

Private en publieke groepsaankopen door lokale besturen

Dag van de
overheidsopdrachten

13 december 2013

Johan Geerts - advocaat



GSJ
ADVOCATEN

Gedeelde kennis is dubbele kennis

INHOUD

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

Een bestuur kan op twee manieren optreden als organisator van een groepsaankoop: enerzijds als 'private makelaar' tussen inwoners en leveranciers of dienstverleners, en, anderzijds, als 'aankoop-' of 'opdrachtcentrale' in het kader van de wetgeving overheidsopdrachten tussen publieke entiteiten (aanbestedende overheden) en leveranciers of dienstverleners.

Deze presentatie zet het wettelijk kader rond private en publieke groepsaankopen uiteen, met speciale aandacht voor de werking van de aankoop- en opdrachtcentrale en de raamovereenkomst binnen de wetgeving overheidsopdrachten.

Inhoud

1. **ONDERSCHIED TUSSEN PRIVATE EN PUBLIEKE GROEPSAANKOPEN**
2. **PRIVATE GROEPSAANKOPEN**
 1. Inleiding: de ‘stookolie-arresten’
 2. De overheid als onderneming in de zin van de WMPC
 3. Toepassing en impact van de WMPC bij de organisatie van private groepsaankopen
3. **PUBLIEKE GROEPSAANKOPEN**
 1. Aankoop en opdrachtcentrale
 2. Samengevoegde opdracht
 3. Raamovereenkomst
4. **CONCLUSIE**

1.

Private ⇔ publieke
groepsaankopen

1. Private ↔ publieke groepsaankopen – praktijkvoorbeelden private groepsaankopen

- Samenaankoop groene stroom provincie Antwerpen



- Samensterker.be (private cvba)



1. Private ↔ publieke groepsaankopen – praktijkvoorbeelden publieke groepsaankopen

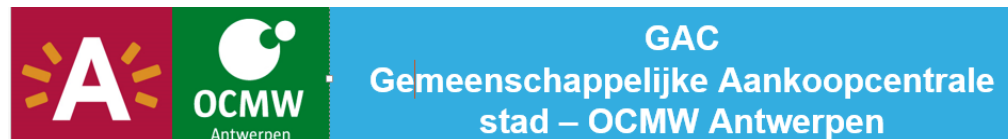
- AFM – telecomcontract Mobistar



- Jobpunt Vlaanderen



- Gemeenschappelijke aankoopcentrale (GAC) stad Antwerpen



1. Private ↔ publieke groepsaankopen – praktijkvoorbeelden publieke groepsaankopen

- Jobpunt Vlaanderen
wat bieden wij?

Wij bieden de Vlaamse steden en gemeenten, OCMW's, intercommunales, provinciebesturen, de Vlaamse overheid en andere Vlaamse openbare besturen de volgende diensten:

