten 2016-2017*, Brussel, EBP Publishers, 2017, 1103-1104; S. LOGIE, "Vallen alle VZW's straks onder de wet overheidsopdrachten?", in C. DE CONINCK, P. FLAMEY e.a. (eds.), *Jaarboek overheidsopdrachten 2011-2012*, Brussel, EBP Publishers, 2012, 947 en 953.)

⁵ Tot op heden is slechts één arrest bekend van de Raad van State waarin de problematiek *onrechtstreeks* aan bod kwam, m.n. in het kader van de vraag of een opgezette *in house*-constructie wel rechtmatig was. De Raad oordeelde daarbij dat VZW ZNA (vzw Ziekenhuisnetwerk Antwerpen) beantwoordt aan de definitie van "aanbestedende dienst". (RvS, 31 maart 2015, nr. 230.703, NV CLEANLEASE)

⁶ Cfr. bijvoorbeeld HvJ 16 oktober 2003, C-283/00, EUROPESE COMMISSIE / SPANJE, r.o. 80.

Eveneens volgens vaste rechtspraak van dit Hof moet bij de beoordeling of er sprake is van een behoefte van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard is, worden gelet op "*alle relevante elementen rechtens en feitelijk*".⁷

Elk concreet geval vergt m.a.w. een ***in concreto***-beoordeling (zodat het eerder "riskant" is algemene conclusies te trekken uit de concrete beoordelingen die in deze rechtspraak worden weergegeven).

7. In eerste instantie dient te worden nagegaan of er sprake is van een "**doelstelling / behoefte van algemeen belang**".

Aan dit begrip wordt een eerder ruime invulling gegeven.

Als dusdanig werden *bijvoorbeeld* reeds gekwalificeerd:

- Activiteiten die verband houden met de organisatie van jaarbeurzen, tentoonstellingen en soortgelijke projecten, dit omdat:

*"De organisator van dergelijke evenementen, die fabrikanten en handelaars op één plaats bijeenbrengt, niet alleen handelt in het bijzondere belang van laatstgenoemden, die zo de gelegenheid krijgen om hun producten en handelswaar te presenteren, maar ook de consumenten die deze evenementen bezoeken de nodige informatie verschaft, zodat zij onder optimale omstandigheden hun keuze kunnen maken. Van de impuls die ervan uitgaat voor de handel, kan worden gesteld dat deze het algemeen belang betreft."*⁸

- De productie en het onderhoud van locomotieven en wagons, alsook de levering van die goederen en diensten aan het Litouws spoorwegbedrijf door VLRD, omdat deze instelling (VLRD) was opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van haar moedermaatschappij (het spoorwegbedrijf) en omdat de behoeften met de vervulling waarvan VLRD was belast een noodzakelijke voorwaarde vormden voor de uitoefening door die moedermaatschappij van haar activiteiten van algemeen belang.⁹
- De activiteit van "sociale woningbouwmaatschappijen" ("het vaststellen van de regels betreffende de bouw, de aanschaf, de inrichting, de sanering, de reparatie, het beheer van collectieve of individuele woningen, in of buiten de stad, vast te stellen, die voldoen aan de bij administratief besluit vastgestelde technische eigenschappen en kostprijs, en die bestemd zijn voor gezinnen met een gering inkomen").¹⁰
- Lijkbezorging, omwille van de volgende redenen:¹¹

"Om te beginnen houdt dergelijke activiteit daadwerkelijk verband met de openbare orde, nu de staat een duidelijk belang heeft bij een nauwgezette controle op de opstelling van akten zoals geboorte- en overlijdensakten. Vervolgens kan het om duidelijke redenen van hygiëne en volksgezondheid worden gerechtvaardigd, dat de staat een beslissende invloed behoudt op deze activiteit en maatregelen neemt zoals deze van § 10, lid 1, WLBG, wanneer niemand voor de lijkbezorging heeft gezorgd binnen een bepaalde termijn na de datum van de overlijdensakte. Het bestaan zelf van een dergelijke bepaling wijst er dus op dat de betrokken activiteit in een behoefte van algemeen belang kan voorzien."

- De activiteit van "Taitotalo" bestaande uit "het kopen, verkopen en verhuren van onroerende goederen en aandelen van vastgoedondernemingen, alsmede het organiseren en verrichten van

⁷ Cfr. bijvoorbeeld HvJ 16 oktober 2003, C-283/00, EUROPESE COMMISSIE / SPANJE, r.o. 81 en HvJ 5 oktober 2017, C-567/15, LITSPECMET UAB, r.o. 43.

⁸ HvJ 10 mei 2001, gevoegde zaken C-223/99 en C-260/99, AGORÀ EN EXCELSIOR, r.o. 34.

⁹ HvJ 5 oktober 2017, C-567/15, LITSPECMET UAB, r.o. 39.

¹⁰ HvJ 1 februari 2001, C-237/99, COMMISSIE / FRANKRIJK.

¹¹ HvJ 27 februari 2003, C-373/00, ADOLF TRULEY, r.o. 52 en 53.

diensten van beheer van onroerende goederen en andere voor het beheer van die goederen en aandelen noodzakelijke verwante diensten”, en in het bijzondere geval dat aan het Hof van Justitie werd voorgelegd, uit “de verwerving van diensten voor het ontwerp en de bouw van een vastgoedproject, m.n. enkele kantoorgebouwen en een parkeergarage, dat uitsluitend door particuliere ondernemingen zal worden gebruikt”, hetgeen door het Hof van Justitie als volgt werd onderbouwd:

"Voorzover dit werk de uitvoering is van de beslissing van de stad Varkaus om op haar grondgebied een centrum voor technologische ontwikkeling op te richten en Taitotalo van plan is het terrein van de stad te kopen nadat het is verkaveld en de nieuwe gebouwen ter beschikking te stellen van technologie-ondernemingen, kan haar activiteit inderdaad voorzien in een behoefte van algemeen belang.

Dienaangaande dient er met name aan te worden herinnerd dat het Hof op de vraag of een instelling die als doel had, activiteiten voor de organisatie van beurzen, tentoonstellingen en congressen te verrichten en te bevorderen, kon worden beschouwd als een publiekrechtelijke instelling in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50, heeft geantwoord dat activiteiten voor de organisatie van dergelijke evenementen voorzien in behoeften van algemeen belang, voorzover de organisator van die evenementen, welke fabrikanten en handelaars op één plaats bijeenbrengt, niet alleen handelt in het bijzondere belang van laatstgenoemden, die zo de gelegenheid krijgen om hun producten en handelswaar te presenteren, maar ook de consumenten die deze evenementen bezoeken de nodige informatie verschaft, zodat zij onder optimale omstandigheden hun keuze kunnen maken. Van de impuls die ervan uitgaat voor de handel kan inderdaad worden gesteld dat deze het algemeen belang betreft (zie arrest Agorà en Excelsior, reeds aangehaald, punten 33 en 34).

Mutatis mutandis gelden dezelfde overwegingen voor de activiteit die in het hoofdgeding aan de orde is, aangezien niet valt te ontkennen dat verweerster in het hoofdgeding, door de verwerving van diensten van ontwerp en bouw in het kader van een vastgoedproject voor kantoren niet alleen handelt in het bijzonder belang van de rechtstreeks bij het project betrokken ondernemingen, maar ook in het belang van de stad Varkaus.

Activiteiten als die van Taitotalo in de onderhavige zaak kunnen immers worden beschouwd als activiteiten die voorzien in behoeften van algemeen belang, voorzover zij de handel en de economische en sociale ontwikkeling van het betrokken territoriale lichaam een impuls kunnen geven, aangezien de vestiging van ondernemingen op het grondgebied van een gemeente dikwijls gunstige effecten heeft voor die gemeente, zoals het scheppen van werkgelegenheid, toeneming van de belastinginkomsten en verbetering van vraag en aanbod van goederen en diensten.¹²

- Het ophalen en de verwerking van huishoudelijk afval.¹³
- het drukken van officiële documenten, zoals paspoorten en rijbewijzen.¹⁴
- het beheer van een universiteit.¹⁵
- ...

¹² HvJ 22 mei 2003, C-18/01, KORHONEN, r.o. 42 t.e.m. 45.

¹³ HvJ 10 november 1998, C-360/96, BFI HOLDING, r.o. 52.

¹⁴ HvJ 15 januari 1998, nr. C-44/96, MANNESMAN

¹⁵ HvJ 3 oktober 2003, nr. C-390/98, UNIVERSITY OF CAMBRIDGE.

8. Indien vast staat dat er sprake is van een activiteit die voorziet in een behoefte van algemeen belang, dient vervolgens te worden beoordeeld of deze al dan niet **van commerciële of industriële aard** is.

