

OVAM
Mevrouw Tine Goossens
Stationsstraat 110
2800 MECHELEN
BE
per e-mail aan het adres Tine Goossens (tine.goossens@ovam.be)

Antwerpen, 15 maart 2023

betreft: OVAM / STATIEGELDSYSTEEM
onze referentie: 67508/2023/JW

Geachte mevrouw Goossens
Beste Tine

In deze verwijzen wij naar uw e-mailbericht van 2 maart ll. alsook naar onze navolgende bespreking.

Naar aanleiding van de pilootprojecten met betrekking tot het beoogde statiegeldsysteem, wenst u in eerste orde te weten of Fost Plus al dan niet gehouden is toepassing te maken van de wetgeving overheidsopdrachten voor wat betreft het in de markt te laten plaatsen van de pilootproeven.

Eerste vraag die zich derhalve stelt is of Fost Plus een aanbestedende overheid is. Ter zake verwijzen wij eveneens naar uw e-mail van 7 maart ll. waarmee u ons nog een aantal bijkomende documenten bezorgde waaronder het advies van het kantoor Elegis waarin wordt ingegaan op de vraag in hoeverre de VZW Bebat en Fost Plus kwalificeren als aanbestedende overheid.

Hieronder vindt u vooreerst onze eigen analyse die hoofdzakelijk is toegepistst op de kwestie van het zogenaamde toezichtscriterium. Verder vindt u nog een overweging over de toepassing van de wetgeving overheidsopdrachten en de mogelijkheid tot het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. Tot slot formuleren wij nog enkele bedenkingen voor het verder verloop en in het bijzonder de tweede fase (het bestek).

1. Het personeel toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten

1-

Naast de gevallen waar er sprake is van 'klassieke' aanbestedende overheden (de staat, de territoriale lichamen, de publiekrechtelijke instellingen en zo meer) volgt uit artikel 2, 1^o, c) Wet Overheidsopdrachten dat een entiteit aan drie voorwaarden dient te voldoen opdat zij gekwalificeerd wordt als aanbestedende overheid, namelijk:

1. het bezit van rechtspersoonlijkheid;
2. voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van individuele of commerciële aard zijn;
3. bijzondere overheidsinvloed in de vorm van volgende alternatieve voorwaarden:
 - o de werkzaamheden van de entiteit worden in hoofdzaak¹ gefinancierd door 'klassieke besturen'² of andere entiteiten die te beschouwen zijn als aanbestedende overheid (*financieringscriterium*);
 - o het beheer van de entiteit is onderworpen aan het toezicht van de 'klassieke besturen' of andere entiteiten die te beschouwen zijn als aanbestedende overheid (*toezichtcriterium*);
 - o de leden van directie, van de raad van bestuur of raad van toezicht worden voor meer dan 50% aangeduid door 'klassieke besturen' of andere entiteiten die te beschouwen zijn als aanbestedende overheid (*bestuurscriterium*).

De rechtsleer is van oordeel dat deze categorie van entiteiten een **"catch-all"-categorie** vormt die tot doel heeft om alle rechtspersonen te omvatten die een (sterke) band met de publiek sector vertonen en waarvan een risico bestaat op het voeren van een discriminerend aankoopbeleid.³ Op deze wijze zou de regelgever een functionele benadering vooropstellen en geen al te formalistische organieke benadering.⁴

Zo verduidelijkt de Memorie van Toelichting bij artikel 2 Wet Overheidsopdrachten:

"Ten einde duidelijk te zijn, past het tevens te preciseren dat een persoon, om de hoedanigheid te hebben van een aanbestedende overheid, niet noodzakelijkerwijze moet afhangen van de Staat, van een gewest of een gemeenschap of van een lokale overheidsinstantie (inclusief provinciale), maar ook kan afhangen van een andere aanbestedende overheid.

Bijgevolg moeten de personen die opgericht werden op specifieke behoeften van algemeen belang die niet industrieel of commercieel van aard zijn, te

¹ HvJ 3 oktober 2000, C-380/98, University of Cambridge.

² HvJ 2 mei 2003, C-18/01, Korhonen.

³ S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, Londen, Sweet & Maxwell, 2014, 346; F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, "Toepassingsgebied", in D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, 57.

⁴ Cfr. De conclusies van Adv. Gen. MENGZZI van 30 januari 2013 in de zaak C-526/11, IVD GmbH, overw. 35: "Het begrip 'aangebestedende dienst', inclusief het begrip 'publieke instelling', moet dus functioneel worden uitgelegd, rekening houdend met de doelstelling om belemmeringen voor het vrije verkeer van diensten en goederen alsook voor de openstelling voor een onvervalste en zo groot mogelijke mededinging in de lidstaten op te heffen."

beantwoorden, en die de rechtspersoonlijkheid hebben, ook beschouwd te worden als een aanbestedende overheid zodra ze afhangen van een aanbestedende overheid in de zin van artikel 2,1°, c, iii) op een van de wijzen voorzien in deze laatste bepaling.”

2.-

2.1.

Zo dient getoetst te worden aan het criterium van een behoefte van algemeen belang dat niet van individuele of commerciële aard is.

Er is veel geschreven over deze voorwaarde. Zo omschreef het Hof van Justitie behoeften van algemeen belang als “*behoeften waarin de staat of een territoriaal lichaam om reden van algemeen belang in het algemeen besluit zelf te voorzien of ten aanzien waarvan zij een beslissende invloed wil behouden*”.⁵ Daarnaast dienen de uitgeoefende activiteiten een ruimere gemeenschap van personen ten goede te komen en niet enkel gericht te zijn op de behoeften van welbepaalde personen⁶ (waarbij dan weer wordt genuanceerd dat dit niet te beperkend mag worden geïnterpreteerd).