- **arbeidsmarktcommunicatie**
- **werving en selectie**

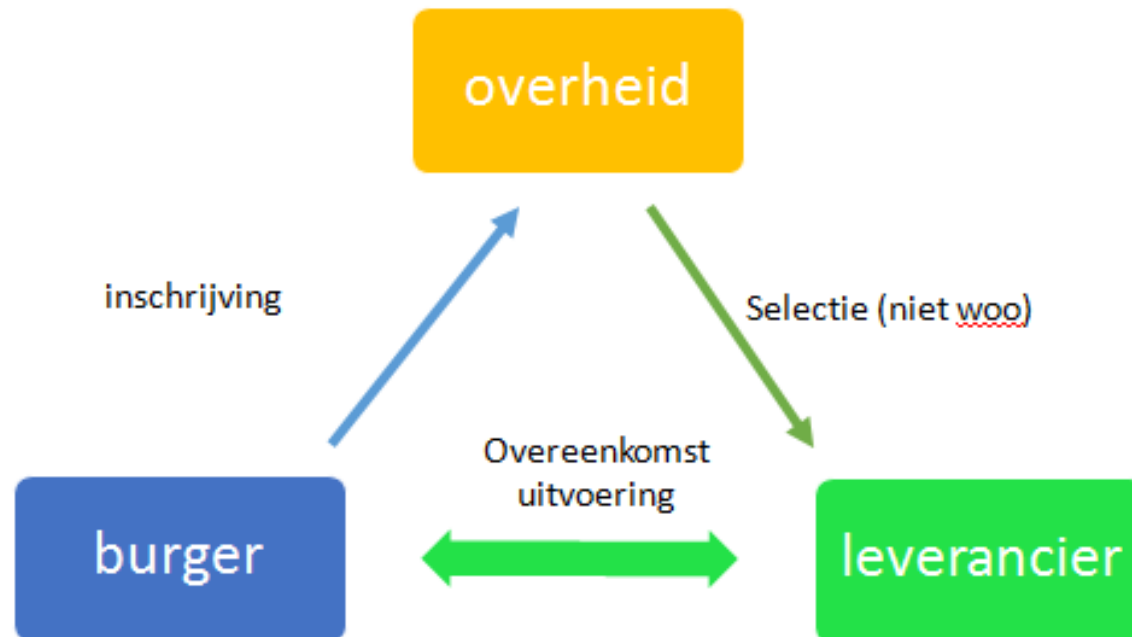
Voor dit aanbod werken we samen met private dienstverleners. Wij hebben hiervoor een marktraadpleging gedaan.

Dit betekent dat u, als venoot van Jobpunt Vlaanderen, zelf geen aanbesteding meer hoeft te doen.