Het Hof van Justitie geeft zelf aan dat deze vraag moeilijker te beantwoorden is.¹⁶

Vast staat wel dat de beoordeling dient te gebeuren aan de hand van **criteria** die ter zake door dit Hof naar voren geschoven werden en die een aanwijzing kunnen vormen van de al of niet industriële of commerciële aard van een activiteit, met name¹⁷:

- *Het aanbieden van goederen of diensten op de markt;*
- *De omstandigheden waaronder de betrokken instelling is opgericht;*
- *De voorwaarden waaronder zij werkzaam is / de voorwaarden waaronder zij de activiteiten ter vervulling van behoeften van algemeen belang verricht, met inbegrip van met name:*
 - *het ontbreken van mededinging op de markt;*
 - *het niet hoofdzakelijk hebben van een winstoogmerk;*
 - *het niet dragen van de met die activiteit verbonden risico's;*
 - *het financieren van de betrokken activiteit met openbare middelen.*

Het Hof komt daarbij tot het volgende besluit¹⁸:

"Indien de organisatie onder normale marktvoorwaarden actief is, winst nastreeft en de met de uitoefening van haar activiteit verbonden verliezen draagt, is het immers niet waarschijnlijk dat de behoeften waarin zij wil voorzien, van andere dan industriële of commerciële aard zijn."

In hetgeen volgt worden bovengenoemde criteria kort overlopen.

9. Het aanbieden van goederen of diensten op de markt;

Indien de betreffende activiteit van algemeen belang inhoudt dat er goederen en diensten worden aangeboden op de markt, houdt dit een aanwijzing in dat het gaat om een commerciële / industriële activiteit:

"In de eerste plaats moet worden geconstateerd, dat de organisatie van jaarbeurzen, tentoonstellingen en soortgelijke projecten een economische activiteit is, die bestaat uit het aanbieden van diensten op de markt. In het onderhavige geval blijkt uit het dossier, dat de betrokken entiteit deze diensten aan de exposanten aanbiedt tegen betaling van een vergoeding. Met deze activiteit voorziet zij in behoeften van commerciële aard, enerzijds van de exposanten, die aldus de door hen gepresenteerde goederen of diensten in de publiciteit kunnen brengen, en anderzijds van de bezoekers, die zich willen informeren met het oog op eventuele koopbeslissingen."

10. De omstandigheden waaronder de betrokken instelling is opgericht;

¹⁶ HvJ 22 mei 2003, C-18/01, KORHONEN, r.o. 46: "De vraag of dergelijke behoeften van algemeen belang van andere dan industriële of commerciële aard zijn, is daarentegen moeilijker te beantwoorden."

¹⁷ Cfr. HvJ 16 oktober 2003, C-283/00, COMMISSIE / SPANJE, r.o. 81; HvJ 22 mei 2003, C-18/01, KORHONEN, r.o. 48 e.v.

¹⁸ HvJ 22 mei 2003, C-18/01, KORHONEN, r.o. 51.

Dit criterium lijkt in geen enkel arrest concreet te zijn toegepast.

Het is derhalve niet helemaal duidelijk welke "omstandigheden" meer precies als relevant zouden worden beschouwd door het Hof van Justitie.

Uit de conclusie van Advocaat-generaal Y. BOT d.d. 27.10.2009 bij de zaak AG Wall van het Hof van Justitie¹⁹ lijkt te kunnen worden afgeleid dat het gaat om de vraag of de oprichting van de entiteit al dan niet is ingegeven door het streven naar (het maken van) winst.²⁰

11. Het ontbreken van mededinging op de markt;

Dit criterium kwam reeds herhaaldelijk aan bod in de rechtspraak van het Hof.

In het arrest BFI HOLDING, waarin het criterium voor het eerst werd toegelicht, werd het volgende gesteld (eigen nadruk)²¹:

"Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen, of het begrip „behoefden van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard", behoeften uitsluit waarin ook door particuliere ondernemingen wordt voorzien.

Volgens BFI kan er geen sprake zijn van een publiekrechtelijke instelling, wanneer particuliere ondernemingen dezelfde activiteiten kunnen verrichten, waarvoor dus concurrentie kan bestaan. In casu zou meer dan de helft van de Nederlandse gemeenten de afvalinzameling aan particuliere marktdeelnemers toevertrouwen. Het zou dus gaan om een commerciële markt en de instellingen die op deze markt actief zijn, zouden geen publiekrechtelijke instellingen in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50 zijn.

Om te beginnen zij opgemerkt, dat in artikel 1, sub b, tweede alinea, eerste streepje, van richtlijn 92/50 enkel wordt gesproken van de behoeften waarin de instelling moet voorzien, en daarin geheel buiten beschouwing wordt gelaten of in deze behoeften al dan niet ook door particuliere ondernemingen kan worden voorzien.

Vervolgens zij eraan herinnerd, dat de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening op communautair vlak zijn gecoördineerd om belemmeringen voor het vrij verrichten van diensten op te heffen en dus om de belangen te beschermen van de in een

¹⁹ HvJ 13 april 2010, C-91/08, AG WALL.

²⁰ In deze conclusie staat het volgende te lezen (eigen nadruk):

"95. Wat de omstandigheden betreft waaronder deze instelling is opgericht, dient mijns inziens rekening te worden gehouden met de bijzondere kenmerken van de markt voor afvalinzameling en -verwerking, een van de activiteiten waarvoor FES is opgericht.

96. De markt voor afvalinzameling en -verwerking is aanzienlijk gegroeid, met name door de verstrenging van de regels betreffende het beheer en de nuttige toepassing van afvalstoffen en de regels ter voorkoming van milieuhinder. Deze verstrenging heeft rechtstreeks geleid tot een verhoging van de kosten voor het inzamelen en verwerken van afval en deze activiteit tevens complexer en technischer gemaakt. Gelet op deze problemen heeft een groot aantal lokale lichamen ervoor geopteerd deze activiteit te delegeren aan gespecialiseerde ondernemingen, die ten volle hebben kunnen profiteren van de ontwikkeling van deze markt.

97. Op basis van deze elementen kom ik tot de conclusie dat de oprichting van deze entiteit niet is ingegeven door het streven winst te maken. Deze activiteit is weliswaar in werkelijkheid uiterst winstgevend, maar dat neemt niet weg dat de oprichting van FES in elk geval niet tot voornaamste doel had deze winsten na te streven. Bovengenoemde elementen gelden a fortiori voor de stadsreiniging, die minder winstgevend is dan het inzamelen en verwerken van afval."

²¹ HvJ 10 november 1998, C-360/96, BFI HOLDING, r.o. 38 t.e.m. 53.

lidstaat gevestigde marktdeelnemers die goederen of diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden.

Bijgevolg heeft richtlijn 92/50 tot doel, het risico uit te sluiten dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van welke opdracht ook, de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden (zie, in die zin, arrest Mannesmann Anlagenbau Austria e. a., reeds aangehaald, punt 33).

Het feit dat er concurrentie bestaat, volstaat evenwel niet om de mogelijkheid uit te sluiten, dat een door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen gefinancierde of gecontroleerde instelling zich door andere dan economische overwegingen laat leiden. Zo kan men een dergelijke instelling bijvoorbeeld financiële verliezen laten lijden in het kader van een bepaald aankoopbeleid van de entiteit waarmee zij nauw verbonden is.

Aangezien het moeilijk denkbaar is, dat activiteiten in geen geval door particuliere ondernemingen kunnen worden verricht, zou bovendien de voorwaarde dat er geen particuliere ondernemingen zijn die kunnen voorzien in de behoeften waarvoor de betrokken instelling is opgericht, het in artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50 bedoelde begrip publiekrechtelijke instelling kunnen uithollen.

[...]

Zo heeft het Hof in het arrest Mannesmann Anlagenbau Austria e. a., reeds aangehaald, punt 24, geoordeeld, dat een staatsdrukkerij in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard voorzag, zonder de vraag te onderzoeken, of particuliere ondernemingen in dezelfde behoeften konden voorzien.

Hieruit volgt, dat artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50 op een bepaalde instelling van toepassing kan zijn, zelfs indien particuliere ondernemingen in dezelfde behoeften voorzien of kunnen voorzien als die instelling, en dat het ontbreken van mededinging geen noodzakelijk element van de definitie van het begrip publiekrechtelijke instelling is.

Het bestaan van concurrentie is evenwel niet geheel irrelevant voor de beantwoording van de vraag of een behoefte van algemeen belang van andere dan industriële of commerciële aard is.

Het bestaan van een sterke concurrentie, en inzonderheid het feit dat de betrokken instelling op de markt met anderen moet concurreren, kan een aanwijzing zijn voor het feit dat het niet om een behoefte van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard gaat.

In deze laatste behoeften wordt daarentegen in de regel op een andere wijze voorzien dan door het aanbieden van goederen of diensten op de markt, zoals blijkt uit de opsomming van de publiekrechtelijke instellingen in bijlage I bij richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 185, blz. 5), zoals gewijzigd bij richtlijn 93/37, waarnaar artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50 verwijst. Hoewel deze lijst niet uitputtend is, wil zij wel zo volledig mogelijk zijn.

Bij onderzoek van deze opsomming blijkt het in het algemeen om behoeften te gaan waarin de staat om redenen van algemeen belang besluit zelf te voorzien of ten aanzien waarvan hij een beslissende invloed wil behouden.

In casu kan niet worden betwist dat het ophalen en de verwerking van huishoudelijk afval als een behoefte van algemeen belang kunnen worden beschouwd. Aangezien het mogelijk is dat ophaaldiensten die geheel of gedeeltelijk door particuliere marktdeelnemers aan particulieren worden aangeboden, niet in die behoefte voorzien in de mate als uit hoofde van volksgezondheid of milieubescherming noodzakelijk wordt geacht, is dit een van de activiteiten ten aanzien waarvan de staat kan beslissen dat zij door overheidsdiensten moeten worden verricht, of ten aanzien waarvan hij een beslissende invloed wenst te behouden.

