

Private en publieke groepsaankopen door lokale besturen – van het stookoliearrest tot de opdrachtcentrale
Johan GEERTS (gsj-advocaten)

INHOUD

1. Inleiding	2
1.1. Wat is een groepsaankoop?	2
1.2. Het onderscheid tussen private en publieke groepsaankopen.	3
1.3. Praktijkvoorbeelden	3
2. Private groepsaankopen: de (lokale) overheid als ondernemer	4
2.1. De stookoliekwesitie in de rechtspraak	4
2.1.1. De arresten van het Hof van Beroep van Gent van 29 maart 2010	4
2.1.2. De beoordeling van de stookoliekwesitie in eerste aanleg: een disparate rechtspraak	5
2.2. Analyse van de wettelijke voorwaarden voor de organisatie van een private groepsaankoop	6
2.2.1. Is een private groepsaankoop een overheidsopdracht?	6
2.2.2. Is een private groepsaankoop in strijd met de eerlijke marktpraktijken?..	7
2.2.2.1. Valt een (lokaal) bestuur onder het toepassingsgebied van de Wet Marktpraktijken en Consumentenbescherming (WMPC)?	7
a) De ‘oude’ Wet Handelspraktijken (WHPC): de overheid als verkoper	7
b) De ‘nieuwe’ wet Marktpraktijken en Consumentenbescherming: de overheid als ondernemer	8
c) Wanneer begeeft de overheid zich op de markt?	11
2.2.2.2. Welke grenzen stelt de WMPC (en andere wetgeving) aan de organisatie van private groepsaankopen?	12
a) Algemeen: verbod van oneerlijke marktpraktijken (jegens niet consumenten)	12
b) Toegepast op groepsaankopen	13
c) Invloed van de organieke regels?	13
d) Waarborgen van vrije mededinging en eerlijke concurrentie	15
3. Publieke groepsaankopen: de organisatie van een aankoop- of opdrachtcentrale	17
3.1. Begrip en werking van de aankoop- of opdrachtcentrale onder de wet overheidsopdrachten van 15 juni 2006	17
3.1.1. Definitie van de aankoop-en opdrachtcentrale	17
3.1.2. Onderscheid tussen de aankoop- en opdrachtcentrale	17
3.1.3. Verschil met systeem van de samengevoegde opdracht	19
3.2. Toepassingsvoorwaarden en organisatie van een aankoop- of opdrachtcentrale	20
3.2.1. Ruim toepassingsgebied	20
3.2.2. De organisatie van een aankoop- of opdrachtcentrale	21

3.2.2.1.	De aankoopcentrale	21
3.2.2.2.	De opdrachtcentrale	21
3.2.2.3.	De Raamovereenkomst	22
3.3.	Praktijkvoorbeelden van publieke groepsaankopen	23
4.	Algemene conclusie	25

SAMENVATTING

Lokale besturen maken steeds vaker gebruik van het mechanisme van de zogenaamde groepsaankopen of samenaankopen, waarbij de vraag van verschillende private of publieke afnemers ('klanten') wordt gebundeld, om schaalvoordelen, kortingen en/of efficiëntiewinsten te genereren.

Deze bijdrage zet de juridische context van deze groepsaankopen uiteen en maakt daartoe een onderscheid tussen private en publieke groepsaankopen. Hoewel beide figuren onder een verschillend wettelijk kader vallen, zijn er toch een aantal gelijkenissen op het vlak van toepasselijke algemene beginselen van gelijkheid, transparantie en vrije mededinging.

Aangaande de private groepsaankopen, wordt vooreerst ingegaan op de zogenaamde stookoliearresten van het Hof van Beroep van Gent over de samenaankoop van stookolie georganiseerd door enkele OCMW's. Vervolgens wordt de toepassing en de impact van de wet marktpraktijken en consumentenbescherming (WMPC) – veelal ingeroepen door de tegenstanders van deze private groepsaankopen - toegelicht.

Bij de publieke groepsaankopen wordt vertrokken van de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten, meer bepaald de figuur van de aankoop- of opdrachtcentrale als bepaald in artikel 2,4° van de overheidsopdrachtenwet van 2006, die meestal wordt toegepast in relatie met de raamovereenkomst.

1. Inleiding

1.1. Wat is een groepsaankoop?

Het principe van de groepsaankopen of samenaankopen raakt steeds ruimer bekend. Zowel private ondernemingen als (lokale) besturen begeven zich heden op deze markt.

Een groepsaankoop verenigt aan de vraagzijde klanten en afnemers– de vraag wordt gebundeld - om zo van de aanbodzijde – de leveranciers en dienstverleners – bepaalde voordelen (kortingen) te kunnen bekomen.

Voor de leveranciers en dienstverleners levert de groepering van klanten een commercieel en logistiek voordeel, zodat deze inderdaad vaak bereid zijn om lagere prijzen te hanteren dan wanneer elke klant individueel handelt.

Voor de afnemers bestaat het voordeel erin dat de organisator van dergelijke initiatieven de administratieve last van de organisatie draagt (bvb. opmaak bestek, gunningsprocedure,...) én dat deze know-how in administratieve en technische afhandeling van het aankoopproces kan opbouwen.

De rol van de 'organisator' van een groepsaankoop blijft in principe beperkt tot deze van 'makelaar'. De organisator bemiddelt tussen klanten en aanbieders, maar wordt zelf niet noodzakelijk contractpartij.

1.2. Het onderscheid tussen private en publieke groepsaankopen.

Een bestuur kan algemeen gesteld op twee manieren optreden als organisator van een groepsaankoop: enerzijds als 'private makelaar' tussen inwoners of private ondernemingen en aannemers/leveranciers/ dienstverleners, en, anderzijds, als 'aankoop-' of 'opdrachtencentrale' tussen publieke entiteiten (aanbestedende overheden¹) en aannemers/leveranciers/ dienstverleners.

Hierna zal blijken dat een tussenvorm – waarbij zowel publieke en private 'klanten' worden verenigd in een groepsaankoop - in principe niet mogelijk is².

Het onderscheid tussen private en publieke groepsaankopen is van belang op het vlak van de toepasselijke regelgeving. Voor private groepsaankopen bestaat er geen specifiek wettelijk kader. Besturen die optreden als private makelaar zullen wel worden beschouwd als een onderneming in de zin van de Wet Marktpraktijken (WMPC)³, en zodoende de daarin vervatte regels moeten respecteren.

Publieke groepsaankopen vallen duidelijk onder het toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten. Groepsaankopen zijn mogelijk onder de vorm van een aankoop-, dan wel een opdrachtencentrale, in de zin van artikel 2,4^o van de wet overheidsopdrachten van 15 juni 2006⁴.

Private groepsaankopen kunnen aldus zowel door private als publieke entiteiten worden georganiseerd, terwijl publieke groepsaankopen in principe enkel door en voor aanbestedende overheden georganiseerd kunnen worden.

1.3. Praktijkvoorbeelden

Op de markt van de private groepsaankopen werden ook al verschillende private initiatieven genomen. Het bedrijf ichoosr.com is een commerciële onderneming die (elektronische) platvormen aanbiedt voor de organisatie van groepsaankopen. Ook samensterker.be onder de vorm van een coöperatieve vennootschap is een private speler die groepsaankopen organiseert in verschillende sectoren.

Klassiek begeven ook verschillende lokale besturen zich op de markt van de private groepsaankopen. Bekendste voorbeelden zijn:

- groepsaankopen van stookolie, georganiseerd door OCMW's en gemeentebesturen;
- groepsaankopen van (dak)isolatie, georganiseerd door o.a. stad Gent, stad Antwerpen, IOK⁵,...
- groepsaankoop van groene stroom, georganiseerd door de provincies Antwerpen, Oost- en West-Vlaanderen⁶.

Publieke groepsaankopen bestaan in de praktijk ook al geruime tijd. In deze bijdrage wordt ter illustratie ingegaan op het telecomcontract van de Vlaamse overheid en de werking van Jobpunt Vlaanderen, georganiseerd als een aankoopcentrale, waarop alle diensten van de Vlaamse overheid, evenals lokale besturen kunnen intekenen. Daarnaast worden ook de gemeenschappelijke aankoopcentrale van de stad Antwerpen vermeld.

¹ Definitie van aanbestedende overheid zie deel 3 van deze bijdrage.

² Zie titel 3.2.1 hierna.

³ Wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, B.S. 12 april 2010.

⁴ Wet van 15 juni 2006 betreffende overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, B.S. 15 februari 2007.

⁵ www.iok.be

⁶ www.samengaanwegroener.be.

2. Private groepsaankopen: de (lokale) overheid als ondernemer

2.1. De stookoliekwestie in de rechtspraak

2.1.1. De arresten van het Hof van Beroep van Gent van 29 maart 2010

Op 29 maart 2010 heeft de 7^{de} Kamer van het Hof van Beroep te Gent drie identieke arresten geveld inzake een groepsaankoop van stookolie georganiseerd door OCMW's⁷.

Sinds deze beruchte stookolie-arresten die de organisatie van een samenaankoop door de OCMW's van Zottegem, Kluisbergen en Sint-Lievens-Houtem onwettig bevonden, bestaat nog steeds onduidelijkheid over de toelaatbaarheid van de organisatie van een dergelijke private groepsaankoop door lokale besturen.

Het Hof was van oordeel dat het optreden van het OCMW in deze in strijd was met de OCMW-wet⁸ en zo eveneens een schending inhield van artikel 94 van de (toenmalige) Wet Handelspraktijken en Consumentenbescherming (WHPC⁹), dat een verbod inhoudt op “*elke met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad, waardoor de verkoper de beroepsbelangen van één of meer andere verkopers schaadt of kan schaden*”.

De redenering van het Hof valt uiteen in twee delen.

Het eerste deel van de redenering kan als volgt worden samengevat:

- Een OCMW dat overgaat tot de organisatie van een groepsaankoop handelt als een ‘verkoper’ in de zin van de WHPC;
- De eerlijke handelsgebruiken kunnen worden geschonden door een inbreuk op een wettelijke regel (met name de OCMW-wet) die niet noodzakelijk in de WHPC zelf dient te zijn opgenomen;
- Een OCMW handelt buiten haar bevoegdheden als bepaald in de OCMW-wet, indien zij een groepsaankoop van stookolie afstemt op alle inwoners van een gemeente en niet enkel op behoeftigen.

Gezien het OCMW handelde buiten haar wettelijke bevoegdheden zijn de eerlijke handelsgebruiken geschonden, aldus het Hof.

Een tweede deel van het arrest gaat in op de verhouding tussen het bestuur en de aanbieders van stookolie. Het OCMW had persoonlijk contact genomen met enkele (willekeurig gekozen) stookolieleveranciers uit de regio en was niet overgegaan tot het publiek openstellen van de actie voor elke mogelijke stookolieleverancier. Hierdoor wordt het gelijkheidsbeginsel geschonden.