Of nog, in zijn rechtspraak omtrent het begrip “algemeen economisch belang” benadrukt het Hof van Justitie dat het gaat om activiteiten “die de collectiviteit rechtstreeks ten goede komen”. Evenwel, ook activiteiten die slechts onrechtstreeks de collectiviteit dienen, komen in aanmerking om beschouwd te worden als activiteiten die het algemeen belang dienen.⁷

De behoeften van algemeen belang betreffen over het algemeen verder behoeften waarin op een andere wijze wordt voorzien dan door het aanbieden van goederen en diensten op de markt en waarin de overheid, om redenen die verband houden met het algemeen belang, zelf wenst te voorzien of ten aanzien waarvan ze een overheersende invloed wil behouden.⁸ Het bestaan van een sterke concurrentie is op zichzelf niet voldoende om te besluiten dat er geen sprake is van een behoefte van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard is.

Aan het begrip “algemeen belang” wordt door het Europees Hof van Justitie sowieso een zeer brede interpretatie gegeven.⁹ Of het al dan niet van individuele of commerciële aard is, zal *in concreto* bekeken moeten worden. Wanneer een onderneming derhalve een louter commercieel doel heeft, dan kan daarvan gesteld worden dat zij niet aan deze voorwaarde voldoet en geen aanbestedende overheid is.

2.2.

Het algemeen belang mag niet commercieel of industrieel van aard zijn. Teneinde dit criterium in te vullen, moet de rechter nagaan of de betrokken instelling haar activiteiten uitoefent in een concurrentiepositie. Dit betreft evenwel slechts een aanwijzing. Daarnaast

⁵ HvJ 10 april 2008, C-393/06, Ing. Aigner.

⁶ HvJ 2 mei 2003, C-18/01, Korhonen.

⁷ Concl. Adv. Gen. VAN GERVEN, HvJ 10 december 1991, C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova SpA.

⁸ HvJ 10 november 1998, C-360/96, BFI Holding.

⁹ B. SCHUTYSER, “Het toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten: een aantal evoluties in de rechtspraak van het Hof van Justitie (1998-2003)”, *TBP* 2004, 262; A. DELVAUX, C. DE WOLF e.a., *Praktische Commentaar bij de Reglementering van de overheidsopdrachten, Deel 1A – Wet 15 juni 2006*, Brussel, NCB, 2014, 34.

moet een rechter immers ook nog op een positieve wijze nagaan of de instelling onder normale marktvoorwaarden actief is, niet hoofdzakelijk een winstoogmerk heeft, niet de met die activiteit verbonden risico's draagt en of het financieren van de betrokken activiteit met openbare middelen gebeurt.¹⁰

Het ophalen en verwerken van huisvuil is door het Hof van Justitie reeds erkend als een doelstelling van algemeen belang.¹¹

3.-

Vervolgens is er het criterium van de bijzondere overheidsinvloed, welk criterium uiteenvalt in het toezichtscriterium, het bestuurscriterium en het financieringscriterium waarbij aan één van deze "subcriteria" moet zijn voldaan om gewag te kunnen maken van een bijzondere overheidsinvloed.

3.1.

Het bestuurscriterium stelt verder dat er sprake is van bijzondere overheidsinvloed wanneer meer dan 50% van de bestuursleden is aangeduid door entiteiten die te beschouwen zijn als aanbestedende overheid. In zoverre het bestuur van de nieuw op te richten vennootschap hieraan voldoet, zal zij alsnog als aanbestedende overheid te beschouwen zijn.

3.2.

Uit het toezichtscriterium volgt dat wanneer het beheer van de vennootschap onderworpen is aan het toezicht van een aanbestedende overheid, de betrokken vennootschap alsnog een aanbestedende overheid is. In tegenstelling tot de criteria van financiering en samenstelling van het beslissingsorgaan, die kwantitatieve criteria zijn, is het criterium van toezicht kwalitatief van aard. Het is aldus meer vatbaar voor interpretatie.¹² Daarbij komt nog dat de rechtspraak van het Hof van Justitie bijzonder casuïstisch is, waardoor het niet eenvoudig is hieruit algemene principes af te leiden.¹³ Telkens zal in het licht van de concrete omstandigheden moeten nagegaan of de toezichthoudende overheid haar wil kan opleggen.¹⁴

Zo heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat het toezicht op het beheer moet leiden tot een afhankelijkheid van de aanbestedende overheid die gelijkwaardig is aan die welke bestaat wanneer aan één van de andere alternatieve criteria werd voldaan (financiering en samenstelling beslissingsorgaan). Dit betekent dat het moet gaan om een algemene afhankelijkheid.¹⁵ Het toezicht moet daarbij leiden tot de mogelijkheid voor de overheid om de beslissingen van de betreffende instelling te beïnvloeden.¹⁶

Een indirect toezicht is voldoende, te weten het behoeft geen (direct) toezicht op de gunningsprocedures. Daarbij is het evenwel evenmin voldoende een controle a posteriori

¹⁰ K WAUTERS. en B. GHEYSENS, "IV. Toepassingsgebied" in B. GHEYSENS en K. WAUTERS (ed.), *Overheidsopdrachten*, Bruxelles, Intersentia, 2017, 100 e.v.

¹¹ HvJ 10 november 1998, C-360/96, Gemeente Arnhem en Gemeente Rheden.

¹² K WAUTERS. en B. GHEYSENS, "IV. Toepassingsgebied" in B. GHEYSENS en K. WAUTERS (ed.), *Overheidsopdrachten*, Bruxelles, Intersentia, 2017, 122 e.v.