Gelet op het voorgaande, moet op de derde vraag worden geantwoord, dat het begrip behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, niet behoeften uitsluit waarin ook door particuliere ondernemingen wordt of kan worden voorzien.”

In de latere arresten wordt herhaald dat het bestaan van een sterke concurrentie, en inzonderheid het feit dat de betrokken instelling op de markt met anderen moet concurreren, op zich niet de conclusie wettigt dat er geen sprake is van een behoefte van algemeen belang van andere dan industriële of commerciële aard, maar dat zulks wel een aanwijzing kan zijn voor het feit dat het gaat om een commerciële of industriële behoefte van algemeen belang.²²

Uit het arrest LITSPECMET UAB lijkt te mogen worden begrepen dat de vraag of de entiteit zich in de concrete omstandigheden (op het moment van de “gunning” / uitbesteding van de betreffende opdracht aan de markt) kan laten leiden door andere dan economische overwegingen, daarbij eveneens van belang is.²³

12. Het niet hoofdzakelijk hebben van een winstoogmerk;

In de zaak KORHONEN werd het gegeven dat “het nastreven van winst in geen geval hoofddoel van de vennootschap mocht zijn (aangezien voor haar volgens de Finse wetgeving steeds de bevordering van het algemeen belang van de inwoners van het territoriale lichaam voorop moest staan)” aanzien als een aanwijzing dat de vennootschap voorzag in een niet-commerciële en niet-industriële behoefte van algemeen belang.²⁴

Omgekeerd geldt derhalve dat het bestaan van een hoofdzakelijk winstoogmerk wijst op een commerciële of industriële activiteit van algemeen belang.

Zelfs bij het ontbreken van een winstoogmerk kan er echter aangenomen worden dat de activiteit toch commercieel of industrieel van aard is, m.n. wanneer de entiteit wordt bestuurd op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit.²⁵

Het feit dat de activiteiten winst opleveren lijkt niet voldoende te zijn.

²² Cfr. o.m. HvJ 10 mei 2001, gevoegde zaken C-223/99 en C-260/99, AGORÀ EN EXCELSIOR, r.o. 38 en HvJ 27 februari 2003, C-373/00, ADOLF TRULEY, r.o. 59 t.e.m. 61.

²³ HvJ 5 oktober 2017, C-567/15, LITSPECMET UAB, r.o. 45 en 46:

“Een sterke concurrentie wettigt op zich evenwel niet de conclusie dat er geen sprake is van een behoefte van algemeen belang van andere dan industriële of commerciële aard.

In die omstandigheden is het de taak van de verwijzende rechter om op basis van alle juridische en feitelijke elementen van het geval na te gaan of VLRD ten tijde van de gunning van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht haar activiteiten ter vervulling van behoeften van algemeen belang verrichtte in een situatie van concurrentie, en met name of VLRD zich in de concrete omstandigheden kon laten leiden door andere dan economische overwegingen.”

²⁴ HvJ 22 mei 2003, C-18/01, KORHONEN, r.o. 54.

²⁵ HvJ 10 mei 2001, gevoegde zaken C-223/99 en C-260/99, AGORÀ EN EXCELSIOR, r.o. 40.

Bij de beoordeling van dit criterium lijkt er enkel rekening te worden gehouden met de activiteiten die worden verricht in het algemeen belang. Dat er daarnaast andere winstgevende activiteiten zouden worden verricht, wordt niet relevant geacht, dit ongeacht het aandeel van deze winstgevende activiteiten in de totale omzet van de onderneming.²⁶

13. Het niet dragen van de met de activiteit verbonden risico's;

Indien er niet (van overheidswege) voorzien is in een mechanisme om eventuele financiële verliezen van de entiteit te compenseren, wordt aangenomen dat zij zelf het economische risico van haar activiteiten draagt en kan dit eveneens een aanwijzing vormen dat deze entiteit een commerciële of industriële activiteit van algemeen belang uitvoert.²⁷

In het arrest KORHONEN lijkt er wel sprake te zijn geweest van een "ingrijpen" van de overheid in geval de entiteit in financiële moeilijkheden verzeild zou geraken²⁸:

"In antwoord op een schriftelijke vraag van het Hof heeft de Finse regering ter terechtzitting verklaard dat vennootschappen als Taitotalo juridisch gezien weliswaar weinig verschillen van naamloze vennootschappen in handen van particuliere ondernemers, aangezien zij dezelfde economische risico's dragen en eveneens failliet kunnen worden verklaard, maar dat de territoriale lichamen waartoe zij behoren het zelden zover zullen laten komen en eventueel tot kapitaalverhoging van die vennootschappen zullen overgaan om hen in staat te stellen, door te gaan met de taken waarvoor zij waren opgericht, te weten hoofdzakelijk de verbetering van de algemene voorwaarden voor de uitoefening van economische activiteiten binnen het territoriale lichaam."

Dit vormde één van de redenen die het Hof tot de omgekeerde conclusie leidde, m.n. dat er wél sprake was van een doelstelling van algemeen belang *andere* dan van commerciële of industriële aard.

14. Het financieren van de betrokken activiteit met openbare middelen.

Ook dit criterium is nog niet vaak ter sprake gekomen in de rechtspraak.

In het arrest KORHONEN lijkt de vaststelling dat Taitotalo overheidsfinanciering had ontvangen voor het vastgoedproject dat zij moest ontwikkelen t.b.v. de stad Varkaus, een belangrijke aanwijzing te hebben uitgemaakt dat er sprake was van een niet-economische activiteit.²⁹

15. **Besluit**: concrete afweging in het licht van al deze criteria.

Het is niet geheel duidelijk welk het besluit dient te zijn indien er aan sommige van deze criteria wel, en aan andere criteria niet voldaan is.

Er lijkt telkens een **concrete afweging** te moeten worden gemaakt.

Enkele voorbeelden uit de aangehaalde rechtspraak³⁰:

- HvJ 10 mei 2001, gevoegde zaken C-223/99 en C-260/99, **AGORÀ EN EXCELSIOR**:
De organisatie van jaarbeurzen e.d. vormt een commerciële activiteit om de volgende redenen:

²⁶ HvJ 22 mei 2003, C-18/01, KORHONEN, r.o. 57 en 58.

²⁷ HvJ 10 mei 2001, gevoegde zaken C-223/99 en C-260/99, AGORÀ EN EXCELSIOR, r.o. 40.

²⁸ HvJ 22 mei 2003, C-18/01, KORHONEN, r.o. 53.

²⁹ HvJ 22 mei 2003, C-18/01, KORHONEN, r.o. 55.

³⁰ Niet in alle genoemde zaken wordt door het Hof ter zake een standpunt ingenomen (maar beperkte het Hof er zich toe de voorgelegde vragen over de interpretatie / het belang van bepaalde criteria te beantwoorden).

- Er worden goederen en diensten aangeboden op de markt;
- De entiteit had geen winstoogmerk, maar werd bestuurd op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit;
- Zij opereerde in een klimaat van concurrentie;
- Er was niet in een mechanisme voorzien om eventuele financiële verliezen te compenseren, zodat zij zelf het economische risico van haar activiteiten droeg.

De entiteit werd bijgevolg niet aanzien als aanbestedende overheid.

- HvJ 22 mei 2003, C-18/01, **KORHONEN**:

De "vastgoedontwikkelingsactiviteiten" van Taitotalo werden door het Hof op het eerste gezicht als niet-commercieel bestempeld, op grond van het volgende:

- Er stond niet vast dat Taitotalo zelf de met de activiteit verbonden risico's droeg;
- De entiteit had overheidsfinanciering ontvangen voor het betreffende project dat zij moest ontwikkelen t.b.v. de stad Varkaus;
- De entiteit zou geen hoofdzakelijk winstoogmerk hebben gehad.

Taitotalo werd m.a.w. wel als een aanbestedende overheid bestempeld.

- HvJ 1 februari 2001, C-237/99, **COMMISSIE / FRANKRIJK**, r.o. 47:

De activiteit van "sociale huisvestingsmaatschappijen" werd aanzien als niet-commercieel, doch zonder dat daaraan een concrete beoordeling van het Hof aan vooraf ging.

- HvJ 11 juni 2009, C-300/07, **HANS & CHRISTOPHORUS OYMANNIS**, r.o. 49 :

De activiteiten van wettelijke ziekenfondsen zijn niet-commercieel van aard, daar deze fondsen hun prestaties verrichten zonder winst na te streven.

16. Verder blijkt uit de rechtspraak van het Europees Hof nog dat:

- Het volstaat dat de betreffende entiteit slechts één activiteit van algemeen belang verricht die niet van industriële of commerciële aard is opdat zij als een aanbestedende overheid zou kunnen worden gekwalificeerd. Dat zij *daarnaast* nog andere activiteiten verricht waarmee zij winst nastreeft, is irrelevant.³¹

Dit is wat men "de infectietheorie" noemt.

- Het begrip "publiekrechtelijke instelling" / aanbestedende dienst op functionele wijze en in ruime zin dient te worden geïnterpreteerd.³²

³¹ Cfr. *bijvoorbeeld* HvJ 5 oktober 2017, C-567/15, LITSPECMET UAB, r.o. 41.