Het Hof concludeert vervolgens in scherpe bewoordingen:

“Mede door het in het systeem opnemen van een zeer groot aantal personen die geen enkele materiële steun van het OCMW behoeven, komt men tot een – voorspelbaar – compleet bederven van de gewone markt van de stookolieleveranciers. Een enorme hoeveelheid van te leveren stookolie, wordt ‘afgeleid’ naar één grote leverancier, terwijl de overige

⁷ Gent 29 maart 2010, *TGR*. 2010, p. 144-148; *NJW*. 2011, nr. 234, p. 24-27, *T. Gem.* 2011, afl. 2, p. 110; *TOO*. 2012/1, p. 149-150.

⁸ Organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, *B.S.* 5 augustus 1976.

⁹ Deze wet is intussen opgeheven door de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming (WMPC), *B.S.* 12 april 2010.

stookolieleveranciers, waaronder appellanten, met hun eigen beroepsbelangen mogen toekijken”.

Uit wat volgt, zal blijken dat dit arrest in grote mate kan worden bijgetreden. Het Hof verbiedt groepsaankopen namelijk niet in algemene zin, doch schept een duidelijk juridisch kader, dat in casu door de betreffende besturen niet werd nageleefd.

Deze bijdrage zal ook hetzelfde redeneerschema van het Hof van Beroep aanhouden.

Het is interessant na te gaan welke andere rechtspraak aan dit arrest vooraf is gegaan.

2.1.2. De beoordeling van de stookoliekwestie in eerste aanleg: een disparate rechtspraak

Aan het Arrest van het Hof te Gent zijn verschillende uitspraken vooraf gegaan, die toch enigszins afwijken van het arrest van het Hof van Beroep van Gent.

In drie gelijkkluidende beschikkingen van de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Oudenaarde¹⁰ werd (terecht) aangenomen dat de vordering tot staking van de stookolieactie tot de bevoegdheid van de burgerlijke (kortgeding)rechter behoorde en niet tot de bevoegdheid van de Raad van State. De vordering betreft immers een geschil aangaande subjectieve rechten – het recht op een gelijke behandeling – en behoort aldus niet tot het objectief contentieux.

Verder overwoog deze beschikking dat de betrokken OCMW's in de organisatie van de stookolieactie in strijd met artikel 118 van de OCMW-wet hadden gehandeld, door in feite een OCMW-vereniging op te richten (met een ander OCMW alsook met de kandidaat stookolie-aankopers), zonder voorafgaande goedkeuring van de gemeenteraad en de deputatie. De vordering tot staking werd vervolgens slechts gedeeltelijk ingewilligd tot zolang geen goedkeuring van de bevoegde overheden was bekomen.

Deze beoordeling lijkt erg vergezocht, gezien uit de feitelijke en tijdelijke samenwerking tussen twee OCMW's en private personen bezwaarlijk kan worden afgeleid dat een OCMW-vereniging wordt opgericht. Van de overwegingen van het Hof van Beroep te Gent is verder niets terug te vinden.

In een vonnis van 29 januari 2009 van de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Oudenaarde¹¹ werd (ons inziens onterecht) geoordeeld dat de Rechtbank zonder rechtsmacht is, nu het OCMW over een discretionaire appreciatiebevoegdheid beschikt waardoor de rechter – op straffe van de schending van het beginsel van de scheiding der machten – geen geboden of verboden kan opleggen ten aanzien van dit bestuur¹². De voorzitter wees de vordering tot staking af, en sprak zich bijgevolg verder niet uit over de grond van de zaak.

Ook deze uitspraak lijkt onjuist. De burgerlijke (kortgeding)rechter is wel degelijk bevoegd om een door het bestuur bij de uitoefening van zijn niet-gebonden bevoegdheid begane onrechtmatige

¹⁰ Vz. Rb. Oudenaarde (kortged.) 2 oktober 2008, bvba Paul De Smet e.a. t./ OCMW Zottegem, rolnr. 08/187/C, TGR. 2009, p. 16; NJW. 2008, nr. 190, p. 791-794; Vz Rb. Oudenaarde (kortged.) 2 oktober 2008, bvba Paul De Smet e.a. t./ OCMW Sint-Lievens-Houtem, rolnr. 08/186/C, *onuitg*; Vz Rb. Oudenaarde (kortged.) 10 oktober 2008, bvba Paul De Smet e.a. t./ OCMW Kluisbergen, rolnr. 08/197/C, *ontuig* – zie bespreking van deze beschikkingen: C. VAN VYVE, “Kortgedingrechter vindt samenaankooppacties stookolie onwettig”, DJK. 10 december 2008, p. 4-5.

¹¹ In het licht van een stakingsvordering voorzien in de WHPC, dat een procedure zoals in kortgeding is.

¹² Vz. Kh. Oudenaarde, 29 januari 2009, TGR. 2010, p144-148

aantasting van een subjectief recht zowel te voorkomen als te vergoeden. Wel dient de rechter zich tot een marginale toetsing te beperken. Hij mag niet in de plaats treden van het bestuur en alzo diens beleidsvrijheid ontnemen. De (kortgeding)rechter kan bijgevolg op grond van een voorlopige en marginale beoordeling van de zorgvuldigheid waarmee het bestuur moet handelen, bepaalde daden opleggen of verbieden, maar kan dit enkel doen wanneer hij in redelijkheid tot de conclusie komt dat het bestuur niet heeft gehandeld binnen de grenzen waarin het moet optreden¹³.

Tot slot boog ook de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen zich over de kwestie¹⁴. De zaak betrof de organisatie van een groepsaankoop door het internetbedrijf iCHOOSR middels het welke verschillende plaatselijke SPa- afdelingen – in navolging van de hiervoor besproken OCMW-initiatieven - een stookolieactie op touw zetten. Verschillend ten aanzien van de voorgaande betwistingen is dat in deze geen (lokaal) bestuur optrad als organisator van een samenaankoop, doch een private onderneming.

De rechter oordeelde in dit geval dat er gebrek was aan spoedeisendheid, nu de eisers geen stakingsvordering – een procedure zoals in kortgeding voor de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel – hadden ingeleid.

Ten gronde werd gesteld dat *prima facie* geen sprake leek van een schending van artikel 94 WHPC. Een verkoper (in casu stookolieleverancier) die in zijn belangen wordt geschaad door een mogelijke omzetting toont niet voldoende aan dat het internetbedrijf in casu een met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad zou hebben gesteld. De online samenaankopen werden aldus niet verboden.

Zoals hierna zal blijken, kunnen wij deze uitspraak onderschrijven, ook voor wat de organisatie van een groepsaankoop door lokale besturen betreft.

2.2. Analyse van de wettelijke voorwaarden voor de organisatie van een private groepsaankoop

Gezien de zogenoemde stookolierechtspraak geen duidelijk juridisch kader oplevert om de wettigheid van de organisatie van groepsaankopen door lokale besturen te beoordelen, wordt hierna gepoogd de relevante juridische vragen te beantwoorden.

2.2.1. Is een private groepsaankoop een overheidsopdracht?

De eerste vraag die steeds moet worden gesteld wanneer een (lokale) overheid zich op de markt begeeft betreft de toepasselijkheid van de wetgeving overheidsopdrachten.

Artikel 3,1^o van de overheidsopdrachtenwet 2006 definieert een ‘overheidsopdracht’ als volgt:

“overeenkomst onder bezwarende titel die wordt gesloten tussen één of meer aannemers, leveranciers of dienstverleners en één of meer aanbestedende overheden of overheidsbedrijven en die betrekking heeft op het uitvoeren van werken, het leveren van producten of het verlenen van diensten”;

¹³ Cass. 4 maart 2004, AR C 03.0346.N, www.cass.be (inzake nachtvluchten); zie ook: J. THEUNIS, “De exceptie van onwettigheid – artikel 159 G.W.: meer vragen dan antwoorden?”, *RW*. 2007-08, afl. 31, p. 1266-1281.

¹⁴ Vz Kh. Antwerpen, 19 november 2008, rolnr. C/08/0184, onuitg – besproken in C. VAN VYVE, “Particulieren mogen wel gezamenlijk stookolie aankopen”, *DJK*. 14 januari 2009, p. 5.

Kern van deze definitie is dat er sprake is van een overeenkomst en dus van een contractuele relatie tussen een aanbestedende overheid én een aannemer/ leverancier/ dienstverlener, zijnde een van de overheid onderscheiden rechtspersoon¹⁵.

Welnu, bij de organisatie van een private groepsaankoop contracteert de (lokale) overheid niet voor zichzelf, en evenmin voor andere overheden. Er komt met andere woorden geen overeenkomst tot stand tussen de overheid en de aannemer/leverancier/dienstverlener. Zoals uiteengezet in de inleiding treedt de lokale overheid enkel op als makelaar tussen haar inwoners (de klanten) en de aanbieders.

De wetgeving overheidsopdrachten is aldus niet van toepassing.

Het lijkt in de praktijk zinvol om de niet toepassing van de wetgeving overheidsopdrachten duidelijk te onderstrepen in de deelnamedocumenten die door de overheid ter beschikking van de gegadigde aanbieders worden gesteld. Een clause die in de praktijk wordt teruggevonden is de volgende:

De procedure omschreven in dit selectiedossier wordt niet beschouwd als een overheidsopdracht in de zin van de wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten.

Niettegenstaande de overheidsopdrachtenreglementering niet van toepassing is, wordt de selectie van de dienstverlener wel gevoerd via een openbare en transparante selectieprocedure.

2.2.2. Is een private groepsaankoop in strijd met de eerlijke marktpraktijken?

Nu de overheidsopdrachtenreglementering niet van toepassing is – de overheid koopt immers niet aan voor zichzelf, dient de wettigheid van een private groepsaankoop te worden getoetst aan de WMPC. Tegenstanders van private groepsaankopen roepen immers veelal het argument in dat een groepsaankoop in strijd is met de eerlijke marktpraktijken.

Eerste vraag daarbij is of een lokaal bestuur wel onder het toepassingsgebied van de WMPC valt. Deze vraag komt erop neer te weten of een lokaal bestuur kan worden gekwalificeerd als een verkoper (onder de oude WHPC) of een onderneming (onder de nieuwe WMPC). Het toepassingsgebied van deze wetten is immers aan deze respectievelijke begrippen gekoppeld.

Tweede vraag is dan welke grenzen de WMPC stelt ten aanzien van de organisatie van groepsaankopen.

Beide vragen worden hierna achtereenvolgens behandeld.

2.2.2.1. Valt een (lokaal) bestuur onder het toepassingsgebied van de Wet Marktpraktijken en Consumentenbescherming (WMPC)?

a) De ‘oude’ Wet Handelspraktijken (WHPC¹⁶): de overheid als verkoper

¹⁵ Aangaande het materieel toepassingsgebied en de problematiek van ‘in house’: G. LAENEN, “Het Asemfo-arrest: eindelijk een lichtpunt in de duisternis?”, *T. Gem.* 2007/4, p. 331-337 (noot onder HvJ Asemfo van 19 april 2007 (C-295/05). En de veelvuldige Europese rechtspraak dienaangaande: HvJ 18 november 1999, C-107-98, *Teckal*; H.v.J. 11 januari 2005, C-26/03, *Stadt Halle*; H.v.J. 21 juli 2005, nr. C-231/03, *Coname*; H.v.J. 10 november 2005, C-29/04, *Commissie t/ Republiek Oostenrijk*; H.v.J. 13 oktober 2005, C-458/03, *Parking Brixen*; H.v.J., 6 april 2006, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV)*, C-410/04; H.v.J., 11 mei 2006, zaak C-340/04, *Carbotermo*; H.v.J., 18 januari 2007, *Jean Auroux*; HvJ 9 juni 2009, C-480/06, *Commissie t./ Duitsland*; HvJ 23 december 2009, C-305/08, *Conisma*.