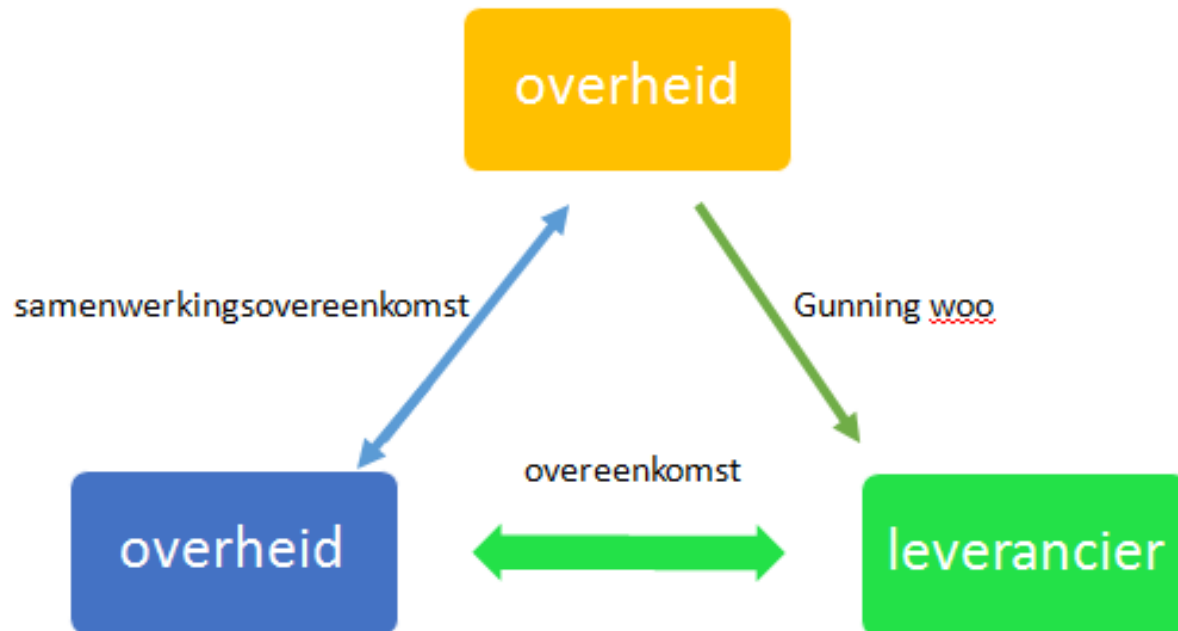
1. Private ↔ publieke groepsaankopen

- **Een groepsaankoop** verenigt aan de vraagzijde klanten of afnemers – de vraag wordt gebundeld - om zo van de aanbodzijde – de leveranciers en dienstverleners – bepaalde voordelen (kortingen) te kunnen bekomen
- **Private groepsaankopen**: geen specifiek wettelijk kader, overheid vs. burgers, toepassing WMPC, overheid als makelaar
- **Publieke groepsaankopen**: aankoop- of opdrachtcentrale woo, enkel aanbestedende overheden, overheid als deelnemer/makelaar
- **Geen tussenvormen**: private speler kan niet deelnemen aan een aankoop- of opdrachtcentrale (behalve gezamenlijke opdracht)

1. Private ⇔ publieke groepsaankopen – private groepsaankoop



1. Private ⇔ publieke groepsaankopen – publieke groepsaankoop



2.

Private groepsaankopen

2.1. Stookoliearresten

- **Hof van Beroep Gent 29 maart 2010 – DEEL 1**
 - Een OCMW dat overgaat tot de organisatie van een groepsaankoop handelt als een ‘verkoper’ in de zin van de WHPC (nu WMPC);
 - De eerlijke handelsgebruiken kunnen worden geschonden door een inbreuk op een wettelijke regel die niet noodzakelijk in de WHPC zelf dient te zijn opgenomen (in deze de OCMW-wet);
 - 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.

2.1. Stookoliearresten

- **Hof van Beroep Gent 29 maart 2010 – DEEL 2**

- Gelijkheidsbeginsel geschonden: enkel bepaalde leveranciers uitgenodigd, zonder publieke oproep.

- **Besluit:**

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

2.2. De overheid als onderneming in de zin van de WMPC

- **Private samenaankoop ≠ overheidsopdracht**
 - Materieel toepassingsgebied: Art. 3,1° WOO 2006:
“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”;
 - Private groepsaankoop: geen overeenkomst tussen bestuur en marktspeler. Overheid = makelaar. Enkel overeenkomst tussen burger en marktspeler
 - Voorbeeld-clausule:
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. De overheid als onderneming in de zin van de WMPC

- Toepassingsgebied WMPC = gelinkt aan ondernemersbegrip (onder WHPC: verkoper)
 - Art, 2,1°: *“Onderneming: elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen”.*
- WMPC: begrip ‘onderneming’; kan ook de overheid omvatten (memorie van toelichting)

“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”

2.2. De overheid als onderneming in de zin van de WMPC

- **Hof van Beroep Brussel 31 januari 2006**

“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 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 uitgeoefend”.

2.3. Toepassing van de WMPC op de overheid bij private groepsaankopen door lokale besturen

- **Tweewegenleer:** de overheid heeft de vrije keuze tussen gebruik van het publiek recht ('handelen als overheid') of van het privaat recht ('handelen als privaat persoon')
 - Vb: doelstelling = betaalbaarheid verwarming
 - Publiekrecht: subsidies (stookoliefonds), sociale dienstverplichtingen (kortingen,...)
 - Privaatrecht: groepsaankoop
- **Organieke regels/ bevoegdheidsregels**
 - Gemeenten: algemene bevoegdheid zaken van algemeen gemeentelijk belang (art. 41 en 162 van de Grondwet, art. 2 gemeentedecreet);
 - ⇔ functioneel gedecentraliseerde overheidsdiensten (OCMW's, intergemeentelijke samenwerkingsverbanden,...): specifieke bevoegdheden bepaald in statuten of wetgeving (bvb.: OCMW-wet/ OCMW-decreet).

2.3. Toepassing van de WMPC op de overheid bij private groepsaankopen door lokale besturen

- **artikel 95 WMPC:**

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

- = toepassing van de algemene zorgvuldigheidsnorm van artikel 1382 BW in het marktrecht
 - Fout: schending zorgvuldigheidsnorm of wettelijke (economische) norm
 - Schade
 - Causaal verband
- ‘marktbederf’, ‘marktversturende effecten’,...