³² HvJ 27 februari 2003, C-373/00, ADOLF TRULEY, r.o. 43 en HvJ 1 februari 2001, C-237/99, COMMISSIE / FRANKRIJK, r.o. 43.

2.2.2.2 TOEPASSING OP VZW OPDRACHTENCENTRALE

17. Het doel en voorwerp van VZW Opdrachtcentrale wordt in artikel 3 van de statuten³³ als volgt beschreven:

Artikel 3 : Belangeloos doel en voorwerp van de vzw.

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

De vereniging heeft als doel op de ruimst mogelijke wijze bij te dragen tot de ondersteuning en uitbouw in het algemeen van de dienstverlening in persoonsgebonden materies en in het bijzonder zal de vereniging tevens een aankoopcentrale zijn in de zin van art. 2, 6° van de wet van 17 juni 2016 met betrekking tot de overheidsopdrachten.

De vereniging mag hiertoe alle nodige handelingen verrichten. De vereniging mag alle roerende en onroerende goederen bezitten die nodig zijn om haar doelstelling te verwezenlijken. Zij mag deelnemen in- en samenwerken met -alle verenigingen, organisaties, overheden en bedrijven die voor haar doelstelling nuttig kunnen zijn.

Daarnaast kan de vereniging alle activiteiten ontplooiën die rechtstreeks of onrechtstreeks bijdragen tot de verwezenlijking van voormelde doelstellingen, met inbegrip van bijkomstige commerciële en winstgevende activiteiten binnen de grenzen van wat wettelijk is toegelaten en waarvan de opbrengsten te allen tijde volledig zullen worden bestemd voor de verwezenlijking van de voormelde doelstellingen.

De vereniging onderstreept met haar oprichting en de uitbouw van haar activiteiten expliciet het belang van het "maatschappelijk verantwoord ondernemen."

18. Blijkens haar website³⁴ lijkt de voornaamste activiteit van VZW Opdrachtcentrale te bestaan in het plaatsen, conform de overheidsopdrachtenreglementering, van allerhande overheidsopdrachten / raamovereenkomsten (bv. inzake verzekeringen, poetsdiensten, catering, kantoor materiaal, ...) in de hoedanigheid als aankoopcentrale-tussenpersoon ten behoeve van de leden-aanbestedende overheden.

De doelstelling zou zijn om de risico's op het vlak van aankopen voor de leden-aanbestedende overheden te beperken en hun organisatie-efficiëntie te verbeteren én om alle geïnteresseerde leveranciers een gelijke kans te geven deze opdrachten / raamovereenkomsten in de wacht te slepen.

19. Gelet de ruime interpretatie die aan dit begrip wordt gegeven, lijkt deze activiteit van VZW Opdrachtcentrale wel te kunnen worden bestempeld als een activiteit die voorziet in behoeften **van algemeen belang** (het centraliseren van "overheidsaankopen" en het voorzien van aanbestedende overheden van de producten / diensten nodig om hun taak van algemeen belang te vervullen).
20. De volgende vraag is dan of deze activiteit ook niet-commercieel (of niet-industrieel) van aard is, waarbij bovengenoemde criteria dienen te worden overlopen.

- Biedt VZW Opdrachtcentrale goederen of diensten op de markt aan?

Het antwoord op die vraag lijkt positief te luiden.

Blijkens haar website opereert VZW Opdrachtcentrale als een soort "makelaar".

Zij plaatst de opdrachten in de markt en, wanneer een lid-aanbestedende overheid intekent op een van deze opdrachten, is de opdrachtnemer een "beheersvergoeding" verschuldigd aan VZW Opdrachtcentrale (eigen highlighting)³⁵:

³³ Zoals weergegeven in de bijlagen bij het Belgisch Staatsblad d.d. 26.01.2023.

³⁴ [Services | Opdrachtcentrale](#)

³⁵ [Services | Opdrachtcentrale](#)

Hoe werkt het als leverancier?

- I. Wij plaatsen een overheidsopdracht via e-Notification.*
- II. U neemt deel aan de opdracht door in te schrijven.*
- III. U wordt gekozen als contractant en wordt hiervan op de hoogte gebracht.*
- IV. De leden van Opdrachtcentrale bestellen bij u als contractant overeenkomstig de contractvoorwaarden.*
- V. U factureert aan het lid van opdrachtcentrale dat de bestelling heeft geplaatst.*
- VI. U betaalt de beheersvergoeding aan opdrachtcentrale vzw binnen 30 kalenderdagen na bestelling (vermeld in het bestek)*

Hoe word ik lid als aanbestedende overheid?

optie 1: afnemen in onze raamovereenkomsten

- I. Neem contact met ons op via mail of het contactformulier, daarna geven we u toegang tot de gewenste werken, leveringen en diensten.*
- II. Wij contacteren als eerste de contractant.*
- III. U bestelt en betaalt de factuur rechtstreeks aan de contractant.*
- IV. De contractant betaalt de beheersvergoeding (vermeld in het bestek).*

optie 2: wij plaatsen een raamovereenkomst voor een specifieke behoefte

- I. Neem contact met ons op via mail of het contactformulier, en deel ons uw specifieke behoefte mee.*
- II. Wij zetten de opdracht in de markt, gunnen de opdracht en sluiten de overeenkomst af.*
- III. U bestelt en betaalt de factuur rechtstreeks aan de contractant.*
- IV. De contractant betaalt de beheersvergoeding (vermeld in het bestek).*

Onder het punt "Over ons" op deze website staat ook het volgende te lezen (eigen nadruk):

"Wij vinden dat het niet alleen onze opdracht is om aanbesteders correct verlopen aankoopprocedures te leveren, maar ook om alle mogelijke leveranciers een kans te geven op overheidsopdrachten. **Daarom heeft ons platform ook een (gratis) luik voor geïnteresseerde leveranciers.** Op die wijze brengen wij aanbesteder en aannemer dichter bij elkaar en faciliteren wij de toegang tot de markt voor hen. Een lokale verankering vinden wij belangrijk en promoten wij in de mate van het mogelijke."

Op die manier biedt VZW Opdrachtcentrale haar diensten (het in contact brengen / "matchen" van leveranciers met aanbestedende overheden) op de markt aan tegen betaling³⁶.

Dit lijkt een (eerder belangrijke) aanwijzing te zijn dat de activiteit van VZW Grondbank een commerciële activiteit betreft.

- De omstandigheden waaronder VZW Opdrachtcentrale werd opgericht?

³⁶ Dit kan tevens vragen doen rijzen bij de "onafhankelijkheid" van VZW Grondbank. Worden de bestekken niet op maat van bepaalde leveranciers geschreven? Worden de offertes objectief beoordeeld?

De omstandigheden waaronder VZW Opdrachtcentrale werd opgericht, zijn niet meteen duidelijk / gekend.

Deze VZW werd in 2013 opgericht³⁷ – toen onder de naam Zorgopdrachtcentrale (ZOC) VZW – en met als doel:

"De vereniging heeft als doel op de ruimst mogelijke wijze bij te dragen tot de ondersteuning en uitbouw in het algemeen van de dienstverlening in de zorgsector en in persoonsgebonden materies en in het bijzonder zal de vereniging tevens een opdrachten- en aankoopcentrale zijn in het kader van art. 15 van de wet van 15 Juni 2006 met betrekking tot de overheidsopdrachten.

De vereniging wil met haar activiteiten vooral de leefbaarheid van de zorgsector faciliteren.

De vereniging ontwikkelt en vermarkt oplossingen die de stijgende druk op de zorgsector door de kost van diensten en goederen zoveel mogelijk beperken.

Hierbij maakt ze ruimte voor zelfontplooiing en ontwikkeling om te komen tot een sociaal verantwoorde en duurzame zorg.

[...]"

Er zijn op het eerste gezicht geen aanwijzingen voorhanden om te stellen dat de oprichting van deze VZW zou zijn ingegeven vanuit een streven naar (het maken van) winst.

- Het ontbreken van mededinging op de markt?

Zoals hiervoor reeds aangegeven, kunnen in principe enkel aanbestedende overheden als aankoopcentrale optreden. In dat opzicht is er geen "ondernemersmarkt" voor de uitvoering van deze dienstenactiviteit.

Dat neemt niet weg dat VZW Opdrachtcentrale allicht wel "concurrentie ondervindt" van andere opdrachtcentrales (die doorgaans geen kosten aanrekenen aan de opdrachtnemers, zoals VZW Opdrachtcentrale dat doet, maar die eventueel wel bepaalde kosten delen met aanbestedende overheden die op een (geplaatste) opdracht intekenen).

Er lijkt dus niet te kunnen worden aangenomen dat VZW Opdrachtcentrale opereert in een "concurrentieloze markt".

- Het niet hoofdzakelijk hebben van een winstoogmerk?

Gelet de rechtsvorm van VZW Opdrachtcentrale (vereniging zonder winstoogmerk) staat vast dat zij geen hoofdzakelijk winstoormerk heeft.

Behoudens ons ontbrekende informatie, lijkt niettemin te mogen worden aangenomen dat VZW Opdrachtcentrale wel zal worden bestuurd op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit, bijvoorbeeld bij de keuze van de opdrachten die door de VZW worden uitgeschreven.

In die zin wordt in artikel 24 van de statuten van VZW Opdrachtcentrale het volgende genoteerd:

³⁷ Bijlage bij het Belgisch Staatsblad d.d. 28.03.2013.