Onder het hiervoor besproken stookoliearrest werd de wettigheid van de groepsaankoop onderzocht in het licht van de 'oude' WHPC. Het Hof van Beroep was van oordeel dat het OCMW handelde als een 'verkoper' en aldus onder het toepassingsgebied van deze wet viel.

Het Hof van Beroep van Gent verwijst naar een arrest van het Hof van Cassatie van 13 september 2002¹⁷ waarin wordt verduidelijkt dat onder 'verkoper' in de zin van artikel 1, lid 6, sub a WHPC moet worden verstaan: "elke handelaar of ambachtsman, en elke natuurlijke of rechtspersoon, die producten of diensten te koop aanbieden of verkopen in het kader van een beroepsactiviteit of met het oog op de verwezenlijking van hun statutair doel".

Het in dit Cassatiearrest van 2002 voorliggend geschil betrof activiteiten van een vzw inzake gratis vervoer over het water. Waar de beroepsrechter had geoordeeld dat de vzw niet als verkoper kon worden aangemerkt, nu de diensten gratis werden aangeboden, overwoog Cassatie:

"Dat, overeenkomstig artikel 1.2 Wet Handelspraktijken, onder "diensten" moet worden verstaan alle prestaties die een handelsdaad uitmaken of een ambachtsactiviteit bedoeld in de wet op het ambachtsregister ;

Dat alle verrichtingen van ondernemingen van vervoer te land, te water of door de lucht, daden van koophandel zijn in de zin van artikel 2 van het Wetboek van Koophandel ;

Overwegende dat uit de samenhang van de artikelen 1.2 en 1.6 Wet Handelspraktijken volgt dat niet vereist is dat diegene die een dienst te koop aanbiedt of verkoopt handelt met winstoogmerk opdat hij als verkoper in de zin van artikel 1.6.a) Wet Handelspraktijken zou kunnen aangezien worden, maar dat de aard zelf van de activiteit of gestelde handeling ter zake determinerend is ;

Samengevat. Dat diensten – in deze makelaarsdiensten - gratis worden aangeboden, neemt niet weg dat de aanbieder wordt gekwalificeerd als verkoper in de zin van de WHPC. Voor de beoordeling van het begrip verkoper wordt verder enkel rekening gehouden met de aard van de activiteit, doch niet met de aard van de (rechts)persoon die deze activiteiten bezigt, noch met het al dan niet winstgevend karakter van de activiteit.

Zoals hierna zal blijken, is deze rechtspraak ook onder de nieuwe wet marktpraktijken nog uiterst relevant.

b) De 'nieuwe' wet Marktpraktijken en Consumentenbescherming: de overheid als ondernemer

De WHPC is in tussentijd vervangen door de nieuwe wet Marktpraktijken en Consumentenbescherming (WMPC)¹⁸.

Waar de toepassing van de WHPC gekoppeld werd aan het begrip 'verkoper', introduceert de WMPC het begrip 'onderneming'. Artikel 2,1° definieert de onderneming als "elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen".

¹⁶ Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, B.S. 29 augustus 1991 – opgeheven door de Wet Marktpraktijken en Consumentenbescherming (zie hierna).

¹⁷ Cass. 13 september 2002, rolnr. C.01.0220.N, www.cass.be.

¹⁸ Wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, B.S. 12 april 2010.

Uit de Memorie van Toelichting¹⁹, blijkt dat de wetgever met de introductie van het ondernemersbegrip een verduidelijking en benadrukking van het ruimst mogelijke toepassingsgebied van de WMPC voor ogen had. Ook wordt zo het toepassingsgebied gelijk gesteld met dat van de wet op de Economische Mededinging²⁰.

De Memorie van toelichting stelt dienaangaande het volgende:

“Hoofdstuk 1 bevat onder meer een aantal definities van termen die verder in het wetsontwerp worden gebruikt. Hier is de belangrijkste wijziging ten aanzien van de huidige reglementering dat het begrip “verkoper” wordt verlaten ten voordele van het ondernemingsbegrip.

Het huidige verkopersbegrip kent immers een aantal nadelen. Vooreerst is er de vaststelling dat de term verkoper in de huidige wet op twee verschillende manieren wordt gedefinieerd. Verder is het terminologisch geen gelukkige keuze meer nu het Hof van Cassatie in zijn arrest van 13 september 2002 heeft geoordeeld dat ook iemand die diensten gratis ter beschikking stelt, onder de definitie van verkoper kan vallen. Alleen reeds om terminologische redenen verdient het bijgevolg de voorkeur af te stappen van dit begrip. Het staat immers haaks op de wenselijkheid van begrijpelijk en ondubbelzinnig taalgebruik in wetteksten. Bovendien is gebleken dat de definities van verkoper zelf niet steeds gemakkelijk toepasbaar zijn in de praktijk, en dat hun betekenis niet altijd duidelijk is.

Vandaar dat thans wordt geopteerd voor het begrip “onderneming”. Een onderneming is een zelfstandige en duurzame organisatie waarbinnen één of meerdere personen met behulp van materiële en immateriële middelen, goederen of diensten produceren of verdelen. Het criterium van de “onderneming” houdt, overigens in lijn met de recente cassatierechtspraak over het begrip “verkoper”, uitsluitend rekening met de aard van de activiteit. Daarbij geldt dat éénmalige handelingen niet volstaan om een persoon als “onderneming” te kwalificeren; de handeling moet worden gesteld in het kader van een zekere organisatie”.

De wetgever bevestigt aldus het Cassatiearrest van 13 september 2002 waarin duidelijk wordt gesteld dat niet de aard van de (rechts)persoon relevant is voor de beoordeling van het begrip ‘onderneming’ of ‘verkoper’, maar wel de aard van de activiteit die wordt ontwikkeld.

Met de nadruk op ‘organisatie’, wil de wetgever particulieren uitsluiten van het toepassingsgebied van de wet. Transacties in de zuivere privésfeer worden niet gevisieerd²¹.

Bij de artikelsgewijze bespreking wordt onder artikel 2 ‘definities’ nogmaals ingegaan op het begrip onderneming. De voorgaande algemene toelichting wordt nog verduidelijkt als volgt:

“Zoals reeds in de algemene bespreking vermeld, wordt het begrip “verkoper” in het wetsontwerp verlaten ten voordele van het begrip “onderneming”. Deze laatste term verwijst naar alle natuurlijke of rechtspersonen die op duurzame wijze een economisch doel nastreven.

(...)

¹⁹ Parl. St. Kamer, 2009-2010, nr, 2340/1, p. 12 e.v.

²⁰ Wet van 15 september 2006 tot bescherming van de economische mededinging, B.S. 29 september 2006: artikel 1: “Voor de toepassing van deze wet wordt verstaan onder: 1° onderneming : alle natuurlijke of rechtspersonen, die op duurzame wijze een economisch doel nastreven”.

²¹ Parl. St. Kamer, 2009-2010, nr, 2340/1, p. 13 e.v.

Onder economische activiteit moet worden verstaan het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt. Het is niet relevant onder welke rechtsvorm dit gebeurt. Ook de wijze waarop de activiteiten worden gefinancierd speelt hierbij geen rol. Voor de verdere interpretatie van het begrip onderneming kan worden aangesloten bij de rechtspraak die het Hof van Justitie en de Belgische gerechtelijke instanties ter zake hebben ontwikkeld”.

Met het ruime ondernemingsbegrip heeft de wetgever – in navolging van de Europese rechtspraak terzake – de (lokale) overheid klaarblijkelijk NIET willen uitsluiten van het toepassingsgebied van de wet²². Volgens de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie²³ is een onderneming “*elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd*”.

Ook een overheid die zich op de markt begeeft, dient te worden gezien als een onderneming en is aldus gebonden aan dezelfde regels als de andere marktspelers.

Dit werd in de rechtspraak overigens ook al aangenomen onder de toepassing van de ‘oude’ WHPC. In een vonnis van de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel²⁴ werd geoordeeld:

“De instellingen of rechtspersonen waarin de Staat een overwegend aandeel heeft, die een handels-, financiële of industriële activiteit uitoefenen en die producten of diensten te koop aanbieden of verkopen, zijn verkopers in de zin van art. 1, 6° W.H.P.C.

Aangezien de daadwerkelijke bedrijvigheid van de Dienst voor Inschrijvingen van Voertuigen erin bestaat gegevens te leveren aan Febiac en haar leden, kan hij als verkoper worden beschouwd”.

Het Hof van beroep te Gent²⁵ beschouwde het Onafhankelijk Ziekenfonds dat reizen aanbiedt en organiseert, als een ‘verkoper’ in de zin van de WHPC.

Intercommunales in de sector van de afvalverwerking werden al als verkoper beoordeeld, ook wanneer geen tegenprestatie verschuldigd is door diegene aan wie de dienst ten goede komt²⁶.

De MIVB (vennootschap naar publiekrecht) werd als onderneming beschouwd voor haar activiteiten van openbaar stedelijk vervoer en eveneens voor haar activiteiten van beheer van toeristische attracties²⁷.

In een belangwekkend arrest van het Grondwettelijk Hof²⁸ werd het toepassingsgebied van de WHPC grondwetsconform geïnterpreteerd zodat de NMBS als een ‘verkoper’ werd gekwalificeerd, zelfs in het kader van haar opdracht van openbare dienstverlening.

²² Zie algemeen overzicht van rechtspraak: B. KEIRSBILCK, E. TERRY, “Overzicht van rechtspraak handelspraktijken 2003-2010 - Toepassingsgebied en definities”, TPR. 2011, afl. 3, 1003-1030.

²³ HvJ 23 april 1991, *Höfner en Eiser*, C-41/90 – overweging 21; HvJ 11 december 2007, *ETI e.a.*, C-280/06 – overweging 38.; HvJ 10 januari 2006, *Ministero dell’Economia e delle Finanze*, C-222/04 – overweging 107-108; HvJ 28 juni 2005, *Dansk Rørindustri e.a./Commissie*, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, Jurispr. blz. I-5425, punt 112; 10 januari 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*, C-222/04, Jurispr. blz. I-289, punt 107, en 11 juli 2006, *FENIN/Commissie*, C-205/03 P, Jurispr. blz. I-6295, punt 25.

²⁴ Vz. Kh. Brussel 12 juli 1996, RW. 1996-97 (verkort), 855, noot J. MEEUSEN.

²⁵ Gent 7 december 2009, NJW. 2010, nr. 231, p. 762-765.

²⁶ Antwerpen 11 september 2003, *Jb.Hand.Med.* 2003, 772.