¹³ D. D'HOOGHE en N. KIEKENS (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, 76.

¹⁴ D. D'HOOGHE en N. KIEKENS (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, 78.

¹⁵ HvJ 1 februari 2001, C-237/99, Commissie t. Frankrijk.

¹⁶ HvJ 1 februari 2001, C-237/99, Commissie t. Frankrijk; HvJ 27 februari 2003, C-373/00, Adolf Truley GmbH; HvJ 17 december 1998, C-306/97, Connemara Machine Turf Co. Ltd.

te hebben. Het moet degelijk gaan om een controle voorafgaand aan het nemen van de beslissingen.¹⁷

3.3

Om verder ook het financieringscriterium na te gaan, moet onderzocht worden of de betrokken entiteit in hoofdzaak, te weten voor meer dan 50%¹⁸, gefinancierd worden door de klassieke besturen¹⁹.

Onder verwijzing naar rechtspraak van het Hof van Justitie, stellen VANDENDRIESSCHE en CARTON dat er sprake is van hoofdzakelijke financiering van zodra meer dan de helft van de inkomsten van de betrokken entiteit gefinancierd wordt door de overheid.²⁰ Of nog, aan het criterium van de meerderheidsdeelname in de financiering is voldaan vanaf het ogenblik dat meer dan de helft van de financiële middelen van de instelling ter beschikking is gesteld door een of meerdere aanbestedende overheden.²¹

Daarbij stelt zich de vraag welke financiële middelen in rekening moeten worden gebracht om de wijze waarop een instelling gefinancierd wordt, te beoordelen. De Belgische wetgever heeft de stelling ingenomen dat elke financieringsvorm moet in overweging worden genomen.²² Dit werd tevens bevestigd door het Europees Hof van Justitie.²³ Ook indirecte financiering – dus los van middelen die rechtstreeks afkomstig zijn van de overheidsbegroting – moet worden in aanmerking genomen bij de beoordeling of aan het hoofdzakelijk financieringscriterium is voldaan.²⁴

Daarbij moet ook opgemerkt worden dat teneinde het percentage van openbare financiering van een bepaalde instelling correct te kunnen beoordelen, rekening moet worden gehouden met alle inkomsten van die instelling, met inbegrip van de inkomsten voortvloeiend uit een commerciële activiteit.²⁵ Voor de berekeningsgrondslag moet derhalve rekening worden gehouden met alle inkomsten van de betrokken rechtspersoon.

4.-

Van zodra een instelling wordt gekwalificeerd als aanbestedende overheid, is de regelgeving overheidsopdrachten van toepassing op alle opdrachten die zij uitschrijft, **zowel deze die kaderen in haar activiteiten van algemeen nut als in deze van louter commerciële aard**. Het Hof van Justitie stelde dit vast in de arresten Mannesmann en Commissie t. Duitsland. Het zou het "*effet utile*" van de richtlijnen overheidsopdrachten niet dienen, mocht een onderscheid worden gemaakt naargelang de taken van een aanbestedende overheid.²⁶

¹⁷ HvJ 27 februari 2003, C-373/00, Adolf Truley GmbH; HvJ 12 september 2013, nr. C-526/11, ECLI:EU:C:2013:543, IVD GmbH & Co. KG/Ärzttekammer Westfalen-Lippe, 29.

¹⁸ HvJ 3 oktober 2000, C-380/98, University of Cambridge.

¹⁹ Dan wel door andere entiteiten die onder artikel 2, 1, WOO kunnen beschouwd worden.

²⁰ zie F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, "Toepassingsgebied", in D. D'HOOGHE en N. KIEKENS, *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, p. 73.

²¹ C. DE KONINCK en P. FLAMEY, *Overheidsopdrachten – Algemeen Deel*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2017, p. 174.

²² C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachtenrecht, Boek I, Algemene Inleiding, Gunning van Overheidsopdrachten*, Antwerpen, Maklu, 2004, p. 27, onder voetnoot 5.

²³ B. SCHUTYSER, Het toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten: een aantal evoluties in de rechtspraak van het Hof van Justitie (1998-2003), *TBP 2004*, p. 266 met verwijzing naar HvJ, *University of Cambridge*, 3 oktober 2000, C-380/98.

²⁴ zie F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, "Toepassingsgebied", in D. D'HOOGHE en N. KIEKENS, *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, p. 72.

²⁵ HvJ 3 oktober 2000, C-380/98, University of Cambridge.

²⁶ HvJ 15 januari 1998, C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG e.a. en HvJ 18 november 2004, C-126/03, Bondsrepubliek Duitsland.

2. Toetsing aan de VZW FOST PLUS

5.-

De VZW Fost Plus heeft rechtspersoonlijkheid.

6.-

6.1.

De vraag of voor wat betreft Fost Plus is voldaan aan het toezichtscriterium is o.i. vatbaar voor discussie. Uit de hierboven gegeven toelichting, blijkt dan ook dat dit toezichtscriterium het meest vatbaar is voor interpretatie en dat er steeds *in concreto* moet worden afgetoetst. Het is derhalve niet onmogelijk om tot het ene dan wel tot het andere besluit te argumenteren.

Sowieso dient rekening te worden gehouden met onderstaande overwegingen.

6.2.

Zoals uiteengezet moet het toezicht op beheer leiden tot een afhankelijkheid. Daarbij moet het toezicht in beginsel leiden tot de mogelijkheid om voorafgaandelijk de beslissingen van de betreffende instantie te beïnvloeden.