Het Bestuur heeft de volheid van bevoegdheid inzake het aanvaarden van opdrachten, het voorbereiden en het plaatsen van opdrachten.

Vallen exclusief onder het mandaat van het Bestuur:

- Het aanvaarden van aanvragen tot het plaatsen van opdrachten vanwege openbare besturen;
- Het beslissen over de wijze van gunnen van opdrachten ;
- De publicatieontwerpen van de uit te schrijven opdrachten;
- De selectievoorwaarden van kandidaten;
- De goedkeuring van bestekken;
- De gunning van opdrachten;
- De bekrachtiging van de jaarlijkse rapportering van de rekening-nazichter inzake de geplaatste opdrachten (+ advies interne controle).

Uit het eerste streepje lijkt te mogen worden begrepen dat het bestuur van de VZW zich alleszins het recht voorbehoudt niet in te gaan op de vraag vanwege een aanbestedende overheid om een bepaalde opdracht te lanceren (zij het dat er niet uitdrukkelijk wordt ingegaan op de criteria die bij het nemen van het betreffende besluit worden gehanteerd).

- Draagt VZW Opdrachtcentrale de risico's verbonden aan haar activiteit?

Op het eerste gezicht lijkt er niet (van overheidswege) te zijn voorzien in een mechanisme om eventuele financiële verliezen van VZW Opdrachtcentrale te compenseren / om te vermijden dat deze VZW "failliet zou gaan".

VZW Opdrachtcentrale draagt derhalve zelf het risico verbonden aan haar activiteit.

- Het financieren van de betrokken activiteit met openbare middelen.

Volgens de statuten dienen de toetredende leden van VZW Opdrachtcentrale ook een "bijdrage" te betalen aan deze VZW:

Artikel 9 : Plichten

Door hun aansluiting, aanvaarden de leden van de vereniging de statuten en het Intern Reglement, alsook de beslissingen van het Bestuur. De bijdragen van de toetredende leden worden bepaald door het Bestuur en geregeld via het Intern Reglement.

De activiteit van VZW Opdrachtcentrale lijkt derhalve minstens gedeeltelijk met openbare middelen te worden gefinancierd.

21. Samengevat:

- Aanwijzingen in de richting van een economische activiteit:
 - o VZW Opdrachtcentrale lijkt diensten op de markt aan te bieden tegen betaling;
 - o VZW Opdrachtcentrale lijkt niet te opereren in een markt zonder concurrentie;
 - o VZW Opdrachtcentrale lijkt te worden bestuurd op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit;
 - o VZW Opdrachtcentrale lijkt zelf het risico verbonden aan haar activiteit te dragen.
- Aanwijzingen in de richting van een niet-economische activiteit:

- De activiteit van VZW Opdrachtcentrale lijkt minstens gedeeltelijk met openbare middelen te worden gefinancierd
22. Op het eerste gezicht lijkt de "balans" derhalve eerder over te hellen naar de conclusie dat de activiteit van VZW Opdrachtcentrale **van economische aard** is en, bijgevolg, dat VZW Opdrachtcentrale **niet als een aanbestedende overheid kan worden bestempeld** vermits **aan de eerste voorwaarde daartoe niet voldaan is**.

Daarbij dient echter wel te worden benadrukt dat bovenstaande analyse gebaseerd is op de eerder karige informatie die aangaande deze VZW terug te vinden is (op het internet). Mogelijks kan VZW Opdrachtcentrale deze analyse weerleggen op basis van meer concrete informatie / documenten.

2.2.3 Derde voorwaarde: Is VZW Opdrachtcentrale afhankelijk van aanbestedende overheden?

2.2.3.1 INLEIDING

23. In het kader van de derde voorwaarde dient te worden onderzocht of VZW Opdrachtcentrale "afhankelijk" is van een of meerdere aanbestedende overheden.

Deze afhankelijkheid staat vast indien aan minstens één van de navolgende criteria voldaan is:

- *ofwel worden de werkzaamheden van VZW Opdrachtcentrale in hoofdzaak gefinancierd door één of meerdere aanbestedende overheden;*
- *ofwel is het beheer van VZW Opdrachtcentrale onderworpen aan het toezicht van één of meerdere aanbestedende overheden;*
- *ofwel zijn meer dan de helft van de leden van het bestuurs-, leidinggevende of toezichthoudende orgaan van VZW Opdrachtcentrale aangewezen door één of meerdere aanbestedende overheden.*

Ook deze criteria worden in het onderstaande verder besproken om deze vervolgens toe te passen op VZW Opdrachtcentrale.

2.2.3.2 FINANCIERINGSCRITERIUM

24. Aan het criterium van de hoofdzakelijke financiering is voldaan zodra **meer dan de helft** van de financiële middelen van de betreffende entiteit ter beschikking wordt gesteld door een of meer aanbestedende overheden.
25. In de memorie van toelichting bij de Overheidsopdrachtenwet³⁸ staat ter zake van dit criterium verder het volgende te lezen (eigen nadruk):

*"In de memorie van toelichting van de wet van 24 december 1993 werd reeds verduidelijkt dat **elke financieringswijze** van de activiteiten in aanmerking moet worden genomen. Dit geldt dus ook voor de tenlasteneming van een eventueel jaarlijks tekort.*

³⁸ Meer precies de memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 30 januari 2006 betreffende overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, *Parl. St. Kamer, 2005-2006, 2237/001, 11-12* (waarnaar in de memorie van toelichting bij de Overheidsopdrachtenwet *anno* 2016 verwezen wordt ter zake van deze criteria).

In zijn arrest van 3 oktober 2000, zaak C-380/98, heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat de bepaling betreffende de financiering moet worden geïnterpreteerd in die zin dat ze alle toelagen omvat die door een of meer aanbestedende overheden worden toegekend, alsook de studiebeurzen die door onderwijsinstanties aan universiteiten worden betaald. Daarentegen vormen de vergoedingen geen financiering als bedoeld in deze bepaling, wanneer die worden betaald in het kader van een overeenkomst betreffende dienstverlening zoals onderzoekswerk, adviesverlening of organisatie van conferenties.

*In hetzelfde arrest heeft het Hof verder nog verduidelijkt dat de term «in hoofdzaak» moet worden opgevat als «**meer dan de helft**» en dat het voor een correcte beoordeling van het percentage van openbare financiering van een bepaalde entiteit noodzakelijk is rekening te houden met alle inkomsten van die entiteit, met inbegrip van de inkomsten die voortvloeien uit handelsactiviteiten.*

Dit betekent dat alle onderwijsinstellingen die voor meer dan vijftig percent gesubsidieerd zijn, aanbestedende overheden zijn als bedoeld in artikel 2, 1°, d), van de wet. Ze voldoen immers aan de eerste twee voorwaarden. Hetzelfde geldt voor alle andere instellingen of verenigingen waarvan de activiteiten in hoofdzaak gefinancierd worden door de overheid of andere publiekrechtelijke instellingen.”

26. Zoals reeds aangegeven in dit fragment, wordt het criterium m.b.t. hoofdzakelijke financiering ruim ingevuld.

Bijvoorbeeld:

- Het kijk- en luistergeld dat krachtens een wettelijke bepaling dient te worden betaald aan een openbare omroep, wordt eveneens als “overheidsfinanciering” aangemerkt³⁹;
- Beurzen of toelagen die door een of meer aanbestedende diensten ter ondersteuning van onderzoekswerk worden betaald en studiebeurzen die door plaatselijke onderwijsinstanties aan universiteiten worden betaald ter dekking van collegegelden voor met naam genoemde studenten, worden eveneens als “overheidsfinanciering” aanzien⁴⁰.

De betaling van een vergoeding bij wege van tegenprestatie voor een contractuele prestatie, valt daarentegen niet onder het begrip “overheidsfinanciering”. Een overheidsfinanciering die het gevolg is van een wederkerig contract en die specifiek gekoppeld is aan de verrichting van een concrete dienstverlening, dient derhalve wél als inkomst in rekening te worden gebracht, doch niet als “overheidsfinanciering”.

27. Uit het arrest UNIVERSITY OF CAMBRIDGE van het Hof van Justitie blijkt dat deze “hoofdzakelijke financiering” **op jaarbasis** dient te worden beoordeeld (eigen nadruk)⁴¹:

“Met zijn vierde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen, welke periode in aanmerking moet worden genomen bij de berekening van de financieringswijze van de universiteit en op welke wijze rekening moet worden gehouden met wijzigingen die zich in de loop van de betrokken procedure kunnen voordoen, teneinde vast te stellen of de universiteit bij het plaatsen van een bepaalde opdracht een „aangebestede dienst” is.

³⁹ HvJ 13 december 2007, C-337/06, BAYERISCHER RUNDFUNK E.A..

⁴⁰ HvJ 3 oktober 2000, C-380/98, UNIVERSITY OF CAMBRIDGE.

⁴¹ HvJ 3 oktober 2000, C-380/98, UNIVERSITY OF CAMBRIDGE, r.o. 37 t.e.m. 44.