2.3. Toepassing van de WMPC op de overheid bij private groepsaankopen door lokale besturen

- **Waarborgen vrije mededinging en eerlijke concurrentie**
 - Passende bekendmaking: dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de markt voor mededinging wordt geopend.
 - Internet
 - Officiële publicatiebladen
 - Media
 - Transparantie: elke onderneming krijgt toegang tot alle relevante informatie over de opdracht voordat deze wordt gegund, zodat zij desgewenst haar belangstelling voor die opdracht kan tonen.

2.3. Toepassing van de WMPC op de overheid bij private groepsaankopen door lokale besturen

- **Waarborgen vrije mededinging en eerlijke concurrentie**
 - Eerlijke en onpartijdige procedure
 - Een niet-discriminerende beschrijving van het onderwerp van de opdracht
 - Gelijke toegang voor ondernemingen uit alle lidstaten
 - Passende termijnen (voldoende ruime indieningstermijn in verhouding tot complexiteit)
 - 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.

2.3. Toepassing van de WMPC op de overheid bij private groepsaankopen door lokale besturen

- H.v.J. 24 oktober 2002C-82/01, Aéroports de Paris / Commissie
- Europese Commissie

INTERPRETATIEVE MEDEDELING VAN DE COMMISSIE

over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen

(2006/C 179/02)

3.

Publieke groepsaankopen

3.1. Aankoop en opdrachtcentrale

- **Toepassing WOO**

Wet van 15 juni 2006				Wet van 13 augustus 2011
	Klassieke sectoren Art. 5 - 43 Wet (Titel II)	Overheidsopdrachten in de speciale sectoren Water, energie, vervoer en postdiensten Art. 44 - 55 Wet (Titel III)	Sommige opdrachten van de speciale sectoren die gelijkgesteld worden met overheidsopdrachten Art. 56 - 72 Wet (Titel IV)	Opdrachten op veiligheids- en defensiegebied
Gunning	K.B. plaatsing 15 juli 2011	K.B. plaatsing 16 juli 2012	K.B. plaatsing 24 juni 2013	K.B. 23 januari 2012
Uitvoering	K.B. van 14 januari 2013 (genaamd A.U.R. 2013)		-	K.B. van 14 januari 2013 (genaamd A.U.R. 2013)
Rechtsbescherming	Titel II Rechtsbeschermingswet van 17 juni 2013			Titel III Rechtsbeschermingswet van 17 juni 2013

3.1. Aankoop en opdrachtcentrale - DEFINITIE

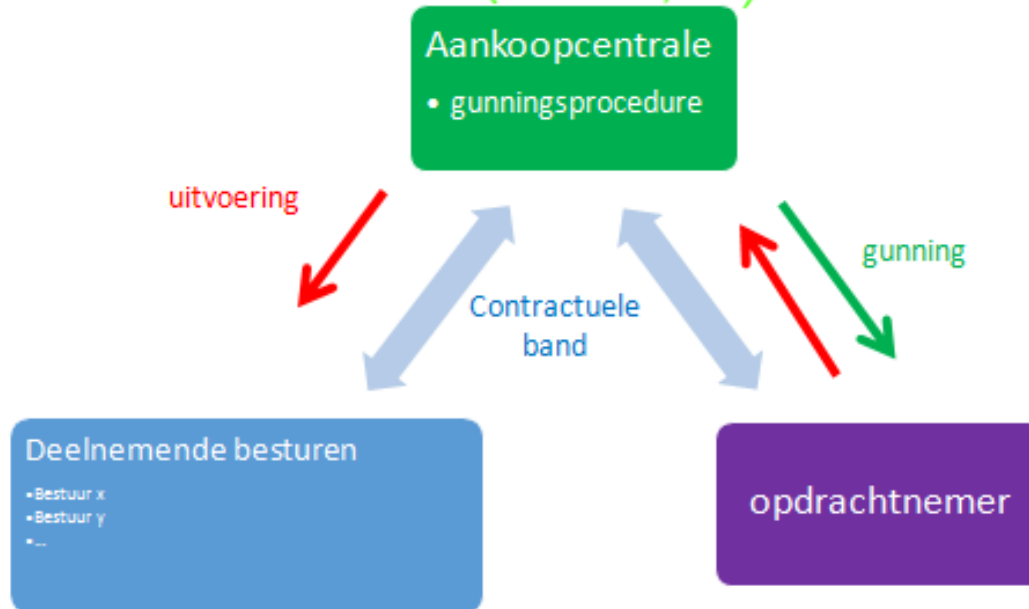
- Onderscheid aankoop ↔ opdrachtcentrale: enkel in Belgische wetgeving
- **Artikel 2,4° Woo 2006:**