Gelet op het kwalitatief karakter van deze voorwaarde is een eenduidig antwoord niet altijd mogelijk. De vraag stelt zich immers hoe dit criterium *in concreto* moet beoordeeld worden. Wanneer is er precies sprake van "beïnvloeding" en "afhankelijkheid"? Heeft het toezichtscriterium enkel betrekking op de beslissingen die worden genomen door de instelling, of eveneens op de gehele organisatorische structuur?

Daarbij dient bovendien steeds rekening te worden gehouden met het feit dat het Hof van Justitie de toepassingsvoorwaarden ruim interpreteert, eerder dan eng. Reeds in dat opzicht kan gesteld worden dat het toezichtscriterium niet louter betrekking heeft op de beïnvloeding van beslissingen, maar de organisatie en activiteiten van de instelling in haar geheel.

Alleszins is het niet eenvoudig een eenduidig antwoord te geven over deze kwestie.

6.3.

De rechtsleer (met verwijzing naar de toepasselijke rechtspraak), heeft hierover de volgende analyse gemaakt.²⁷

De vraag stelt zich welke criteria bepalen of de mate van toezicht op een instelling leidt tot de genoemde "afhankelijkheid". Daarbij wordt verwezen naar het advies van advocaat-generaal Mischo bij het Hof van Justitie die stelt dat men zich hierbij moet baseren op het wettelijk en reglementair kader dat de betrokken instelling omgeeft. Daaruit moeten dan verschillende controlebevoegdheden voortvloeien.

²⁷ K. WAUTERS, en B. GHEYSENS, "IV. Toepassingsgebied" in B. GHEYSENS en K. WAUTERS (ed.), *Overheidsopdrachten*, Bruxelles, Intersentia, 2017, 123, met verwijzingen aldaar.

In de zaak Commissie t. Frankrijk abstraherde het Hof van Justitie twee hypothesen. Ofwel zijn de regels van het beheer niet zeer gedetailleerd ofwel zijn ze zeer gedetailleerd geregeld bij wet.

- In het geval van het zeer gedetailleerd geregeld zijn bij wet, heeft de regelgever de actieradius van de instelling ingeperkt. In die situatie lijkt het gewone toezicht te volstaan om te kunnen spreken van een grote invloed. Met dit "gewone toezicht" wordt bedoeld dat de overheid niet de bevoegdheid heeft om rechtstreeks tussen te komen in de beslissingen van het bestuur van de instelling.
- Zijn de regels van het beheer niet gedetailleerd geregeld bij wet, dan lijkt het "gewone toezicht" niet afdoende om te voldoen aan de voorwaarde van afhankelijkheid.

In deze zaak bestonden de strikte regels erin dat de wet de activiteiten van de sociale huisvestingsmaatschappij vastlegde, de statuten clauses moesten bevatten die opgenomen waren in een bijlage met standaardclauses in de wet, en het feit dat de technische kenmerken en de kostprijs van de activiteiten van de instellingen door een administratief besluit werden vastgelegd. Het voldoende toezicht leidde het Hof van Justitie vervolgens af uit volgende elementen:

- Zo had de overheid de bevoegdheid om de instelling te ontbinden en een vereffenaar aan te wijzen.
- Bovendien kon het de bestuursorganen schorsen en een voorlopige bewindvoerder aanstellen.
- Daarnaast kon de overheid een bepaald beheersprofiel opleggen aan de instelling, en bestond er een bij decreet in het leven geroepen interministeriële dienst van inspectie van de instelling die onder meer controleert of de personen die een maatregel opgelegd krijgen door de minister, deze ook daadwerkelijk uitvoeren.

In een andere zaak, Adolf Truley, overwoog het Hof van Justitie volgende elementen:

- de overheid controleerde niet alleen de jaarrekening van de instelling, maar ook of het lopende beheer cijfermatig correct, volgens de regels, spaarzaam, economisch en doelmatig werd gevoerd.
- De overheid was voorts bevoegd om de kantoren en installaties van genoemde instelling te bezoeken en over deze onderzoeken verslag uit te brengen bij een territoriaal lichaam dat, via een andere vennootschap, het maatschappelijk kapitaal van de betrokken instelling in handen had.

7.-

7.1.

O.i. kan uit deze rechtspraak van het Hof van Justitie worden afgeleid dat er alsnog redenen kunnen bestaan om aan te nemen dat Fost Plus kan kwalificeren als een aanbestedende overheid. In eerste orde verwijzen wij daarvoor naar de elementen die in de voorgaande adviezen reeds vermeld zijn:

- Een taak van openbare dienst onder toezicht van het openbaar gezag. Dienaangaande lijkt overigens eveneens verdedigd te kunnen worden dat Fost

Plus voldoet aan de voorwaarde van een behoefte van algemeen belang. Het Hof van Justitie heeft daarbij reeds aangegeven dat recyclage van afval een taak van algemeen belang waarborgt.

- De Interregionale Verpakkingscommissie (IVC) keurt jaarlijks en dus voorafgaandelijk preventieplannen goed
- De IVC keurt overeenkomsten goed (of weigert) tussen de verpakkingsverantwoordelijke en de rechtspersoon van publiek- of privaatrecht
- De IVC bepaalt in de erkenning de voorwaarden waaraan het organisme moet voldoen. In die optiek kan gesteld worden dat de IVC aldus in wezen de gehele interne werking en organisatie van Fost Plus lijkt vast te leggen.
- De IVC bepaalt de financiële zekerheden;
- De IVC kan de boekhouding laten nazien door een bedrijfsrevisor of externe accountant die zij aanstelt.
- De regering van elk gewest kan bij het erkend organisme voor verpakkingsafval van huishoudelijke oorsprong een gevolmachtigde, alsook zijn vervanger, aanduiden en deze aanduiding terug intrekken; de gevolmachtigde wordt belast met de controle op de taak als openbare dienst en op de verplichtingen opgelegd door dit akkoord;

7.2.