Bij gebreke van een uitdrukkelijke bepaling dienaangaande in de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37, moeten bij de beantwoording van de beide onderdelen van deze vraag de eisen van rechtszekerheid in acht worden genomen zoals deze door het Hof in herinnering zijn geroepen in punt 34 van het arrest Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., reeds aangehaald. Om te kunnen bepalen of een entiteit bij het plaatsen van een bepaalde opdracht als een „aanbestedende dienst” kan worden beschouwd, moet weliswaar rekening worden gehouden met de exacte financiële situatie van die entiteit, doch tevens dient de betrokken procedure een zekere mate van voorzienbaarheid te waarborgen, daar de financiering van een entiteit als de universiteit van jaar tot jaar kan variëren.

Ook al laten de hierboven genoemde richtlijnen zich niet uit over de vraag, welke periode in aanmerking moet worden genomen bij de kwalificatie van een instelling als „aanbestedende dienst”, zij bevatten wel enkele bepalingen inzake de bekendmaking van periodieke enuntiatieve aankondigingen, die voor het antwoord op deze vraag nuttige aanwijzingen kunnen verstrekken. Zo bepalen de artikelen 15, lid 1, van richtlijn 92/50, en 9, lid 1, van richtlijn 93/36 uitdrukkelijk, dat de aanbestedende diensten „zo spoedig mogelijk na het begin van hun begrotingsjaar” de enuntiatieve aankondigingen bekendmaken, voor zover de totale behoefte die zij „voornemens zijn in de loop van de komende twaalf maanden door middel van opdrachten te dekken”, ten minste een bedrag van 750 000 ECU beslaat. Deze bepalingen komen er dus op neer, dat een aanbestedende dienst deze hoedanigheid behoudt gedurende twaalf maanden te rekenen vanaf het begin van elk begrotingsjaar.

De kwalificatie van een instelling als de universiteit als „aanbestedende dienst” moet derhalve geschieden op jaarbasis, waarbij het begrotingsjaar waarin een aanbestedingsprocedure wordt geopend, de meest geschikte periode moet worden geacht om de wijze van financiering van die instelling te berekenen.

*In die omstandigheden verlangen de eisen van rechtszekerheid en doorzichtigheid, dat zowel de betrokken universiteit als belanghebbende derden vanaf het begin van het begrotingsjaar weten, of de in de loop van dat jaar voorgenomen opdrachten onder het toepassingsgebied van de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37 vallen. **Voor de kwalificatie van een universiteit als „aanbestedende dienst” moet haar wijze van financiering derhalve worden berekend op basis van de aan het begin van het begrotingsjaar beschikbare, zij het ook slechts geraamde, cijfers.***

Het tweede onderdeel van de vierde vraag van de verwijzende rechter komt er in wezen op neer of, en in voorkomend geval op welke wijze, met veranderingen in de financieringswijze zoals die ten tijde van de opening van de aanbestedingsprocedure gold, welke veranderingen zich in de loop van deze procedure kunnen voordoen, rekening moet worden gehouden.

Zoals het Hof in punt 34 van het arrest Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., reeds aangehaald, in herinnering heeft geroepen, verlangt het rechtszekerheidsbeginsel dat een regel van gemeenschapsrecht duidelijk is en de toepassing ervan voorzienbaar voor allen die erdoor worden geraakt. Zowel uit dit vereiste als uit de eisen verband houdend met de bescherming van de belangen der inschrijvers vloeit voort, dat een instelling die op het tijdstip waarop een aanbestedingsprocedure wordt geopend een „aanbestedende dienst” in de zin van de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37 vormt, met betrekking tot deze aanbesteding de voorschriften van die richtlijnen in acht moet nemen totdat de betrokken procedure is beëindigd.

Gelet op de voorgaande overwegingen moet de vierde vraag aldus worden beantwoord, dat de kwalificatie van een instelling als de universiteit als „aanbestedende dienst” moet geschieden op jaarbasis. Het begrotingsjaar waarin de aanbestedingsprocedure wordt geopend, moet de meest

geschikte periode worden geacht om de wijze van financiering van die instelling te berekenen, welke berekening moet plaatsvinden op basis van de aan het begin van het begrotingsjaar beschikbare, zij het ook slechts geraamde cijfers. Een instelling die op het tijdstip waarop een aanbestedingsprocedure wordt geopend, een „aanbestedende dienst” in de zin van de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37 vormt, moet met betrekking tot deze aanbesteding de voorschriften van die richtlijnen in acht nemen totdat de betrokken procedure is beëindigd.

Dit kan m.a.w. tot gevolg hebben dat eenzelfde entiteit het ene jaar wél als een aanbestedende overheid kwalificeert, en het andere jaar niet.

28. Wij beschikken niet over concrete informatie aangaande de inkomsten van **VZW Opdrachtcentrale**, noch over de mate waarin deze afkomstig zijn van aanbestedende overheden.

De bijdragen die de toetredende leden (aanbestedende overheden) aan de VZW Opdrachtcentrale dienen te betalen, lijken op het eerste gezicht wel als “overheidsfinanciering” te kwalificeren. Hoewel de VZW Opdrachtcentrale diensten verricht ten behoeve van haar leden (in ruil voor deze bijdrage), lijkt er van een “dienstverleningsovereenkomst” namelijk geen sprake te zijn.

Daartegenover staat echter wel dat het verrichten (door een aankoopcentrale) van gecentraliseerde aankoopactiviteiten ten behoeve van aanbestedende overheden, volgens artikel 47, §4, Overheidsopdrachtenwet, wel als een overheidsopdracht voor diensten is aan te merken. Dit zou eventueel als een tegenargument kunnen worden gebruikt, om te stellen dat de bijdragen van deze leden niet als “overheidsfinanciering” te aanzien zijn. Welke interpretatie de juiste is, kan ook afhangen van de precieze modaliteiten van de betreffende bijdrageregeling (in het intern reglement, waarover wij niet beschikken).

2.2.3.3 TOEZICHTSCRITERIUM

29. Dit criterium wordt door de wetgever als volgt nader toegelicht (eigen nadruk)⁴²:

*“Het tweede criterium betreffende het toezicht op het beheer door de overheden of instellingen, als bedoeld in artikel 2, 1^o, d), van het ontwerp, heeft het Hof van Justitie nader kunnen toelichten in het arrest van 27 februari 2003, C-373/00. Het Hof was van oordeel dat een **loutere controle achteraf niet volstaat** om aan het criterium van toezicht op het beheer te voldoen. Er is daarentegen sprake van een dergelijke controle, met name wanneer de overheid een of meer commissarissen aanwijst bij de betrokken instellingen of wanneer iedere andere maatregel kan worden beschouwd als een bewijs voor de nauwe afhankelijkheid ten aanzien van de overheid.”*

30. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat het moet gaan om een “**actieve controle** op het beheer van de betrokken instelling, hetgeen een afhankelijkheid van de betrokken instelling jegens de overheid schept die gelijkwaardig is aan die welke bestaat wanneer aan een van de twee andere alternatieve criteria [hoofdzakelijke financiering / door de overheid aangewezen bestuursleden] is voldaan, waardoor de overheid in staat kan worden gesteld om de besluiten van de betrokken instelling op het gebied van overheidsopdrachten te beïnvloeden”.⁴³

⁴² Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 30 januari 2006 betreffende overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, *Parl. St.* Kamer, 2005-2006, 2237/001, 12 (waarnaar in de memorie van toelichting bij de Overheidsopdrachtenwet *anno* 2016 verwezen wordt ter zake van deze criteria).

⁴³ HvJ 3 februari 2021, C-155/19 en nr. C-156/19, FIGC E.A., r.o. 50.

Het moet gaan om een actieve controle die dermate vergaand is / dermate afbreuk doet aan de beheersautonomie van deze entiteit dat de toezichthoudende overheid in staat is het beheer van de betrokken entiteit te beïnvloeden (te controleren en te sturen), met name wat de gunning van overheidsopdrachten betreft.⁴⁴

Daarom voldoet een toezicht *a posteriori* in beginsel niet. Door een dergelijk toezicht kan de bedoelde overheid de beslissingen van de betrokken instelling inzake overheidsopdrachten immers niet beïnvloeden.⁴⁵

31. Uit deze rechtspraak kan verder worden afgeleid⁴⁶:

- Dat een bevoegdheid van overheidswege om de **statuten** van de betrokken entiteit goed te keuren op zich niet volstaat, wanneer de betrokken overheid bij de uitoefening van die bevoegdheid enkel mag beoordelen of deze statuten in overeenstemming zijn met de wet, zijn eigen statuten en de door de overheid vastgestelde fundamentele beginselen. Het bedoelde toezicht veronderstelt dat de overheid bij de goedkeuring van de statuten wijzigingen kan opleggen die de beheersautonomie van de betrokken entiteit zouden beperken, of bij de beoordeling van de statuten sancties kan opleggen (bv. intrekking erkenning) wanneer de entiteit weigert deze wijzigingen door te voeren, dan wel dat de overheid een vooraf bepaalde manier van beheren aan de entiteit kan opleggen.
- Dat een bevoegdheid om de **jaarrekeningen** en de jaarlijkse **begrotingen** van de entiteit goed te keuren, op zich evenmin volstaat, wanneer deze bevoegdheid beperkt is tot het uitvoeren van een zuiver boekhoudkundige controle van de jaarrekeningen en het begrotingsevenwicht. De vereiste actieve controle veronderstelt dat die controle eveneens betrekking heeft op het lopende beheer van de entiteit, met name vanuit het oogpunt van de juistheid van de cijfers, de inachtneming van de regels, spaarzaamheid, rendabiliteit en doelmatigheid.