²⁷ Brussel (9e k.) 11 juli 2003, nr. 2003/AR/547, 2003/AR/548, DAOR. 2003, afl. 65, 40, *Jb.Hand.Med.* 2003, 890.

²⁸ Grondwettelijk Hof 26 oktober 2005, nr. 2005-159.

c) Wanneer begeeft de overheid zich op de markt?

Nu vast staat dat een (lokale) overheid als een onderneming dient te worden beschouwd indien zij een economische activiteit ontwikkelt of - anders gezegd – zich op de markt begeeft, rest nog de vraag wat dan dient te worden verstaan onder het zich op de markt begeven.

In de Memorie van Toelichting²⁹ bij de WMPC lezen we dienaangaande:

“Overheidsinstellingen zijn ondernemingen voor wat betreft hun activiteiten die buiten hun wettelijke taak van algemeen belang vallen. Wanneer de betrokken activiteit behoort tot de essentiële taken van de publieke overheid, met name de uitoefening van bevoegdheden die typisch degene zijn van een publieke overheid, dan handelt de overheidsinstelling niet als een onderneming.

Gaat het daarentegen om een economische activiteit die niet noodzakelijk moet worden verzorgd door de overheid, dan handelt de overheidsinstelling wel als een onderneming. Om uit te maken of een overheidsinstelling optreedt als “onderneming”, zal het bijgevolg nodig zijn de door haar verrichte activiteiten van geval tot geval te onderzoeken”

In een recent arrest van het Grondwettelijk Hof³⁰ werd benadrukt dat de uitsluiting van een categorie van marktspelers – in casu betrof het de vrije beroepen - van het toepassingsgebied van (o.a.) de wet marktpraktijken, in strijd was met het gelijkheidsbeginsel, nu deze zich evengoed op de markt begeven, en aldus aan dezelfde regels moeten worden onderworpen als andere ondernemingen. Deze uitspraak spooft ook met het Europeesrechtelijk ondernemersbegrip.

In een zeer duidelijk gemotiveerd vonnis van de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Hasselt³¹ wordt een netbeheerder als ‘onderneming’ aangemerkt. Het reglement van deze netbeheerder dient aldus op eenzelfde wijze te worden benaderd als de ‘algemene voorwaarden’ van een zuiver private onderneming.

Het vonnis volgt de hiervoor weergegeven Memorie van Toelichting bij de wet marktpraktijken, en verduidelijkt dat enkel de typische overheidstaken uitgesloten zijn van het (Europees) markten- en consumentenrecht. *“Het gaat hier om activiteiten die typisch voorbehouden zijn voor de openbare besturen en waar de uitoefening van de activiteit in normale marktpraktijken onmogelijk is”*. De rechter stelt daarop vast dat de activiteiten van een netbeheerder even goed door een private onderneming zouden kunnen worden uitgeoefend, en dat het aldus niet gaat om zaken van een *“essentieel nationaal belang die het prerogatief van de staat uitmaken”*.

Deze beoordeling sluit aan bij een arrest van het Hof van Beroep te Brussel³² onder de Wet tot bescherming van de economische mededinging (WBEM), waarin werd geoordeeld:

“Het begrip ‘onderneming’ zoals bedoeld in de artikelen 1 en 3 WBEM heeft geen andere draagwijdte dan deze die er wordt aan gegeven in het Europees Mededingingsrecht. In het licht van vaste rechtspraak van het Hof van Justitie EG dient het begrip ‘onderneming’ in de context van het mededingingsrecht te worden begrepen als elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd. Onder een economische activiteit wordt verstaan iedere activiteit bestaande in het aanbieden

²⁹ Parl. St. Kamer, 2009-2010, nr. 2340/1, p. 37 e.v.

³⁰ Grondwettelijk Hof nr. 2011/55, 6 april 2011; NJW. 2011, nr. 241, p. 298, noot R. Steennot; M. VERHOEVEN, “Vrije beroepen onderworpen aan marktpraktijkenwet, DJK. nr. 228, 20 april 2011; Voorz. Kh. Antwerpen nr. A/10/5314, 15 juli 2010, RW. 2010-11 (samenvatting), afl. 1, 45.

³¹ Vz. Kh Hasselt (zoals in kortgeding), 25 oktober 2010, NJW. 2011, nr. 237, p. 146-149.

³² Brussel 31 januari 2006, Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 2006, p. 762 e.v.

van goederen of diensten op een bepaalde markt. In dat verband is het op zich niet relevant of de activiteit door een publieke overheid wordt uitgeoefend. Daarentegen is wel van belang of de activiteit van een openbare overheid of het door haar aangewezen organisme al dan niet kan worden afgescheiden van de uitoefening van haar openbare macht. Indien de activiteit kan worden afgescheiden van de uitoefening van de openbare macht, blijft ze onderworpen aan de mededingingsregels. Een relevante aanwijzing om uit te maken of een activiteit al dan niet tot de openbare macht behoort is deze te weten of ze al dan niet door een private onderneming zou kunnen worden uitgeoefend³³.

Voorgaande redenering kan worden bijgetreden. Samenvattend kan worden herhaald dat niet de aard van de rechtspersoon – privaat of publiek – maar wel de aard van de activiteit van belang is voor het begrip onderneming. Dat diensten of goederen gratis worden aangeboden, maakt evenmin verschil. Hét onderscheidingscriterium om na te gaan of een overheid optreedt als onderneming - en dus onder het toepassingsgebied van de Wet Marktpraktijken valt- is de vraag of deze overheid zich op de markt begeeft, waar zij in concurrentie komt met andere marktdeelnemers, en dus niet optreedt in het kader van haar (klassieke) publiekrechtelijke prerogatieven³⁴.

Bij de organisatie van een groepsaankoop lijkt dit het geval te zijn. Immers kan dergelijke actie net zo goed door een louter private onderneming worden opgezet, hetgeen in de praktijk ook gebeurt. De organisatie van een groepsaankoop kadert wel in bvb. een welzijnsbeleid (bij groepsaankopen van stookolie) of milieubeleid (bij groepsaankopen van isolatie of groene stroom) van het lokaal bestuur, doch behoort niet tot de kerntaken en prerogatieven van een openbaar bestuur dat niet door private ondernemingen zou kunnen worden uitgevoerd. Voor de realisatie van haar beleid begeeft het lokaal bestuur zich op de markt waar het in concurrentie komt met andere marktspelers en aldus aan dezelfde markt- en mededingingsregels is onderworpen.

Dat is ook wat werd beslist door het Hof van Beroep te Gent in de stookoliearresten van 29 maart 2010. Het Hof besliste dat het OCMW van Kluisbergen als verkoper kon gekwalificeerd worden in de zin van de WHPC, voor zijn activiteiten van groepsaankoop van stookolie. Het OCMW had aan alle inwoners van de gemeente de mogelijkheid gegeven deel te nemen aan een samenaankoopactie. Het Hof van Beroep oordeelde dat het OCMW als overheidsinstelling daden had gesteld die overeenstemden met makelaarsverrichtingen en dus daden van koophandel en ‘diensten’ in de zin van de WHPC.

2.2.2.2. Welke grenzen stelt de WMPC (en andere wetgeving) aan de organisatie van private groepsaankopen?

a) Algemeen: verbod van oneerlijke marktpraktijken (jegens niet consumenten)

Nu duidelijk is dat een overheid, wanneer zij zich op de markt van de groepsaankopen begeeft, kan worden beschouwd als een ondernemer in de zin van de WMPC, dient de wettigheid van zulke groepsaankoop georganiseerd door een (lokaal) bestuur te worden getoetst aan de principes van deze wet.

De door de tegenstanders van groepsaankopen ingeroepen bepaling om de beweerde onwettigheid ervan te staven, is artikel 95 WMPC. Dit artikel bepaalt:

³³ Dit is een principe dat ook in de Europese rechtspraak terug komt: H.v.J. 24 oktober 2002, C-82/01, Aéroports de Paris / Commissie, Jur. 2002, I, 9297, 82.

³⁴ G. STRAETMANS, J. STUYCK, “De wet van 6 april 2010 betreffende de marktpraktijken en consumentenbescherming: een onvoldoende stap in de goede richting”, *RW*. 2010-11, p. 387.

“Verboden is elke met de eerlijke marktpraktijken strijdige daad waardoor een onderneming de beroepsbelangen van een of meer andere ondernemingen schaadt of kan schaden”.

Artikel 95 WMPC wordt beschouwd als een toepassing en concretisering van de algemene zorgvuldigheidswaarde van artikel 1382 BW, in het marktrecht³⁵. Voor een inbreuk op artikel 95 wordt ook een fout, schade aan beroepsbelangen en een oorzakelijk verband vereist. De fout kan bestaan in de schending van een wettelijke norm – niet noodzakelijk een economische norm – of in de schending van de algemene zorgvuldigheidswaarde. Elke zorgvuldige onderneming dient zich te onthouden van oneerlijke/ onethische marktpraktijken.

In casu van belang is de in de rechtspraak ontwikkelde inbreuk op de eerlijke marktpraktijken ‘marktbederf’. Deze inbreuk wordt ingeroepen door ondernemingen die zich oneerlijk beconcurreren zien door bvb. overheden of vzw’s die bepaalde diensten gratis of goedkoper kunnen aanbieden.

De rechtspraak is zeer terughoudend in het toekennen van dergelijke inbreuk. Zo oordeelde het Hof van Beroep te Brussel in de Gentse watertaxi-zaak terecht dat het gratis aanbieden van transportdiensten op het water geen daad strijdig met de eerlijke handelsgebruiken uitmaakte. Er was geen sprake van rechtsmisbruik; er werd niet bewezen dat een economisch ongeoorloofd doel werd nagestreefd; noch dat de normale marktmechanismen opzettelijk zouden ontregeld worden om de concurrentie uit de markt te prijzen en de markt te domineren³⁶. Het gratis aanbieden van diensten is niet per definitie verboden³⁷.

b) Toegepast: groepsaankopen zijn (in principe) niet in strijd met de eerlijke marktpraktijken

Gezien het voorgaande kan het vonnis van de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen³⁸ worden bijtreden. De rechter oordeelde – zij het in korte bewoordingen – dat de organisatie van zulke samenaankopen geen marktversturende effecten had, en aldus in overeenstemming was met de WHPC (en dus ook met de WMPC).

De organisatie van een groepsaankoop is dus alleszins niet per definitief in strijd met de eerlijke marktpraktijken. Echter zal de organisatie aan enkele voorwaarden moeten voldoen.

In eerste instantie is de overheid gehouden haar eigen organieke regels te respecteren. Vervolgens dient een overheid de beginselen van vrije mededinging en - meer algemeen – de algemene zorgvuldigheidswaarde te respecteren. Deze voorwaarden worden hierna uiteengezet.

c) Invloed van de organieke regels?

³⁵ B. KEIRSBILCK en E.TERRY, “Overzicht van rechtspraak handelspraktijken 2003-2010] “Verboden praktijken” (Hoofdstuk IV)”, *TPR* 2011, afl. 3, 1165-1261.