“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”;*
- **Artikel 15 woo 2006:**

“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”.

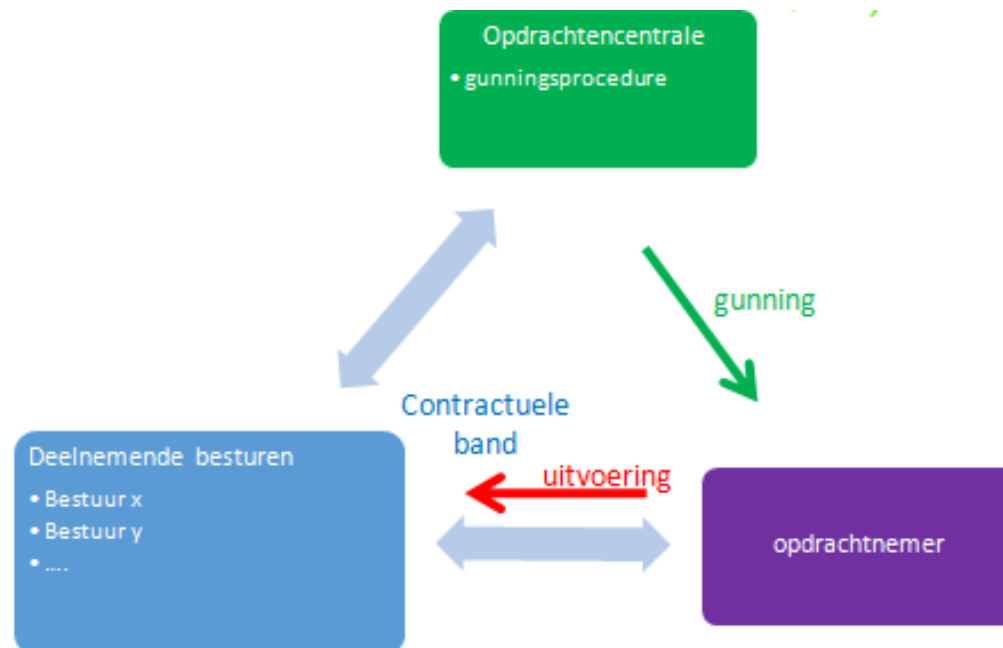
3.1. Aankoop en opdrachtcentrale – AANKOOPCENTRALE



3.1. Aankoop en opdrachtcentrale - AANKOOPCENTRALE

- **Kenmerken**
 - Structuur voor collectieve overheidsaankopen
 - Centrale contracteert in eigen naam en voor eigen rekening rechtstreeks met leveranciers en dienstverleners (uiteeraard niet opdrachten voor werken) = groothandel/magazijn-functie
 - Deelnemende aanbestedende overheden nemen af van de centrale

3.1. Aankoop en opdrachtcentrale – OPDRACHTCENTRALE



3.1. Aankoop en opdrachtcentrale - OPDRACHTCENTRALE

- **Kenmerken**
 - Structuur voor collectieve overheidsaankopen
 - Centrale wordt geen contractpartij, maar is ‘makelaar’: lasthebber. Functie kan variëren:
 - Organisatie van de gunningsprocedure
 - Beheer van de raamovereenkomst (al dan niet met toezicht op de uitvoering)
 - Deelnemende aanbestedende overheden contracten/ bestellen rechtstreeks met/ bij de aannemer/ leverancier/ dienstverlener