Er zou in dit verband ook "dwang" moeten kunnen worden uitgeoefend.

Wanneer de enige sanctie, verbonden aan de weigering tot goedkeuring van de jaarrekening door de betrokken overheid, erin zou bestaan dat die jaarrekening niet bekend gemaakt wordt, is de overheid niet bevoegd om ten aanzien van de entiteit dwang uit te oefenen.

Wanneer de entiteit *in fine* zelf over de begroting kan beslissen, zonder dat de bedoelde overheid zich tegen de vaststelling ervan kan verzetten, is er evenmin een bevoegdheid om dwang uit te oefenen.

- Dat een bevoegdheid om **auditeurs** te benoemen die de overheid in deze entiteit vertegenwoordigen, op zich andermaal niet volstaat. Deze vertegenwoordigers dienen bovendien in staat te zijn het beleid inzake het beheer van de entiteit te beïnvloeden, m.n. op het gebied van overheidsopdrachten, bv. doordat zij ter zake over een vetorecht beschikken of over een vertegenwoordigingsbevoegdheid of een bevoegdheid inzake beheer.
- Dat een bevoegdheid van de overheid om de kantoren en installaties van de entiteit te **bezoeken** en over het resultaat van deze onderzoeken **verslag** uit te brengen bij o.m. de

⁴⁴ HvJ 3 februari 2021, C-155/19 en nr. C-156/19, FIGC E.A., r.o. 57.

⁴⁵ HvJ 27 februari 2003, C-373/00, ADOLF TRULY, r.o. 70 en HvJ 3 februari 2021, C-155/19 en nr. C-156/19, FIGC E.A., r.o. 51.

⁴⁶ O.m. HvJ 3 februari 2021, C-155/19 en nr. C-156/19, FIGC E.A. en HvJ 27 februari 2003, C-373/00, ADOLF TRULY, r.o. 71-73.

bevoegde organen en de aandeelhouders van de entiteit, wel wijst op een actieve controlemogelijkheid.

32. Om te beoordelen of het beheer van de betrokken entiteit aan actieve overheidscontrole onderworpen is en de overheid invloed kan uitoefenen op de beslissingen van deze entiteit op het gebied van overheidsopdrachten, moeten de verschillende bevoegdheden van de betrokken overheden worden onderzocht in het kader van een algehele beoordeling, met dien verstande dat over het algemeen een reeks van aanwijzingen kan duiden op een actieve controle en de mogelijkheid om invloed uit te oefenen.⁴⁷
33. In het voorliggende geval van **VZW Opdrachtcentrale** worden de bevoegdheden op het vlak van overheidsopdrachten⁴⁸ uitdrukkelijk voorbehouden aan het bestuur van de VZW:

Artikel 24 : Bevoegdheden

Het Bestuur is bevoegd om alle handelingen van intern bestuur te verrichten die nodig of dienstig zijn voor de verwezenlijking van het voorwerp van de vzw, met uitzondering van de handelingen waarvoor volgens de wet of volgens deze statuten de Algemene Vergadering exclusief bevoegd is.

Het Bestuur heeft de volheid van bevoegdheid inzake het aanvaarden van opdrachten, het voorbereiden en het plaatsen van opdrachten.

Vallen exclusief onder het mandaat van het Bestuur:

- Het aanvaarden van aanvragen tot het plaatsen van opdrachten vanwege openbare besturen;
- Het beslissen over de wijze van gunnen van opdrachten ;
- De publicatieontwerpen van de uit te schrijven opdrachten;
- De selectievoorwaarden van kandidaten;
- De goedkeuring van bestekken;
- De gunning van opdrachten;
- De bekrachtiging van de jaarlijkse rapportering van de rekening-nazichter inzake de geplaatste opdrachten (+ advies interne controle).

Het Bestuur oordeelt over de te begeven betrekkingen, benoemt en ontslaat de leden van het personeel, bepaalt hun werkzaamheden en bezoldiging. Het stelt de reglementen op die dienen genomen voor het uitvoeren van het maatschappelijk doel, volgens de bepalingen der statuten en onderwerpt ze ter goedkeuring aan de algemene vergadering. Het Bestuur stelt het Intern Reglement op.

Het Bestuur of de aangestelde(n) aan het dagelijks bestuur, kunnen via een bijzondere delegatie aan een lasthebber naar zijn keuze bevoegdheden delegeren voor bepaalde taken of opdrachten.

Er wordt een Interne Controle ingevoerd die rechtstreeks afhangt van het Bestuur en die alle bestekken, alle selectiebeslissingen en alle gunningsbeslissingen zal nalezen en zijn eventuele opmerkingen zal maken alvorens zij voorgelegd worden aan de goedkeuring van het Bestuur.

34. Volgens artikel 21 van de statuten van VZW Opdrachtcentrale bestaat het bestuur uit:

- Minimum 3 bestuurders voorgedragen door de effectieve leden (benoeming voor onbepaalde duur); en
- Minimum 1 bestuurder voorgedragen door de toetredenen leden (benoeming voor één jaar – twee keer herbenoembaar).

Deze bestuurders worden benoemd door de algemene vergadering.

⁴⁷ HvJ 1 februari 2001, C-237/99, COMISSIE / FRANKRIJK, r.o. 59.

⁴⁸ Een en ander is enigszins "dubbelzinnig" gelet het specifieke voorwerp van de VZW bestaande uit het plaatsen van overheidsopdrachten, daar waar de bovenvermelde rechtspraak eerder betrekking heeft op de (overheids)opdrachten die de betrokken entiteit "voor zichzelf" plaatst. In artikel 24 van de statuten van VZW Opdrachtcentrale wordt in dat verband evenwel geen onderscheid gemaakt en bekeken vanuit de ratio van het criterium, lijken ook de beslissingen m.b.t. de overheidsopdrachten die ten behoeve van de besturen worden geplaatst, relevant te zijn.

35. Behoudens vergissing, zijn de effectieve leden⁴⁹ de 7 stichtende leden van de VZW⁵⁰, te weten:

Volgende leden-stichters, allen natuurlijke personen van Belgische oorsprong :

- 1. Daniel JAMART, Parklaan 66, 8450 Bredene, 22.05.1954, Lommel*
- 2. Greet VAN KERKHOVE, Grote Ede 33, 8200 Sint-Andries, 9.04.1978, Borgerhout*
- 3. Peter DE ROO, K. Elisabethlaan 56, 8000 Brugge, 20.05.1961, Roeselare*
- 4. Peter ALLAERT, Grote Ede 33, 8200 Sint-Andries, 28.11.1964, Beringen*
- 5. Alexandre MORTIER, Jan de Coomanstraat 42, 9506 Zandbergen, 29.2.1992, Namen*
- 6. Tony MORTIER, 28.9.1964, Jan de Coomanstraat 42, 9506 Zandbergen, Gent*
- 7. Simon DE ROO, K. Elisabethlaan 56, 8000 Brugge, 22.01.1994, Brugge*

Deze leden van de VZW zijn derhalve geen (aanbestedende) overheden.

Het is niet geheel duidelijk of er naderhand nog nieuwe effectieve leden werden benoemd.

36. De toegetreden leden lijken in beginsel wel aanbestedende overheden te zijn⁵¹:

2. Toegetreden leden zijn

- ofwel een publiekrechtelijke rechtspersoon
- ofwel een overheidsinstelling
- ofwel een rechtspersoon die op de datum van hun deelname in de VZW opgericht zijn met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn en waarvan:
 - ofwel de werkzaamheden in hoofdzaak gefinancierd worden door de eerder vermelde overheden of instellingen
 - ofwel het beheer onderworpen is aan het toezicht van die overheden of instellingen
 - ofwel de leden van de directie, van het bestuursorgaan of van de raad van toezicht voor meer dan de helft door die overheden of instellingen zijn aangewezen
 - ofwel een vereniging bestaande uit één of meer van de hierboven beschreven overheden en/of rechtspersonen.

[...]

6.2. Toegetreden leden Elk kandidaat-lid kan zijn kandidatuur aan de voorzitter van het Bestuur richten.

Door het bestellen, afnemen, of gebruik maken – in de meest ruime zin – van de goederen en/of diensten welke door de vzw worden aangeboden kan een natuurlijke of een rechtspersoon toetredend lid van de vereniging worden.

Met elk toetredend lid wordt een protocol afgesloten welke de rechten en plichten behandelt in toepassing van artikel 8.

37. Zes van de voornoemde stichtende leden - natuurlijke personen werden ook meteen (in 2013) als bestuurder aangeduid, m.n.:

Dhr. Daniel Jamart
Mevr. Greet Van Kerkhove
Dhr. Peter De Roo
Dhr. Peter Allaert
Dhr. Alexandre Mortier
Dhr. Simon De Roo

⁴⁹ Beschreven in artikel 5 van de statuten, maar daarin niet bij naam genoemd.

⁵⁰ Cfr. de oprichtingsakte terug te vinden in de bijlagen bij het Belgisch Staatsblad d.d. 28.03.2013. Zes van deze natuurlijke personen werden ook meteen als bestuurder aangeduid.

⁵¹ Cfr. de artikelen 5 en van de statuten.