³⁶ Brussel 16 november 2004, *DCCR*. 2005, afl. 69, 109, noot G. Ballon; *Jb.Hand.Med.* 2004, 475; *RABG*. 2005, afl. 10, 887, noot.

³⁷ Antwerpen 11 september 2003, *Jb.Hand.Med.* 2003, 772 – aangaande een intercommunale die gratis kippen uitdeelde.

³⁸ Vz Kh. Antwerpen, 19 november 2008, rolnr. C/08/0184, onuitg – besproken in C. VAN VYVE, “Particulieren mogen wel gezamenlijk stookolie aankopen”, *DJK*. 14 januari 2009, p. 5.

In de stookolie-arresten wordt de WHPC – en meer bepaald artikel 94/3 – geschonden geacht omdat het OCMW buiten zijn wettelijke bevoegdheden is opgetreden. Een zelfde redenering gaat op voor de WMPC.

Zoals hiervoor reeds toegelicht, worden de eerlijke marktpraktijken eveneens geschonden geacht door de inbreuk op een bepaalde wettelijke norm, ongeacht de strekking, dus niet alleen handelsrechtelijke bepalingen. Dit was van belang in de stookolierechtspraak, gezien de bevoegdheid van de stakingsrechter (voorzitter rechtbank van koophandel, handelend zoals in kortgeding) in vraag werd gesteld.

Welnu, de WMPC sluit de bevoegdheid van de stakingsrechter om zich uit te spreken over inbreuken op andere wetten (buiten het handelsrecht) niet uit³⁹. Wanneer echter de stakingsrechter bij zijn onderzoek over de grond van de zaak vaststelt dat de vraag of er een schending is van een wettelijke of reglementaire bepaling (andere dan een bepaling van de WMPC) minstens controversieel is, dient hij tot de bevinding te komen dat de toepassing van de beweerd geschonden wetgeving of reglementering niet kan worden afgedwongen door middel van een maatregel die gevorderd wordt in een procedure die op de wijze van het kort geding wordt gevoerd⁴⁰.

De stakingsrechter kan dus onderzoeken of het bestuur zijn wettelijk bepaalde bevoegdheden heeft nageleefd.

Een (lokaal) bestuur kan in geen enkel geval buiten zijn (grond)wettelijke bevoegdheden optreden, ook niet wanneer het zich als onderneming op de markt begeeft. Het handelen van een openbaar bestuur als onderneming is immers een toepassing van de zogenaamde ‘tweewegenleer’⁴¹, de leer die stelt dat een bestuur principieel de vrije keuze heeft, of het zich voor de realisatie van haar bevoegdheden beroept op het publiek recht, dan wel zich bedient van het privaat recht.

De organisatie van een groepsaankoop is een privaatrechtelijke techniek om de wettelijke bevoegdheden van het lokaal bestuur te realiseren. Het bekomen van een goedkopere stookoliefactuur zou ook kunnen worden gerealiseerd via de publiekrechtelijke techniek van bvb. een subsidie of uitkering (cfr. het stookoliefonds).

Welnu, een openbaar bestuur dient ook wanneer het kiest voor een privaatrechtelijke techniek - evenzeer als wanneer het zijn publiekrechtelijke prerogatieven aanwendt - de bevoegdheidsregels in acht dient te nemen⁴².

Voor gemeenten zal dit in de praktijk geen probleem vormen.

In tegenstelling tot OCMW's of andere functioneel gedecentraliseerde overheidsinstellingen, hebben gemeenten – als territoriaal gedecentraliseerde overheidsinstellingen, geen specifiek afgebakende bevoegdheden.

³⁹ Ook bevestigd in het stookoliearrest: Gent (7ek.) 29 maart 2010, *TGR-TWVR* 2010, afl. 3, 144, noot G. Ballon.

⁴⁰ Dit komt eveneens aan bod in het stookoliearrest Gent (7ek.) 29 maart 2010.

⁴¹ J. MERTENS, “De contractuele verantwoordelijkheid van de openbare besturen”, *TBP*. 1948, p. 116; D. D’HOOGHE, “Overeenkomsten met de overheid”, in X. *De overeenkomst: vandaag en morgen*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 134-135; D. D’HOOGHE, “De mogelijkheid voor openbare besturen om beleidsovereenkomsten te sluiten en deel te nemen aan de oprichting van rechtspersonen”, *T. Gem.* 1995, 75-105.

⁴² W. VAN GERVEN, “Overeenkomsten met de overheid”, *TPR*.1748-1749.

Krachtens de artikelen 41 en 162 van de Grondwet zijn gemeenten immers bevoegd voor alle aangelegenheden van gemeentelijk belang, zolang hen deze bevoegdheid niet expliciet of impliciet werd ontnomen (art 41 GW)⁴³.

Artikel 2 van het gemeentedecreet omschrijft de bevoegdheid van de gemeenten als volgt:

“De gemeenten beogen om op het lokale niveau bij te dragen tot het welzijn van de burgers en tot de duurzame ontwikkeling van het gemeentelijk gebied. Overeenkomstig artikel 41 van de Grondwet zijn ze bevoegd voor de aangelegenheden van gemeentelijk belang voor de verwezenlijking waarvan ze alle initiatieven kunnen nemen”.

Gemeenten zijn bevoegd om alle zaken van gemeentelijk belang te regelen, zolang hun bevoegdheid op dit vlak niet is beperkt door hogere regelgeving.

Andere lokale besturen dan gemeenten (en provincies) – die per definitie geen algemene bevoegdheid hebben - zullen echter steeds moeten afwegen of de organisatie van een groepsaankoop binnen hun bevoegdheid/ (statutaire) doelstellingen valt. Voor de organisatie van groepsaankopen van groene stroom door de provincie, zal zo moeten worden aangetoond dat de doelstelling van verlaging van de energiefactuur een zaak van provinciaal (dus bovenlokaal) belang is.

d) Waarborgen van vrije mededinging en eerlijke concurrentie

Hoewel de overheidsopdrachtenreglementering strikt genomen niet van toepassing is, wordt aangenomen dat een overheid in al haar marktinitiatieven gehouden is de algemene (Europeesrechtelijke) beginselen inzake vrije mededinging na te leven⁴⁴. Het Belgisch en Europees mededingingsrecht is immers van toepassing, nu de overheid handelt als ondernemer. In dit kader moet de overheid er dus over waken dat zij handelt overeenkomstig de eerlijke marktpraktijken.

Het niet toepasselijk zijn van de overheidsopdrachtenregelgeving bevrijdt een overheid dus niet van de grondwettelijke en Europeesrechtelijke gelijke behandelingsplicht (mededingingsprincipe) en de naleving van de beginselen van behoorlijk bestuur (zorgvuldigheidsbeginsel, redelijkheidsbeginsel, rechtszekerheidsbeginsel, enz...) die toepasselijk zijn op elk overheidshandelen.

Ook bij de organisatie van een private groepsaankoop moet de overheid er aldus over waken dat zij de voornoemde beginselen respecteert en zodoende de vrije mededinging niet verstoort.

In concreto komt dit erop neer dat de groepsaankoop passend moet worden bekendgemaakt bij mogelijk geïnteresseerde aanbieders. De procedure moet ten allen tijde gelijke behandeling van de deelnemers garanderen en moet op een transparante wijze leiden tot de aanduiding van de op basis van objectieve criteria meest gunstige inschrijver. Terecht verweet het Hof van Beroep van Gent de OCMW's dat zij de samenaankoop van stookolie onvoldoende transparant bekend gemaakt hadden.

⁴³ X., “De gemeentelijke autonomie, IN A. MAST, J. DUJARDIN, M. VANDAMME en J. VANDELANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2009, p 529 e.v.

⁴⁴ D. D'HOOGHE en S. JOCHEMS, “Algemene beginselen van het (precontractueel) overheidsopdrachtenrecht, in D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 2009, p. 57- 76. Zie ook: INTERPRETATIEVE MEDEDELING VAN DE COMMISSIE van 1 augustus 2006 over de gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, 2006/C 179/02. Beschikbaar op <http://eur-lex.europa.eu>.

Elke leverancier moet dus de mogelijkheid hebben om deel te nemen aan de groepsaankoop. Het bestuur kan niet zonder bekendmaking eigengereid beslissen welke leveranciers zij uitnodigt.

De organisatie van een private groepsaankoop door een (lokaal) bestuur vertoont zodoende veel kenmerken van een klassieke overheidsopdrachtenprocedure (aanbesteding, offertaanvraag, onderhandelingsprocedure), zij het dat de procedure – bij gebreke aan strikte regels – meer flexibel vorm kan worden gegeven.

Een goede leidraad voor wanneer de overheid zich op de markt begeeft en de overheidsopdrachtenreglementering niet van toepassing is, kan worden gevonden in de interpretatieve mededeling van de Europese Commissie van 1 augustus 2006 *over de gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen*⁴⁵. De richtlijnen van deze mededeling, kunnen als volgt worden samengevat:

- Passende bekendmaking: ‘dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de markt voor mededinging wordt geopend’. Dit kan via internet, officiële publicatiebladen, media, aanplakking of anderszins.
- Transparantie: elke geïnteresseerde ondernemer dient toegang te krijgen tot alle relevante informatie over de opdracht voordat zij wordt gegund zodat zij desgewenst haar belangstelling voor die opdracht kan tonen.
- Eerlijke en onpartijdige procedure: Een niet-discriminerende omschrijving van het voorwerp van de opdracht, gelijke toegang voor alle ondernemingen, passende termijnen, een transparante en objectieve aanpak,...
- Gelijke behandeling en non-discriminatie: Het is van belang dat de uiteindelijke beslissing over de gunning van de opdracht in overeenstemming is met de vooraf vastgestelde procedurele voorschriften en dat volledig de hand wordt gehouden aan de beginselen van non-discriminatie en gelijke behandeling.

In het toepassingsvoorbeeld van de samenaankoop van groene stroom opgezet door de Provincie Antwerpen wordt gewerkt met een objectief systeem van veiling.

In een eerste fase worden de inwoners opgeroepen om deel te nemen door zich – vrijblijvend – in te schrijven voor de actie. Vervolgens wordt – in de tweede fase – deze groep van inwoners/klanten aangeboden op de markt, waarbij elke elektriciteitsleverancier kan intekenen. Door middel van een elektronische veiling wordt daarop de goedkoopste leverancier aangeduid. In de laatste fase neemt de gekozen leverancier – in samenspraak met de provincie - contact met de deelnemende inwoners, die op dat ogenblik vrijblijvend kunnen beslissen of zij op het weerhouden voorstel ingaan, waarna desgevallend een individuele overeenkomst tussen de inwoner en de leverancier tot stand komt.

Deze transparante en objectieve procedure lijkt in lijn met de voorwaarden gesteld door de WMPC en het Europees recht. Gezien elke marktspeler de kans krijgt om deel te nemen aan de samenaankoop, wordt de vrije mededinging gewaarborgd.

⁴⁵ : INTERPRETATIEVE MEDEDELING VAN DE COMMISSIE van 1 augustus 2006 *over de gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen*, 2006/C 179/02. Beschikbaar op <http://eur-lex.europa.eu>.