Daarnaast wijzen wij nog op andere elementen die o.i. bijdragen tot het vervullen van de toezichtsvoorwaarde, minstens de vervulling van een "gewoon toezicht", met een organisatie die sterk is geregeld door het IVC. Ter zake kan in eerste orde verwezen worden naar de erkenning van Fost Plus, zoals verstrekt door de IVC (erkenning d.d. 20 december 2018, zoals gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad op 1 februari 2019).²⁸

- Het bestaan van Fost Plus is in wezen afhankelijk van de erkenning die het IVC daarvoor verstrekt;
- **Het uitsluitend statutair doel** te hebben "het voor rekening van de leden ten laste nemen van de terugnameplicht krachtens artikel 6 van het samenwerkingsakkoord". Het statutair doel is aldus opgelegd;
- De erkenning bepaalt de voorwaarden waaraan het erkende organisme zich moet houden;
- **De IVC bepaalt het werkingsgebied van het erkende organisme;**
- Overeenkomstig het samenwerkingsakkoord, bepaalt de IVC binnen de grenzen van het Europees recht autonoom de berekeningsmethodes van de recyclagepercentages, met inbegrip van de modaliteiten betreffende eventuele correcties, en dat de IVC moet kunnen verifiëren hoe de recyclagepercentages in de praktijk worden bereikt
- met het oog op het verenigen van alle betrokken actoren **in elke fase van de gunningsprocedure** van de opdrachten, **moet voorzien worden in de tussenkomst van een gemengd comité**, waarin ook de Interregionale Verpakkingscommissie als waarnemer aanwezig is; dat de samenstelling van dit comité kan variëren naar gelang van de taken die het gevraagd wordt uit te voeren; dat ook de aanwezigheid in het gemengd comité van een federatie die de bedrijven voor het beheer van afvalstoffen vertegenwoordigt, duidelijk een toegevoegde waarde heeft, **maar dat deze federatie geen stemrecht kan hebben** en dat zij niet kan

²⁸ Wij gronden ons daarvoor in eerste orde op de erkenning van Fost Plus, zoals verstrekt door de IVC (erkenning d.d. 20 december 2018, zoals gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad op 1 februari 2019).

deelnemen aan een vergadering, wanneer er mogelijks een belangenconflict is, zoals wanneer er kennis wordt genomen van concrete offertes; dat het huishoudelijk reglement van het gemengd comité de gevallen kan omschrijven waarin er een risico op belangenvermenging is;

- Fost Plus bevindt zich in een **feitelijk monopolie; dat dit de verantwoordelijkheid van de IVC om de belangen van de leden van het organisme te beschermen, vergroot**; dat de IVC **daarom elke wijziging van het modelcontract tussen Fost Plus en zijn leden moet kunnen goed- of afkeuren**; dat een duidelijke communicatie van de contractsvoorwaarden van essentieel belang is;
- Rapportageverplichtingen;
- IVC keurt de implementatieplannen goed;
- Artikel 19 Erkenning in verband met de modelcontracten: "Art. 19.§ 1. Binnen de zes maanden na datum van inwerkingtreding van deze erkenning legt Fost Plus **een nieuwe versie van het modelcontract** met de rechtspersonen van publiekrecht die voor hun grondgebied verantwoordelijk zijn voor de inzameling van huishoudelijke afvalstoffen, van de modelbestekken voor de markten van inzameling, sortering en recyclage en, indien er aanpassingen zijn, van de modelbestekken in het kader van het implementatieplan voor de uitbreiding van de plasticsinzameling, **ter goedkeuring aan de Interregionale Verpakkingscommissie voor**, waarin onder meer de voorwaarden van deze erkenning geïntegreerd zijn **en waarin gezorgd wordt voor een overeenstemming met de geldende wetgeving**. Dit voorstel bepaalt ook, voor zover dit nodig is, de datum van inwerkingtreding van de diverse bepalingen. De Interregionale Verpakkingscommissie doet een uitspraak binnen een termijn van zes maanden, te rekenen vanaf de integrale ontvangst van het definitieve ontwerp.

Elke wijziging aan het modelcontract tijdens de loop van deze erkenning moet voorafgaandelijk ter goedkeuring worden voorgelegd aan de Interregionale Verpakkingscommissie. De Interregionale Verpakkingscommissie doet een uitspraak over het voorstel tot wijziging binnen een termijn van vier maanden, te rekenen vanaf de integrale ontvangst van het definitieve voorstel. § 2. Binnen de zes maanden na goedkeuring van het modelcontract door de Interregionale Verpakkingscommissie, worden de contracten tussen Fost Plus en de rechtspersonen van publiekrecht aangepast aan het nieuwe typecontract."

Voorgaande elementen betreffen een selectie van elementen die gelezen kunnen worden als talrijke voorwaarden en verplichtingen die Fost Plus opgelegd krijgt. Op grond van de geldende rechtspraak en de ruime invulling van het begrip "afhankelijkheid", is het niet uitgesloten dat geoordeeld wordt dat het beheer zeer gedetailleerd geregeld is bij wet en er sprake is van een (minstens) "gewoon toezicht". In die optiek is dan voldaan aan het criterium van de bijzondere overheidsinvloed en lijkt besloten te moeten worden dat Fost Plus een aanbestedende overheid is.