Op grond van de diverse gepubliceerde benoemingsbesluiten⁵² lijkt het bestuur thans te bestaan uit:

- Pagrev GCV, vertegenwoordigd door dhr. Peter Allaert;
- Groep Galle VOF, vertegenwoordigd door dhr. Guido Galle (tevens voorzitter);
- Altono Comm.V., vertegenwoordigd door dhr. Alexandre Mortier;
- Kobec BV, vertegenwoordigd door dhr. Koenraad Van Den Steen;
- Dhr. Wim Van Kerckvoorde, algemeen directeur van Scholengroep Impact;
- Dhr. Dirk Luppens, financieel directeur van de gemeente Meise, bestuurder-vertegenwoordiger van de toetreden leden.

Er lijkt m.a.w. ook daadwerkelijk slechts één vertegenwoordiger van de aanbestedende overheden (of hoogstens twee) deel te nemen in het bestuur, tegenover vijf (of vier) "particuliere" bestuurders ("het statuut" van de heer Wim Van Kerckvoorde is niet geheel duidelijk⁵³).

Gezien het bestuur geldig kan vergaderen van zodra vier van de bestuurders aanwezig zijn (de helft + 1)⁵⁴ en beslissingen met eenparigheid van de aanwezige stemmen wordt genomen⁵⁵ (waarbij elke bestuurder over één stem lijkt te beschikken⁵⁶), lijken de beslissingen ook zonder "overheidsinspraak" te kunnen worden genomen (wanneer de vertegenwoordiger(s) van de aanbestedende overheden niet aanwezig zou(den) zijn).

Anderzijds lijkt een aanwezige "overheids-bestuurder" bepaalde beslissingen te kunnen "blokkeren" gelet de vereiste unanimititeit. Bij gebrek aan unanimititeit wordt het voorstel geacht verworpen te zijn.⁵⁷

Dat laatste wijst op een actieve controlemogelijkheid t.a.v. het beheer / beleid van de VZW Opdrachtcentrale op het vlak van overheidsopdrachten.

Of dit op zich volstaat om te kunnen spreken van een "nauwe afhankelijkheidsband" tussen de aanbestedende overheden en de VZW, gelijkwaardig aan degene die zou ontstaan wanneer deze overheden de activiteiten van de VZW voor meer dan de helft zouden financieren of wanneer meer dan de helft van de bestuursleden van de VZW zou worden aangewezen door deze overheden, lijkt echter betwistbaar te zijn.

38. Alle toetreden leden beschikken daarnaast over één stem in de algemene vergadering van VZW Opdrachtcentrale, waaraan de volgende bevoegdheden worden toegekend⁵⁸:

⁵² Het is niet geheel duidelijk of alle benoemingsbesluiten werden gepubliceerd. Bijvoorbeeld: in de bijlage bij het Belgisch Staatsblad d.d. 11.09.2023 wordt aangegeven dat het ontslag van de heer Tony Mortier als bestuurder wordt aanvaard, terwijl uit geen van de bijlagen blijkt dat deze heer werd benoemd als bestuurder (tenzij deze per vergissing niet als bestuurder werd aangeduid in de oprichtingsakte).

⁵³ Gelet de vermelding van diens "publieke functie" in de betreffende benoemingsakte (bijlage bij het Belgisch Staatsblad d.d. 23.08.2022), lijkt hij eveneens een vertegenwoordiger van de toetreden leden – aanbestedende overheden te zijn, doch dat laatste wordt niet uitdrukkelijk vermeld (waar zulks wel gebeurt bij Dhr. Dirk Luppens). Dit zou echter ook het gevolg kunnen zijn van het bepaalde in artikel 8 van de statuten van VZW Opdrachtcentrale (m.n. dat een – onder de toetreden gekozen lid – door de algemene vergadering wordt aangeduid als vertegenwoordiger van de toetreden leden in het bestuur).

⁵⁴ Artikel 22 van de statuten.

⁵⁵ Artikel 23 van de statuten.

⁵⁶ Dit wordt niet expliciet vermeld voor wat betreft het bestuur (wel voor de algemene vergadering – cfr. artikel 17.3 van de statuten).

⁵⁷ Artikel 23 van de statuten.

⁵⁸ Artikel 14 van de statuten.

Artikel 14 : Bevoegdheden

De Algemene Vergadering is het soeverein gezag van de vereniging.

Tot haar bevoegdheid zijn in het bijzonder voorbehouden:

1. Het uitsluiten van toegetrede leden;
2. Het benoemen en het afzetten van bestuurders;
3. De goedkeuring van de begroting en de rekeningen;
4. Het wijzigen van de statuten;
5. De vrijwillige ontbinding van de vereniging;
6. De benoeming, de afzetting en het eventueel bepalen van de bezoldiging van de commissarissen;
7. De kwijting aan bestuurders en commissarissen;
8. Alle gevallen waarin de statuten een besluit van de Algemene Vergadering vereisen;
9. De omzetting van de vereniging in een vennootschap met sociaal oogmerk.

Alvorens over bovenstaande punten te kunnen stemmen, dient een voorstel van Het Bestuur dienaangaande te worden voorgelegd aan de Algemene Vergadering door de voorzitter.

Dit lijkt eerder te gaan om een loutere *a posteriori* controlemogelijkheid (van het voorstel voorgelegd door het bestuur van de VZW).

Wat betreft de goedkeuring van de begroting en de rekeningen wordt geen melding gemaakt van een mogelijkheid tot controle van het lopende beheer van VZW Opdrachtcentrale, met name vanuit het oogpunt van de juistheid van de cijfers, de inachtneming van de regels, spaarzaamheid, rendabiliteit en doelmatigheid. De bevoegdheid lijkt eerder beperkt te zijn tot het uitvoeren van een zuiver boekhoudkundige controle van de jaarrekeningen en het begrotingsevenwicht.

In de statuten wordt ook niet verduidelijkt wat het gevolg zou zijn van een weigering van de algemene vergadering om bv. de begroting en de rekeningen goed te keuren.

39. Hoewel dit niet met zekerheid kan worden bevestigd, lijkt het in het licht van voorgaanden eerder verdedigbaar te stellen dat de controlemogelijkheid waarover de aanbestedende overheden beschikken, de VZW Opdrachtcentrale niet in een bijzondere "afhankelijkheidsrelatie" t.a.v. deze overheden plaatst.

Deze VZW lijkt veeleer over een grote beheersautonomie te beschikken, o.m. op het vlak van haar beleid inzake overheidsopdrachten.

2.2.3.4 BESTUURSCRITERIUM

40. Indien meer dan de helft van de leden van het bestuursorgaan van VZW Opdrachtcentrale aangewezen zou zijn door aanbestedende overheden, zou eveneens aan de derde voorwaarde inzake de "bijzondere overheidsinvloed" voldaan zijn.
41. Uit het voorgaande blijkt dat aan deze voorwaarde niet voldaan is.

3 Besluit (op basis van de ons beschikbare informatie)

42. Wat betreft de vraag of VZW Opdrachtcentrale als een aanbestedende overheid te aanzien is, is het niet eenvoudig een sluitend antwoord te formuleren, gelet de "vage" begrippen die bij de diverse criteria ter zake worden gehanteerd, die een zekere ruimte voor interpretatie laten, en de afwegingen die daarbij ook dienen te worden gemaakt.

Samengevat kan het volgende worden gesteld:

- Aan het **eerste criterium** is **mogelijks niet** voldaan, aangezien de activiteit van VZW Opdrachtcentrale, die wel lijkt te voorzien in behoeften van algemeen belang, eerder economisch van aard lijkt te zijn.

De volgende elementen doen vermoeden dat er sprake is van een economische activiteit :

- VZW Opdrachtcentrale lijkt diensten op de markt aan te bieden tegen betaling;
 - VZW Opdrachtcentrale lijkt niet te opereren in een markt zonder concurrentie;
 - VZW Opdrachtcentrale lijkt te worden bestuurd op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit;
 - VZW Opdrachtcentrale lijkt zelf het risico verbonden aan haar activiteit te dragen.
- Aan het tweede criterium (het hebben van rechtspersoonlijkheid) is voldaan.
 - De vraag of aan het **derde criterium** voldaan is, valt uiteen in drie "subvragen":
 - Financieringscriterium: Of daaraan voldaan is, kan door ons niet worden beoordeeld bij gebrek aan concrete gegevens ter zake.
 - Toezichtscriterium: Aan dit criterium lijkt eerder niet voldaan te zijn, aangezien de "actieve sturingsmogelijkheid" van de aanbestedende overheden die toegetreden lid zijn van VZW Opdrachtcentrale eerder beperkt van aard lijkt te zijn.
 - Bestuurscriterium: Aan dit criterium lijkt evenmin voldaan te zijn.

Indien uw bestuur meer zekerheid zou wensen te bekomen aangaande het voorgaande, zou hierover eventueel in overleg kunnen worden getreden met de betreffende VZW (teneinde te weten te komen op grond waarvan VZW Opdrachtcentrale van mening zou zijn dat zij wel als aanbestedende overheid te kwalificeren zou zijn en meer concrete informatie dienaangaande te bekomen).

43. Ervan uitgaande dat VZW Opdrachtcentrale geen aanbestedende overheid uitmaakt, kan deze entiteit in principe niet als aankoopcentrale optreden.