3. Publieke groepsaankopen: de organisatie van een aankoop- of opdrachtcentrale

3.1. Begrip en werking van de aankoop- of opdrachtcentrale onder de wet overheidsopdrachten van 15 juni 2006

3.1.1. Definitie van de aankoop-en opdrachtcentrale

Zoals gezegd moet voor publieke groepsaankopen meteen worden gedacht aan de aankoop- of opdrachtcentrale in de zin van artikel 2,4° van de wet overheidsopdrachten van 15 juni 2006.

Artikel 2,4° definieert de aankoop- of opdrachtcentrale als volgt:

“aankoopcentrale of opdrachtcentrale: een aanbestedende overheid in de zin van 1° die:

- *leveringen of diensten verwerft die bestemd zijn voor aanbestedende overheden, overheidsbedrijven of aanbestedende entiteiten of*
- *overheidsopdrachten of raamovereenkomsten plaatst met betrekking tot werken, leveringen of diensten die bestemd zijn voor aanbestedende overheden, overheidsbedrijven of aanbestedende entiteiten”;*

Dit systeem van groepsaankopen verschilt van de hiervoor omschreven private groepsaankopen nu de aankoop- of opdrachtcentrale er toe gehouden is om de wetgeving overheidsopdrachten toe te passen, waar er voor de private groepsaankopen geen voorgeschreven procedures bestaan.

Doordat aankoop- en opdrachtcentrales aankopen gegroepeerd doen, kunnen belangrijke besparingen worden gerealiseerd: door de grote volumes kunnen lagere prijzen worden bedongen en ook de kosten zijn lager omdat slechts één aankoopprocedure moet worden toegepast⁴⁶. Inzake energie kan de samenwerking tussen verschillende besturen eveneens een voordeel opleveren⁴⁷.

De aankoop- of opdrachtcentrale is belast met de organisatie van een overheidsopdrachtenprocedure, waarna de deelnemende ‘besturen’ kunnen afnemen of deelnemen, zonder zelf nog een overheidsopdrachtenprocedure te organiseren. Dit wordt expliciet voorzien in artikel 15 van de overheidsopdrachtenwet 2006, die bepaalt:

“Een aanbestedende overheid die een beroep doet op een aankoop- of opdrachtcentrale als bedoeld in artikel 2, 4°, is vrijgesteld van de verplichting om zelf een gunningsprocedure te organiseren”.

Aangezien artikel 15 de wettelijke verankering vormt van een jarenlang gebruik en geen bijzondere uitvoeringsmaatregelen vereist, werd de inwerkingtreding ervan vastgesteld op de dag van publicatie van de wet (nl. 15 februari 2007)⁴⁸. Op die manier werd vermeden dat aanbestedende overheden die een beroep deden op centrales zouden terechtkomen in een juridisch vacuüm.

3.1.2. Onderscheid tussen de aankoop- en opdrachtcentrale

Een aankoopcentrale verschilt van een opdrachtcentrale.

⁴⁶ C. DE KONINCK en P. FLAMEY, *“De wetten van 15 en 16 juni 2006 houdende de omzetting van de Europese overheidsopdrachtenrichtlijnen – Algemene inleiding en tekstgeschiedenis”*, Antwerpen, Maklu, 2007, p. 127.

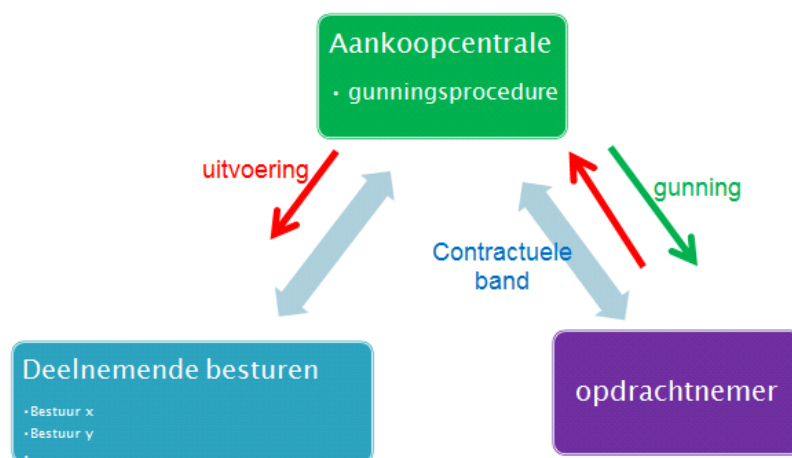
⁴⁷ W. VANDORPE, D. HAVERBEKE, J. DEBIEVRE en W. NEVEN *“De gezamenlijke aankoop van energie door en voor overheden”* in C. DE KONINCK, P. FLAMEY, P. THIEL en B. DEMEULENAERE (eds.), *Jaarboek Overheidsopdrachten 2010-2011*, Brussel, EBP, 2010, p. 858-878.

⁴⁸ Artikel 80 overheidsopdrachtenwet 2006.

Een **aankoopcentrale** koopt zelf voor eigen rekening en verkoopt vervolgens door aan de deelnemende aanbestedende overheden. Het is dus de aankoopcentrale zelf die met de dienstverleners of leveranciers contracteert. In dit systeem treedt de aankoopcentrale dus niet louter op als makelaar tussen de klant en de aanbieders, zodat deze constructie niet aansluit bij de private groepsaankopen zoals hiervoor omschreven. Een aankoopcentrale is vanzelfsprekend enkel mogelijk voor opdrachten voor diensten en leveringen, nu werken niet via de tussenpersoon van de centrale kunnen worden verstrekt.

Hoewel dit type van publieke groepsaankopen in België en vele andere Europese landen sinds lange tijd bestaat, is het voor het eerst dat hiervoor – in navolging van de overheidsopdrachtenrichtlijnen⁴⁹ - een duidelijke wettelijke basis wordt voorzien in de wet van 2006.

Een aankoopcentrale kan schematisch als volgt worden voorgesteld:



Er bestaat dus geen contractuele band tussen de dienstverlener of leverancier en de deelnemende besturen/ afnemers.

Een **opdrachtcentrale** handelt niet voor zichzelf, maar handelt in naam en voor rekening van de deelnemende aanbestedende overheden, die elk voor zichzelf contracteren met de aannemer/leverancier/dienstverlener. Een opdrachtcentrale is dus mogelijk zowel voor opdrachten voor werken, leveringen als diensten. De opdrachtcentrale wordt in principe geen contractpartij (al is dit wel een mogelijkheid).

Het systeem van de opdrachtcentrale werd niet voorzien in de Europese overheidsopdrachtenrichtlijnen. Niettemin heeft de wetgever ervoor geopteerd dit systeem op te nemen in de wet, nu er een verschil bestaat met de aankoopcentrales. In de parlementaire voorbereiding⁵⁰ wordt dit als volgt uitgelegd:

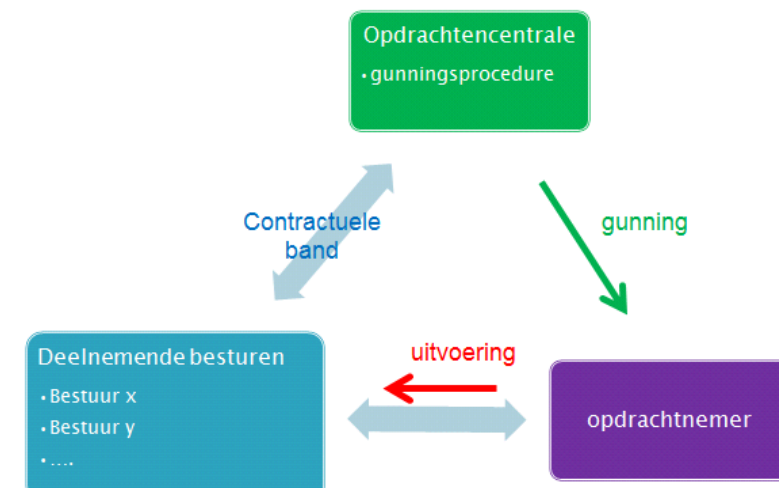
⁴⁹ Zie artikel 1, 10° en artikel 11 Richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten. De opname van de 'aankoopcentrale' in de overheidsopdrachtenrichtlijn wordt als volgt toegelicht (overweging nr. 15): "In de lidstaten zijn bepaalde centrale aankoopstechnieken ontwikkeld. Verscheidene aanbestedende diensten zijn belast met het verlenen van aankopen of het gunnen van overheidsopdrachten/het sluiten van raamovereenkomsten voor andere aanbestedende diensten. Door de omvang van de aankopen maken deze technieken het mogelijk de mededinging te verbreden en overheidsbestellingen efficiënter te plaatsen. Er moet dus worden voorzien in een communautaire definitie van voor aanbestedende diensten werkende aankoopcentrales. Tevens moeten de voorwaarden worden vastgesteld waaronder aanbestedende diensten die met eerbiediging van het beginsel van non-discriminatie en het gelijkheidsbeginsel via een aankoopcentrale werken, leveringen en/of diensten verwerven, kunnen worden geacht deze richtlijn te hebben nageleefd".

⁵⁰ Parl. St. Kamer 2005-2006, nr. 2237/1, p. 15.

“Sommige centrales doen geen aankopen, maar gunnen slechts opdrachten voor rekening van andere aanbestedende overheden. In die gevallen kan men beter spreken van opdrachtcentrales”.

Binnen het systeem van de opdrachtcentrale zijn er verschillende vormen mogelijk. De opdrachtcentrale kan enkel optreden in de gunningsfase, en is dan belast met het voeren van de overheidsopdrachtenprocedure waarna de deelnemende aanbestedende overheden een overeenkomst afsluiten met de aannemer/ leverancier/ dienstverlener. Verder is het mogelijk dat de opdrachtcentrale ook tijdens de uitvoeringsfase een rol blijft spelen inzake toezicht op de uitvoering (naleving van de overeenkomst), of dat de opdrachtcentrale een raamovereenkomst afsluit met de aannemer/ leverancier/ dienstverlener waarbinnen de deelnemende aanbestedende overheden de opdrachten kunnen afnemen.

Een opdrachtcentrale kan schematisch als volgt worden voorgesteld:



3.1.3. Verschil met systeem van de samengevoegde opdracht

Volledigheidshalve kan worden vermeld dat een publieke groepsaankoop ook mogelijk is onder de vorm van een samengevoegde opdracht voorzien in artikel 19 van de Overheidsopdrachtenwet van 1993 en artikel 38 van de wet overheidsopdrachten van 2006.

Artikel 38 WOO 2006 bepaalt:

“In geval van een samengevoegde opdracht voor rekening van verschillende aanbestedende overheden en in voorkomend geval van privaatrechtelijke personen, duiden de betrokken personen de overheid of entiteit aan die in hun naam in de hoedanigheid van aanbestedende overheid zal optreden. De voorwaarden van de opdracht kunnen voorzien in een afzonderlijke betaling voor elk van die personen”.