Het lijkt niet zo dat er enkel sprake is van een mogelijkheid tot controle achteraf.

8.-

Verder verwijzen wij naar een zeer recent arrest van de Raad van State van 19 januari 2023, waarin de erkenning van Fost Plus door de IVC werd aangevochten.²⁹ Het beroep tot

²⁹ RvS 19 januari 2023, nr. 255.534, VZW DENUO e.a.

nietigverklaring werd verworpen door de Raad. Hoewel de Raad van State niet inging op de vraag of Fost Plus al dan een aanbestedende overheid is, werd in de argumentatie van de verwerende partij, de IVC, wel het volgende gesteld:

*"Het is van belang om vast te stellen dat de organisatie en de financiering van de beide circuits sterk van elkaar verschillen. Wat het 'huishoudelijk PMD' circuit betreft, verzamelen en sorteren de intercommunales het huishoudelijk verpakkingsafval voor Fost Plus. Fost Plus betaalt hen de volledige kost van de inzameling en de sortering van de PMD-fractie en verkrijgt hiervan de eigendom. **Fost Plus organiseert daarenboven de recyclage van de ingezamelde en gesorteerde fracties. Op alle niveaus wordt daarbij toepassing gemaakt van de wetgeving overheidsopdrachten.** De financiering van de inzameling, sortering en recyclage geschiedt door de bijdragen van de verpakkingsverantwoordelijken aan Fost Plus. De vergoeding van de totale en reële kosten van de selectieve inzamelingen die door de intercommunales worden verwezenlijkt, wordt expliciet opgelegd door artikel 13, § 1, 4^o van het Samenwerkingsakkoord."*

Hoewel uit deze passage niet zonder meer kan worden afgeleid dat Fost Plus een aanbestedende overheid is (er wordt immers enkel gesteld dat zij toepassing maakt van de wetgeving overheidsopdrachten), kan een eventuele tegenpartij hier wel argumenten uit putten. Ons is geen rechtspraak gekend bij de Raad van State van beroepen inzake opdrachten waarvan dan beweerd werd dat Fost Plus een aanbestedende overheid zou zijn.

9.-

Gelet op het feit dat er mogelijkheid voorhanden is tot een zekere interpretatie van feitelijke elementen, is het niet eenvoudig om eenduidig te besluiten dat Fost Plus geen aanbestedende overheid zou zijn. Er lijken een aantal elementen voorhanden die zouden kunnen leiden tot een kwalificatie als aanbestedende overheid. Anderzijds geeft dezelfde ruimte voor interpretatie de mogelijkheid om een argumentatie te ontwikkelen tot het tegendeel, welke argumentatie er vooral lijkt in te moeten bestaan dat er mogelijk wel toezicht is maar dat dit niet voldoende is in de zin van artikel 2, 1^o, c) Wet Overheidsopdrachten. In geval van discussie zal het uiteindelijk een rechtbank zijn die de feitelijke elementen zal moeten aan de voorwaarden van de wet.

3. Relevantie voor het piloottraject?

10.-

In zoverre Fost Plus als een aanbestedende overheid zou beschouwd worden, stelt zich de vraag of er een probleem is met het reeds aangevallen piloottraject. Mogelijk kan daartoe geargumenteed worden dat dit niet het geval is. Zoals u weet kan een aanbestedende overheid toepassing making van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking op grond van artikel 42 Wet Overheidsopdrachten. Er van uitgaande dat de pilootprojecten van de verschillende ondernemingen een beperkte waarde hebben, kan geargumenteed worden dat Fost Plus in wezen toepassing heeft gemaakt van de mogelijkheid om beroep te doen op de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking omwille van het feit dat de waarde van de gesloten opdracht het bedrag van 140.000,00 EUR (excl. btw) niet overschrijdt.

11.-

U weet dat er voor de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking geen publicatie in het bulletin der aanbestedingen is vereist en dat de aanbestedende overheid in principe zelf de ondernemingen kan kiezen die zij uitnodigt voor het indienen van een offerte. Gelet op het feit dat hier alsnog een zekere vorm van publicatie is gebeurd, kan daarbij gesteld worden derden die kritiek zouden formuleren, geen belang hebben. Er is immers een afdoende bekendmaking geweest en bovendien was Fost Plus daartoe niet verplicht. In dat kader moet nog opgemerkt worden dat er geen recht is voor een onderneming om uitgenodigd te worden voor het indienen van een offerte in het kader van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking (cf. artikel 93 van het KB Plaatsing van 18 april 2017).

12.-

Sowieso kan zich de vraag stellen of er wel sprake is van een overheidsopdracht in het geval van het piloottraject (in de zin van het materiële toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten). Eén van de voorwaarden om te spreken van een overheidsopdracht bestaat er immers in dat er een overeenkomst onder bezwarende titel voorhanden moet zijn. Indien er niet betaald wordt voor het pilootproject, kan daarover gesteld worden dat er geen overheidsopdracht is.