3.1. Aankoop en opdrachtcentrale - VOORWAARDEN

- **De aankoop/ opdrachtcentrale is:**
 - een aanbestedende overheid; of
 - een deelnemende overheid of een specifiek daartoe opgerichte rechtspersoon (samenwerkingsverband)
- De aankoop/ opdrachtcentrale moet de regelgeving overheidsopdrachten naleven
- **Gesloten systeem:** Deelnemende overheden moeten vooraf exhaustief aangeduid worden
- Verder **geen wettelijk kader**
 - Nood aan duidelijke **samenwerkingsovereenkomst** die aansprakelijkheden, taakverdeling, enz. regelt

3.1. Aankoop en opdrachtcentrale – PRAKTIJK



De VZW HospiLim zal in eerste instantie functioneren als opdrachtcentrale zoals bedoeld en vastgelegd in de wetgeving overheidsopdrachten (artikel 2,4° en artikel 15 van de Wet van 15 juni 2006). De opdrachtcentrale is in deze context een centrale cel overheidsopdrachten die opdrachten en/of raamovereenkomsten afsluit met leveranciers en/of dienstverleners waarop verschillende aankoopdiensten hun bestellingen rechtstreeks kunnen overmaken aan de leverancier. De bestellingen die op basis van de door de opdrachtcentrale afgesloten contracten worden geplaatst, gebeuren dus niet door de opdrachtcentrale zelf, maar door de aankoopdiensten die gebruik mogen maken van de contracten afgesloten door de opdrachtcentrale. De facturen van de leveranciers zullen dus nooit door de opdrachtcentrale worden betaald. Artikel 15 van de Wet van 15 juni 2006 is reeds in werking getreden. Het principe van de aankoopcentrale en de opdrachtcentrale kan bijgevolg reeds toegepast worden in de praktijk. De Limburgse zorginstellingen hebben dit vertaald in de oprichting van een aparte rechtspersoonlijkheid zijnde de VZW HospiLim.

3.1. Aankoop en opdrachtcentrale – EVALUATIE

- **Positief**
 - Efficiëntiewinsten
 - Drukken kost organisatie gunningsprocedure
 - Groter volumes => Betere prijzen
 - Opbouw van know-how bij de centrale
- **Negatief**
 - Nadeel voor KMO's: te grote volumes
 - (Europese) drempels sneller bereikt

3.2. Samengevoegde opdracht

- **Artikel 38 woo 2006:**

“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”.

3.2. Samengevoegde opdracht

- **Geen toepassingsvoorwaarden:**
 - kan voor alle opdrachten, zonder specifieke verantwoording
 - Kan voor alle procedures
- **Pilootbestuur** = bijzonder lasthebber: duidelijke publiek-publieke samenwerkingsovereenkomst
- Toegelaten deelname van private ondernemingen! ⇔ aankoop/opdrachtcentrale

3.2. **Samengevoegde opdracht** - EVALUATIE

- Zelfde voordelen als aankoop/ en opdrachtcentrale
- Eenvoudige structuur: identieke procedures
- Zinvol voor eenmalige projecten

3.3. Raamovereenkomst – DEFINITIE

- **Art. 3,15° wet:**

“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.”

- **Onderdelen:**

- Overeenkomst
- Eén of meer aanbestedende overheden
- Een of meer opdrachtnemers
- Vastleggen van minimale voorwaarden (ondermeer inzake prijs en hoeveelheden)
- Gedurende een bepaalde periode