Met dit systeem kunnen verschillende besturen één opdracht gunnen. Zij duiden onder hen één pilootbestuur aan dat de overeenkomst met de dienstverlener/ aannemer/ leverancier afsluit en aldus het aanspreekpunt is. Het pilootbestuur voert de procedure in naam van de andere besturen. Hoewel er één pilootbestuur is dat contracteert, kunnen de bijzondere voorwaarden wel voorzien in een afzonderlijke betaling.

Het pilootbestuur is in feite een bijzondere lasthebber van de andere deelnemende besturen, zodat het mandaat duidelijk dient te worden vastgesteld in een achterliggende samenwerkingsovereenkomst⁵¹.

Het systeem van de samengevoegde opdracht is bijzonder geschikt voor een éénmalige operatie waarbij één bepaalde opdracht gezamenlijk wordt gevoerd.

Artikel 38 van de (nieuwe) overheidsopdrachtenwet van 2006 voorziet de mogelijke deelname van privaatrechtelijke personen, 'ongeachte of deze de hoedanigheid van aanbestedende overheid bezitten in de zin van artikel 2,1° van de wet'.

De samengevoegde opdracht zet aldus wel de deur open naar een gemengde en dus publiek-private vorm van groepsaankopen, waarbij zowel private personen als besturen (aangebestede overheden) deelnemen aan een groepsaankoop.

3.2. Toepassingsvoorwaarden en organisatie van een aankoop- of opdrachtcentrale

3.2.1. Ruim toepassingsgebied

De concrete invulling van de aankoop- of opdrachtcentrale wordt niet nader uitgewerkt in de overheidsopdrachtenwet van 2006. Ook binnen het (nieuwe) K.B. Plaatsing⁵² wordt niets bepaald. De hiervoor geciteerde bepalingen vormen aldus het enige wettelijk kader.

Hieruit volgt dat de aankoop- of opdrachtcentrale nauwelijks beperkingen kent. Het systeem kan worden toegepast voor alle gunningsprocedures (aanbesteding, offerteaanvraag, onderhandelingsprocedure, concurrentiedialoog,...), ongeacht het bedrag. De bundeling van een 'aankoop' in een centrale zal wel tot gevolg hebben dat grotere opdrachten ontstaan zodat de onderhandelingsprocedure (onder de voorziene drempelbedragen) veelal niet zal kunnen worden toegepast en de Europese drempelbedragen sneller bereikt zijn.

Uit de wettelijke definitie van de aankoop- of opdrachtcentrale kan echter één duidelijke beperking worden afgeleid. Een aankoop- of opdrachtcentrale is zelf een aanbestedende overheid én de centrale kan enkel optreden voor 'aangebestede overheden, overheidsbedrijven of aanbestedende entiteiten'. Deze termen worden gedefinieerd in respectievelijk artikel 2,1°, 2° en 3° van de overheidsopdrachtenwet 2006.

De aankoop- of opdrachtcentrale kan in deze letterlijke lezing van de wettelijke definities aldus geen werken, producten of diensten verwerven voor private entiteiten. Hieruit volgt dat private en publieke groepsaankopen strikt gescheiden dienen te blijven.

Deze beperking is nieuw en volgt niet uit de Europese overheidsopdrachtenrichtlijnen. Voor opdrachten onder de (oude) overheidsopdrachtenwet 1993 – waar de aankoop- of opdrachtcentrale niet expliciet voorzien is – werd in de rechtspraak van de Raad van State de deelname van private entiteiten aan een aankoopcentrale aanvaard⁵³. Het is dan ook de vraag of de Belgische wetgever deze beperking van het toepassingsgebied gewild heeft.

⁵¹ Zie echter: RvS nr. 42.706, 27 april 1993, *T. Aann.* 1993, 389 waar de samengevoegde opdracht niet als lastgeving maar als een mandaat wordt beschouwd waarbij de deelnemende overheid afstand doet van haar bevoegdheid.

⁵² Koninklijk besluit van 15 juli 2011 betreffende plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren, *B.S.* 9 augustus 2011.

⁵³ RvS nr. 216.388 van 22 november 2011, *soc de droit anglais, axell wireless limited company.*

Wel is het zo dat het begrip aanbestedende overheid wordt binnen artikel 2,1°, d) overheidsopdrachtenwet 2006 (= art. 4§2,8° overheidsopdrachtenwet 1993) maximaal ingevuld. Entiteiten die op het eerste gezicht geen publiekrechtelijke instelling lijken, zullen wel degelijk als aanbestedende overheid worden beschouwd indien zij voldoen aan de cumulatieve voorwaarden⁵⁴ opgenomen in artikel 2,1°, d) van de wet⁵⁵.

Bepaalde rechtsleer stelt dat ook zuiver private entiteiten deel uit kunnen maken van een aankoop- of opdrachtcentrale. Voorwaarde hierbij is wel dat de centrale het karakter van aanbestedende overheid behoudt⁵⁶.

3.2.2. De organisatie van een aankoop- of opdrachtcentrale

De concrete vormgeving van de aankoop- of opdrachtcentrale roept verschillende juridische vragen op, met name op het vlak van het vastleggen van de modaliteiten van samenwerking tussen de deelnemende besturen (aangebestedende overheden).

3.2.2.1. De aankoopcentrale

Voor een aankoopcentrale is de juridische organisatie vrij duidelijk. De aankoopcentrale voert de gunningsprocedure, ziet toe op de uitvoering en is de enige contractpartij van de dienstverlener of leverancier.

De deelnemende overheden nemen af van de aankoopcentrale onder reglementair dan wel contractueel vastgelegde voorwaarden. De aankoopcentrale zal aldus de volledige verantwoordelijkheid dragen voor zowel de correcte gunning als uitvoering van de opdracht, en ook als enige contractpartij de betrokken dienstverlener of leverancier kunnen aanspreken wanneer deze in gebreke blijft.

3.2.2.2. De opdrachtcentrale

Een concrete uitwerking van een opdrachtcentrale roept meer vragen op⁵⁷.

Centraal staat de vraag of de centrale zelf partij wordt bij de overeenkomst met de aannemer/ leverancier/ dienstverlener of louter als lasthebber van de deelnemende besturen optreedt.

In het systeem van de opdrachtcentrale is de centrale in principe enkel actief tijdens de gunningsprocedure. Zodra de opdracht wordt gegund, komt een contractuele relatie tot stand tussen de aannemer/ leverancier/ dienstverlener en de deelnemende overheden. Het zijn dan ook de deelnemende overheden zelf die verantwoordelijk zijn voor het toezicht op de uitvoering.

⁵⁴ Deze voorwaarden zijn – samengevat – de volgende:

- Oppericht zijn met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn;
- Rechtspersoonlijkheid hebben;
- Onder determinerende overheidsinvloed staan;

⁵⁵ Zie hierover: G. LAENEN, J. DEBIEVRE en J. GEERTS, "Het toepassingsgebied van de regelgeving inzake overheidsopdrachten: capita selecta", in X. *Actualia Overheidsopdrachten*, Gent, Larcier, 2010, p. 9-78.

⁵⁶ P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des PPP*, Brussel, Kluwer, 2010, 219-220.

⁵⁷ K. LEUS, N. BRAECKEVELT en F. ONGENA, "Wat we samen doen doen we beter? De aankoop- en opdrachtcentrale en andere samenwerkingsvormen" in C. DE KONINCK, P. FLAMEY, P. THIEL en B. DEMEULENAERE (eds.), *Jaarboek Overheidsopdrachten 2010-2011*, Brussel, EBP Publishers, 2010, 664.

Tussenvormen zijn evenwel mogelijk. De centrale kan een grote of kleinere rol blijven spelen tijdens de uitvoering van de opdracht, met name middels de techniek van de raamovereenkomst, waarbij de opdrachtcentrale de globale raamovereenkomst afsluit en beheert, waarbinnen de deelnemende overheden deelopdrachten 'bestellen'.

Vraag is ook wie als centrale optreedt. Twee vormen zijn mogelijk. Verschillende aanbestedende overheden richten een afzonderlijke rechtspersoon op die als centrale optreedt en de procedure voert, maar zelf niet afneemt in de gesloten overeenkomst. Tweede optie is dat één van de deelnemende aanbestedende overheden zelf als opdrachtcentrale optreedt en dus tegelijk de procedure organiseert en afneemt binnen de afgesloten opdracht.

Gezien de verschillende juridische vragen, is het aangewezen om voor de plaatsing van de opdracht een duidelijke juridische structuur uit te werken middels een publiek-publieke samenwerkingsovereenkomst, waarin o.a. de deelnemende overheden, de taakverdeling tussen de opdrachtcentrale en de deelnemende overheden, de verdeling van de risico's en aansprakelijkheden, vergoeding van de centrale, enz. wordt geregeld.

Hoewel het niet expliciet wordt verboden, lijkt het niet in overeenstemming met de principes inzake vrije mededinging dat na de plaatsing (en gunning) van de opdracht nog andere overheden toetreden tot de opdrachtcentrale, dan deze die expliciet worden genoemd in de opdrachtdocumenten. De deelnemende aannemer/ leverancier/ dienstverlener moeten zich bij inschrijving een beeld kunnen vormen van de omvang van de opdracht.

Deze voorwaarde wordt ook bevestigd door het wettelijk kader van de raamovereenkomst, dat een gesloten systeem is vanaf de sluiting van de opdracht. Dit wil zeggen, na de gunning liggen alle contractpartijen vast, zonder dat aan de zijde van de aanbestedende overheid dan wel aan de zijde van de opdrachtnemers nog partijen kunnen worden toegevoegd.

3.2.2.3. De Raamovereenkomst

Zoals al aangestipt, gaat de figuur van de aankoop- en opdrachtcentrale veelal gepaard met een raamovereenkomst. Artikel 3.15^o van de overheidsopdrachtenwet 2006 definieert een raamovereenkomst als volgt:

“Een overeenkomst tussen een of meer aanbestedende overheden of overheidsbedrijven en een of meer aannemers, leveranciers of dienstverleners met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te plaatsen opdrachten vast te leggen, met name wat betreft de prijzen en eventueel de beoogde hoeveelheden”.

Raamovereenkomsten leggen een algemeen kader vast voor de gunning van toekomstige opdrachten. Op die manier kan de aanbestedende overheid opdrachten gegroepeerd gunnen, ook al kunnen de hoeveelheden, de aard en de timing van de deelopdrachten of individuele bestellingen niet op voorhand worden ingeschat.

Een raamovereenkomst is niet altijd een overheidsopdracht. Indien de overeenkomst enkel het algemene kader weergeeft waarbinnen nadien concrete overeenkomsten worden afgesloten, zal het contract niet ten bezwarende titel zijn.

Artikel 32 van de overheidsopdrachtenwet stelt verder een aantal voorwaarden aan de toepassing van de raamovereenkomst: de keuze van de partijen bij de raamovereenkomst en de gunning van de erop gesteunde opdrachten moet op basis van dezelfde gunningscriteria gebeuren; de duur van de

raamovereenkomst en van de opdrachten die er op zijn gesteund, is beperkt tot vier jaar, behoudens in uitzonderlijke en behoorlijk gemotiveerde gevallen; er mag geen misbruik worden gemaakt van de raamovereenkomst en er mag evenmin gebruik van worden gemaakt op een wijze die de mededinging zou verhinderen, beperken of vervalsen.