4. Overige bedenkingen

a. Problematiek van de voorafgaande betrokkenheid

a.1. Algemeen

1".-

Artikel 52 van de wet inzake overheidsopdrachten van 17 juni 2016 licht de situatie toe waarin een aan een inschrijver verbonden onderneming de aanbestedende overheid heeft geadviseerd in de opdracht en deze derhalve voorafgaand aan de gunningsprocedure betrokken is geweest bij de voorbereiding ervan. Het genoemde artikel 52 luidt:

*"§ 1. Wanneer een kandidaat of inschrijver of een met een kandidaat of inschrijver verbonden onderneming de aanbestedende overheid heeft geadviseerd, al dan niet in het kader van artikel 51, of anderszins betrokken is geweest bij de voorbereiding van de plaatsingsprocedure, neemt de aanbestedende overheid de **passende maatregelen** om ervoor te zorgen dat de mededinging niet wordt vervalst door de deelneming van die kandidaat of inschrijver. Deze maatregelen moeten, voor de opdrachten waarvan het bedrag gelijk is aan of hoger is dan de betreffende drempels voor de Europese bekendmaking, worden aangegeven in de in het artikel 164, §§ 1 of 2, bedoelde informatie.*

Deze maatregelen omvatten met name de mededeling aan andere kandidaten en inschrijvers van relevante informatie die is uitgewisseld in het kader van of ten

gevolge van de betrokkenheid van de kandidaat of inschrijver bij de voorbereiding van de plaatsingsprocedure, alsmede de vaststelling van passende termijnen voor de ontvangst van de offertes.

In de zin van dit artikel verstaat men onder "verbonden onderneming", elke onderneming waarop een persoon bedoeld in het eerste lid rechtstreeks of **onrechtstreeks een overheersende invloed kan uitoefenen**, of elke onderneming die een overheersende invloed kan uitoefenen op die persoon of die, zoals zij, onderworpen is aan de overheersende invloed van een andere onderneming omwille van eigendom, financiële deelneming of op haar van toepassing zijnde voorschriften.

Voor de toepassing van het derde lid wordt de "overheersende invloed" vermoed in de gevallen bedoeld in artikel 2, 2^o.

[...]."

De Memorie van Toelichting verduidelijkt hierbij:

"Echter wordt voortaan duidelijk gesteld dat het in eerste instantie aan de aanbestedende overheid toekomt om, ten gepaste tijde, de maatregelen te nemen die ervoor zorgen dat de mededinging niet zou worden vervalst door de deelname van de betreffende kandidaat of inschrijver"

En:

"Wat als relevante informatie moet beschouwd worden zal hoogstwaarschijnlijk ook verschillen van de ene opdracht naar de andere. Het is bijgevolg per afzonderlijk geval dat de aanbestedende overheid zal moeten oordelen op welke wijze zij het best de gelijkheid van alle kandidaten/inschrijvers kan waarborgen, desgevallend met inbegrip van de informatie die noodzakelijk moet doorgegeven worden om dit principe te eerbiedigen."

14.-

Artikel 52 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten voorziet een mechanisme dat de aanbestedende overheid moet respecteren wanneer er sprake zou zijn van voorafgaande betrokkenheid. Een voorafgaande studie die door een onderneming wordt uitgevoerd bij de aanbestedende overheid kan als dusdanig worden beschouwd.³⁰

Rechtsleer geeft aan dat artikel 52 van toepassing zal zijn wanneer die persoon belast werd met de uitwerking van de opdrachtdocumenten en de nauwkeurige technische of architecturale opties heeft vastgelegd die overeenstemmen met degene waarmee hij het best vertrouwd is.³¹

Artikel 52 is tevens van toepassing wanneer aan de aanbestedder een "advies" werd verstrekt, in het bijzonder wanneer dat advies betrekking heeft op het bepalen van de technische voorschriften, ongeacht of dit werd gedaan in het kader van een voorafgaande marktconsultatie voorzien in artikel 51 of dat er sprake was van een andere "betrokkenheid bij de voorbereiding van de plaatsingsprocedure".

³⁰ Y. MUSSCHEBROECK, "Marktconsultaties", MCP-OOO 2020, afl. 2, 247-248.

³¹ L. WESTHOVENS, *Zakboekje Overheidsopdrachten. Klassieke sectoren*, Mechelen, Kluwer, 2020, 98.

Het toepassingsgebied wordt uitgebreid tot elke handeling ter voorbereiding van de gunningsprocedure. Het dekt dus de hypothese waarin de kandidaat of inschrijver werd "belast met het onderzoek, de beproeving, de studie of de ontwikkeling van de opdracht", zoals werd voorzien in artikel 64 van voormeld KB van 15 juli 2011. In eerste instantie wordt de bepaling van toepassing bij het louter afleveren van een advies of de loutere betrokkenheid bij de voorbereiding. Er moet niet worden vastgesteld dat de kandidaat of inschrijver door die prestaties "een voordeel geniet dat de normale mededingingsvoorwaarden verhindert of vervalst" zoals was voorzien in het vorige artikel 64, § 1, eerste lid, *in fine*.³²

a.2. Concreet

15.-

Gelet op bovenstaande moet er in de tweede fase (het bestek) voor gehoeid worden dat het bestek niet op zulke wijze wordt opgesteld, dat één of meerdere ondernemingen die hebben deelgenomen aan het piloottraject, bevoordeeld zouden worden. Mogelijk kan dit ondervangen worden door bij het bestek zoveel mogelijk informatie te voegen (onder meer de resultaten van het piloottraject) doch er moet voorkomen worden dat bepaalde keuzes worden gemaakt in het bestek waardoor een "gelijke start" aan de gunningsprocedure niet meer mogelijk is.

b. De technische specificaties

b.1. De wettelijke regeling inzake technische specificaties

16.-

Met betrekking tot de technische specificaties bepaalt artikel 53 Wet Overheidsopdrachten:

"Art. 53. § 1. De aanbestedende overheid neemt de technische specificaties, waarin de voor een werk, levering of dienst gestelde kenmerken worden voorgeschreven, op in de opdrachtdocumenten.