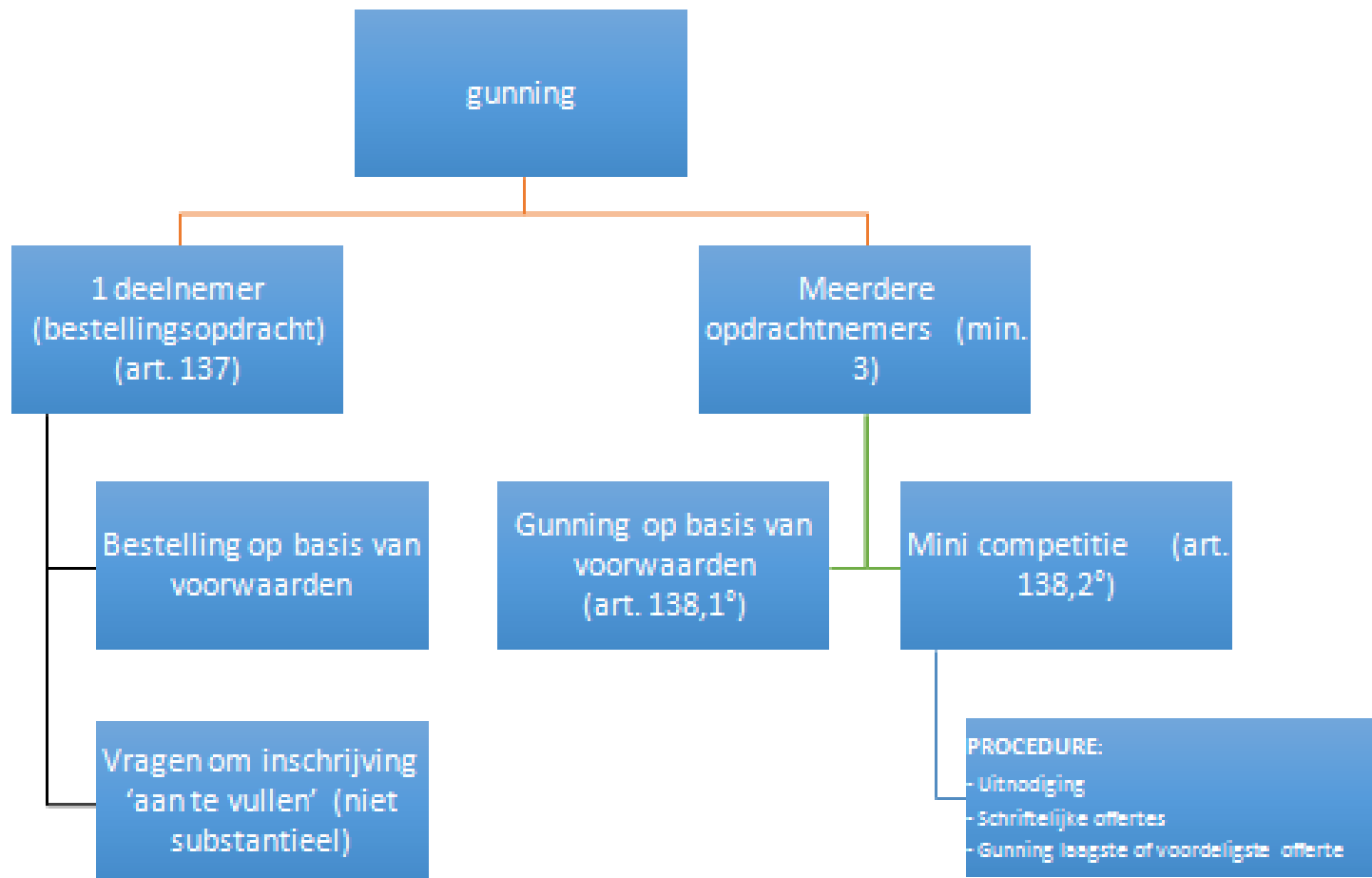
3.3. Raamovereenkomst – TOEPASSING (art. 32 woo)

- Geen toepassingsvoorwaarden: kan voor alle opdrachten, zonder specifieke verantwoording.
- Plaatsing middels standaard gunningsprocedures of onderhandelingsprocedure (NIET: concurrentiedialoog) op moment afsluiten raamovereenkomst, nadien geen formele gunningsprocedure (art. 136 KB)
- Normale procedureregels: bekendmaking, termijnen, selectie, gunning,...
- Geen afnameverplichting/ geen exclusiviteit (in principe): AO kan zich voor de door de raamovereenkomst geïsoleerde prestatie tot derden richten, tenzij zij zich tot minimumafnames verbindt