De raamovereenkomst is een gesloten systeem. Dit wil zeggen dat het aantal aangesloten opdrachtgevers en opdrachtnemers bij het afsluiten van de overeenkomst onherroepelijk vast staat. Een stijging van het aantal opdrachtgevers zou immers leiden tot een onvoorziene toename van het aantal opdrachten, terwijl een stijging van het aantal opdrachtnemers tot gevolg zou hebben dat de koek ineens onder meer gegadigden moet worden verdeeld. De beginselen van transparantie en van gelijke behandeling van de inschrijvers zouden op die manier in het gedrang worden gebracht

Artikel 32 van de wet wordt nader uitgewerkt in artikel 136 t.e.m. 138 K.B. plaatsing⁵⁸.

Van belang is het onderscheid tussen de raamovereenkomst met één inschrijver en de raamovereenkomst met meerder inschrijvers, voorzien in artikel 137 en 138 van het K.B. plaatsing.

Wordt een raamovereenkomst met één enkele deelnemer gesloten, zullen de erop gebaseerde opdrachten worden gegund volgens de in de opdrachtdocumenten gestelde voorwaarden of na een aanvulling door de opdrachtnemer van diens initiële offerte.

Als een raamovereenkomst wordt gesloten met meerdere deelnemers, dienen het er minimaal drie te zijn, voor zover het aantal geschikte offertes voldoende groot is. De op deze raamovereenkomst gebaseerde opdrachten kunnen worden gegund op twee manieren:

- hetzij, wanneer alle voorwaarden in de raamovereenkomst zijn bepaald, door toepassing van deze voorwaarden, zonder de deelnemers opnieuw in mededinging te stellen;
- hetzij – wanneer niet alle voorwaarden in de raamovereenkomst zijn bepaald – door de deelnemers opnieuw in mededinging te stellen onder dezelfde voorwaarden als die van de raamovereenkomst die indien nodig worden gepreciseerd en – in voorkomend geval – onder andere voorwaarden die in de opdrachtdocumenten van de raamovereenkomst worden bepaald (de zogenaamde mini-competitie).

De opdrachtcentrale en raamovereenkomst gaan veelal hand-in-hand, nu de raamovereenkomst toelaat om een algemeen contactueel kader vast te stellen waartoe één of meerdere opdrachtnemers worden toegelaten, waarna de deelnemers aan de raamovereenkomst - de aanbestedende overheden, - specifieke bestellingen (deelopdrachten) kunnen plaatsen.

3.3. Praktijkvoorbeelden van publieke groepsaankopen

Op niveau van de federale overheid is sinds 15 mei 2002 het Federaal Aankoopbureau – een aankoopcentrale – vervangen door de cel *FOD-overschrijdende raamcontracten (FOR)* binnen de FOD P&O (Personeel en Organisatie). Deze ‘federale opdrachtcentrale’ (zoals zij zichzelf omschrijft) houdt zich bezig met het plaatsen en opvolgen van overheidsopdrachten voor groepscontracten ten voordele van de federale overheidsdiensten voor leveringen en diensten, bij grote hoeveelheden, met een repetitief karakter en indien er een schaalvoordeel bestaat⁵⁹.

⁵⁸ K.B. 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren, B.S. 9 augustus 2011.

⁵⁹ Zie: <http://www.fedweb.belgium.be> > budgettering en overheidsopdrachten > cel FOR.

Binnen de Vlaamse overheid is het Agentschap voor Facilitair Management (AFM) ingericht als opdrachtcentrale die voor andere overheden raamovereenkomsten afsluit voor leveringen en diensten die over de besturen heen voldoende generiek zijn, zodat een gecoördineerde aanpak schaalvoordeel kan opleveren⁶⁰. Het gaat om kledij, meubilair, voertuigen, brandstof, kantoormachines en kantoormateriaal, catering, data en telefonie, enz.

Recent werd deze taakstelling van AFM wettelijk verankerd door de introductie van een artikel 4/1 in het oprichtingsbesluit van het agentschap⁶¹. Dit artikel bepaalt:

“Het agentschap kan als opdrachtcentrale raamovereenkomsten met betrekking tot werken, leveringen of diensten sluiten waarvan ook de overheden, vermeld in artikel 4 van het decreet van 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur, en de Vlaamse Gemeenschapscommissie op eigen verantwoordelijkheid kunnen afnemen”.

Het agentschap kan aldus optreden voor alle entiteiten van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaams Gewest, evenals voor gemeenten, provincies, intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, enz.

Bekendste voorbeeld van deze raamcontracten afgesloten door AFM ten gunste van (o.a.) lokale besturen is het telecomcontract van de Vlaamse overheid met Mobistar. Dit telecomcontract is opgezet als een aankoopcentrale. Diensten kunnen worden afgenomen door alle entiteiten van de Vlaamse overheid, evenals door lokale besturen⁶².

Jobpunt Vlaanderen fungeert eveneens als aankoop/ opdrachtcentrale ten bate van lokale besturen. Het systeem van jobpunt Vlaanderen komt kort samengevat neer op de creatie van een inhouse relatie⁶³ tussen de lokale besturen en Jobpunt Vlaanderen, door van de deelnemende besturen te vragen deel te nemen in het veranderlijk kapitaal van de cvba. Op deze wijze kan Jobpunt Vlaanderen enerzijds zelf diensten verstrekken aan de lokale besturen, zonder toepassing van de wetgeving overheidsopdrachten, en anderzijds optreden als aankoop/ opdrachtcentrale voor de deelnemende lokale besturen. Dit is een goed voorbeeld van een mengvorm tussen een opdrachtcentrale en een in house constructie.

Op lokaal niveau is ook de gemeenschappelijke aankoopcentrale (GAC) van de stad Antwerpen een goed voorbeeld. De GAC gunt sinds 2009 opdrachten voor de stad en het OCMW Antwerpen, alsook alle entiteiten die deel uitmaken van de stad en het OCMW (stedelijk onderwijs, AGB's, Zorgbedrijf Antwerpen, politie, brandweer,...)⁶⁴. In de bestekken van de GAC, wordt de volgende formule gebruikt:

De stad Antwerpen zal voor prestaties die het voorwerp van deze opdracht uitmaken tevens kunnen optreden als aankoopcentrale voor:

- 1. OCMW Antwerpen;*
- 2. instellingen die vallen onder de rechtspersoonlijkheid van de stad en/of het OCMW (bijvoorbeeld lokale politie, brandweer, districten, gewone gemeentebedrijven, intern verzelfstandigde agentschappen, gemeenschappelijke interne preventiedienst enzovoort);*
- 3. instellingen met een aparte rechtspersoonlijkheid die:*

⁶⁰ Zie: <http://www.bestuurszaken.be/raamcontracten>

⁶¹ Besluit van de Vlaamse Regering van 1 maart 2013 tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 11 juni 2004 tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap "Agentschap voor Facilitair Management", wat betreft de mogelijkheid voor de overheden, vermeld in artikel 4 van het decreet van 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur, en de Vlaamse Gemeenschapscommissie om toe te treden tot raamovereenkomsten die gesloten zijn door het agentschap, B.S. 22 maart 2013.

⁶² www.vlaanderen.be/telecomcontract.

⁶³ Zie principe-arresten aangaande in house: HvJ 18 september 1999, C-107/98, *Teckal* (participatieve samenwerking) en HvJ 9 juni 2009, C-480/06, Commissie t./ Duitsland (contractuele samenwerking).

⁶⁴ Zie website VVSG: <http://www.vvsg.be/np/Lists/NP/DispForm.aspx?ID=987>.

- door de stad belast zijn met een bepaalde taak van gemeentelijk belang (stedelijke vzw's, autonome gemeentebedrijven, andere extern verzelfstandigde agentschappen in privaatrechtelijke vorm, enzovoort) en/of
 - door het OCMW belast zijn met een bepaalde taak die behoort tot de opdrachten van het OCMW (Zorgbedrijf, Beschut Wonen);
4. andere instellingen die zeer nauw verbonden zijn met de stad en/of OCMW (AG Havenbedrijf, Digipolis ...).

4. Algemene conclusie

Hoewel zowel de private als de publieke groepsaankopen dezelfde finaliteit en kenmerken hebben, is de toepassing en uitwerking van een dergelijk systeem verschillend.

De private groepsaankopen – waarbij een lokaal bestuur optreedt als makelaar tussen inwoners en aanbieders – zijn niet onderworpen aan de wetgeving overheidsopdrachten. Het bestuur ageert hier niet binnen haar publiekrechtelijke prerogatieven maar treedt op als ondernemer door zich op de private markt te begeven.

In het licht van de Wet Marktpraktijken (WMPC) zal het lokaal bestuur er evenwel over moeten waken dat de groepsaankoop niet in strijd is met de eerlijke marktpraktijken. Op deze wijze wordt zo toch een link gelegd met de grondbeginselen van het overheidsopdrachtenrecht inzake vrije mededinging, gelijkheid en transparantie. De organisatie van een private groepsaankoop gaat zo toch weer op een overheidsopdracht lijken nu de groepsaankoop passend dient te worden bekend gemaakt en de aanbieder moet orden gekozen volgens een transparante en objectieve procedure.

De publieke groepsaankopen – waarbij (lokale) besturen samenwerken in een aankoop- of opdrachtcentrale door gebundelde opdrachten in de markt te plaatsen – zijn vanzelfsprekend wel een overheidsopdracht. De besturen verwerven hier voor hun eigen behoeften. Met de (nieuwe) wet overheidsopdrachten wordt dit systeem wettelijk verankerd. De toepassing en uitwerking van dit systeem is verder niet wettelijk geregeld, zodat de samenwerking op creatieve wijze kan worden ingevuld. De besproken toepassingsgevallen wijzen erop dat de opdrachten- en aankoopcentrale zijn verdienen heeft.

Ondanks een fundamenteel verschillend wettelijk kader zijn er toch parallellen te trekken tussen de private en publieke groepsaankopen. Zo zal een private groepsaankoop eigenlijk erg gelijken op een overheidsopdracht, met dat verschil dat geen wettelijk voorgeschreven gunningsprocedure moet worden gevolgd. Het beoordelingskader om te bekijken wanneer een dergelijk systeem nuttig is, zal eveneens hetzelfde zijn. In beide gevallen gaat het om het realiseren van schaalvoordelen, opbouw van expertise en eventueel het verstrekken van aanvullende dienstverlening (advisering,...) aan de deelnemers.

Belangrijkste conclusie is dat het systeem van de gemengde groepsaankopen door de wetgeving overheidsopdrachten in grote mate wordt verhinderd. Dit is een gemiste kans, nu evengoed een schaalvoordeel kan worden gerealiseerd wanneer publieke en private partners zich verenigen om bepaalde goederen en diensten te verwerven (denk maar aan energie). Enkel middels een samengevoegde opdracht in de zin van artikel 38 van de nieuwe overheidsopdrachtenwet 2006 is een gemengde privaat-publieke groepsaankoop mogelijk.