3.3. Raamovereenkomst – TOEPASSING (art. 32 woo)

- **Voornaamste kenmerken en modaliteiten (art. 32):**
 - Duur beperkt tot 4 jaar (tenzij in uitzonderlijke gevallen met motivering). Maximale looptijd geldt zowel voor de raamovereenkomst, als voor de opdrachten die op basis van de raamovereenkomst worden toegewezen.
 - De keuze van de partijen bij de raamovereenkomst en de gunning van de erop gesteunde opdrachten, moeten op basis van dezelfde gunningscriteria gebeuren
 - Gesloten systeem, zowel voor opdrachtgever als opdrachtnemers: raamovereenkomsten zijn slechts van toepassing tussen de AO en de ondernemers die oorspronkelijk bij de raamovereenkomst partij waren
 - Vermelding in opdrachtdocumenten
 - Geen misbruik van de procedure

3.3. Raamovereenkomst - PROCEDURE (art. 136 e.v. KB)



3.3. Raamovereenkomst - PROCEDURE (art. 136 e.v. KB)

- **Raamovereenkomst één/ meerdere deelnemers - rechtstreekse gunning**
 - Alle voorwaarden die op de deelopdrachten van toepassing zullen zijn, liggen van bij aanvang vast in de raamovereenkomst .
 - Rechtstreekse toewijzing van de deelopdrachten - Geen aanvulling van de offertes
- **Raamovereenkomst één/ meerdere deelnemers - gunning na aanvulling offertes**
 - Een aantal voorwaarden ligt vast, andere dienen door inschrijver(s) aangevuld.
 - Geen rechtstreekse gunning van de deelopdrachten/ bestellingen

3.3. Raamovereenkomst – Verplichte vermeldingen

- Aantal deelnemers: één of meerdere (min. 3)
- Voorgenomen looptijd van de raamovereenkomst (max. 4 jaar)
- Raming: totale waarde van alle deelopdrachten die men voornemens is te gunnen
 - Inschatting van afname middels een vork;
 - Inschatting is niet bindend.
- Indien meerdere aanbestedende overheden afnemen binnen de raamovereenkomst (aankoop- of opdrachtcentrale): vermelding deelnemende AO op een wijze die ‘onmiddellijke identificatie’ toelaat

3.3. Raamovereenkomst – EVALUATIE

- Nuttig instrument voor opdrachten waarbij nog niet alle voorwaarden kunnen worden vastgesteld bij plaatsing van de opdracht: bvb. hoeveelheden, termijnen,...
- Mogelijkheid om opdrachten binnen korte termijnen en tegen de voordeligste voorwaarden van het ogenblik te gunnen, rekening houden met prijsschommelingen en technische evoluties = naderhand is actualisering van de behoeften mogelijk: **flexibiliteit**
- Na gunning van de raamovereenkomsten kunnen deelopdrachten rechtevreeks worden gegund zonder een nieuwe overheidsopdracht: **efficiëntie**

4.

Conclusie

4. Conclusie

- Private groepsaankopen
 - In principe toegelaten: binnen bepaalde grenzen
 - Procedure in lijn met overheidsopdrachten: openbare, transparante en objectieve procedure
 - Geen tussenvorm: geen afname door bestuur
- Publieke groepsaankopen
 - Standaard opdrachten met repetitief karakter – in relatie met een raamovereenkomst (catalogus). Vbn.: kantoormeubilair, -machines en -materiaal, kledij, catering, telecom, voertuigen, brandstof, energie,...
 - Nieuwe (innovatieve) projecten, maar met algemene toepassing: ontwikkeling van software,...

Dank voor uw
aandacht

GSJ Team
overheidsopdrachten

Christophe Lenders

Joris Wouters

Cindy Meynendonckx

Johan Geerts

Simon Verhoeven

Mattias Verbruggen

Lotte Bertjens

GSJ Advocaten

Mechelsesteenweg 27

2018 Antwerpen

T +32 3 232 50 60

F +32 3 232 30 50

E info@gsj.be

www.gsj.be