Die kenmerken kunnen verband houden met het specifieke proces of de specifieke methode van productie of uitvoering van de gevraagde werken, leveringen of diensten of met een specifiek proces van een ander stadium van de levenscyclus ervan, zelfs wanneer deze factoren niet tot de materiële essentie van de werken, leveringen of diensten behoren, mits zij met het voorwerp van de opdracht verbonden en in verhouding zijn tot de waarde en de doelstellingen ervan.

§ 2. De technische specificaties bieden de ondernemers gelijke toegang tot de plaatsingsprocedure en mogen er niet toe leiden dat ongerechtvaardigde belemmeringen voor de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging worden opgeworpen.

§ 3. Onverminderd dwingende nationale technische voorschriften, voor zover deze met het recht van de Europese Unie verenigbaar zijn, worden de technische specificaties opgesteld op een van de volgende wijzen :

³² A. DELVAUX, K. LEMMENS, M. SCHOUPS en B. VAN LIERDE, "DEEL 1A - WET 17 JUNI 2016 - PLAATSING - KLASSIEKE SECTOREN", Praktische Commentaar, 2021.

1° hetzij aan de hand van prestatie- of functionele eisen, inclusief milieukeurmerken, mits deze zo nauwkeurig zijn dat de inschrijvers het voorwerp van de opdracht kunnen bepalen en de aanbestedende overheid de opdracht kan gunnen;

2° hetzij onder verwijzing naar de technische specificaties en, in volgorde van voorkeur, naar de nationale normen waarin Europese normen zijn omgezet, de Europese technische beoordelingen, de gemeenschappelijke technische specificaties, internationale normen, andere door de Europese normalisatie-instellingen opgestelde technische referentiesystemen, of, bij gebreke van dit alles, de nationale normen, de nationale technische goedkeuringen dan wel de nationale technische specificaties inzake het ontwerpen, het berekenen en het uitvoeren van de werken en het gebruik van de leveringen. Iedere verwijzing gaat vergezeld van de woorden "of gelijkwaardig";

3° hetzij aan de hand van de bepaling onder 1° bedoelde prestatie- of functionele eisen, waarbij onder aanneming van overeenstemming met deze prestatie-eisen en functionele eisen wordt verwezen naar de onder 2° bedoelde technische specificaties;

4° hetzij onder verwijzing naar de bepaling onder 2° bedoelde technische specificaties voor bepaalde kenmerken, en naar de bepaling onder 1° bedoelde prestatie- of functionele eisen voor andere kenmerken.

§ 4. In de technische specificaties mag geen melding worden gemaakt van een bepaald fabricaat of een bepaalde herkomst of van een bijzondere werkwijze die kenmerkend is voor de producten of diensten van een bepaalde ondernemer, noch mogen deze een verwijzing bevatten naar een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of geëlimineerd.

Deze vermelding of verwijzing is bij wijze van uitzondering alleen toegestaan:

1° wanneer, ingevolge de toepassing van paragraaf 3, geen voldoende nauwkeurige en begrijpelijke omschrijving van het voorwerp van de opdracht mogelijk zou zijn;

2° indien dit door het voorwerp van de opdracht is gerechtvaardigd.

In het in het tweede lid, 1° bedoelde geval moet de betreffende vermelding of verwijzing vergezeld gaan van de woorden "of gelijkwaardig".

Bij niet-naleving van de in deze paragraaf bedoelde verplichtingen door de aanbestedende overheid, kan de inschrijver een gelijkwaardig product of dienst aanbieden.

§ 5. Wanneer een aanbestedende overheid gebruik maakt van de in paragraaf 3, 1°, geboden mogelijkheid de technische specificaties in termen van prestatie- of functionele eisen vast te stellen, wijst zij een inschrijving voor werken, leveringen of diensten niet af als zij voldoet aan een nationale norm waarbij een Europese norm is omgezet, een Europese technische goedkeuring, een gemeenschappelijke technische specificatie, een internationale norm, een door een Europees normalisatieorgaan ingesteld technisch verwijzingsstelsel, wanneer deze specificaties betrekking hebben op de door de aanbestedende overheid vastgestelde prestatie- of functionele eisen.

De inschrijver bewijst in zijn offerte met elk passend middel, waaronder de in artikel 55 bedoelde middelen, dat het werk, de levering of de dienst die in overeenstemming is met de norm, voldoet aan de prestatie- of functionele eisen van de aanbestedende overheid.

§ 6. Wanneer een aanbestedende overheid gebruik maakt van de mogelijkheid te verwijzen naar de in paragraaf 3, 2°, genoemde technische specificaties, wijst zij een offerte niet af op grond van het feit dat de aangeboden werken, leveringen of diensten niet overeenstemmen met de betrokken technische specificaties, wanneer de inschrijver in zijn offerte met elk passend middel, inclusief de in artikel 55 bedoelde bewijsmiddelen, aantoont dat de voorgestelde oplossingen op gelijkwaardige wijze voldoen aan de in de technische specificaties gestelde eisen."

De Memorie van Toelichting verduidelijkt onder meer:

“De technische specificaties moeten op zodanige wijze worden opgesteld dat kunstmatige concurrentiebeperking, die erin bestaat eisen te stellen die een bepaalde ondernemer bevoordelen, wordt voorkomen. Dit kan met name worden gerealiseerd door de technische specificaties als functionele en prestatie-eisen te formuleren.”

Voor een schending van het gelijkheidsbeginsel en de eerlijke mededinging is het niet vereist dat de aanbestedende overheid de intentie had om te discrimineren. Een “discriminerend effect” van de technische specificatie is daarbij voldoende.

17.-

Het is de aanbestedende dienst verboden om technische specificaties op te nemen in de opdrachtdocumenten die een discriminerend effect hebben.

b.2 Concreet

18.-

Een zelfde overweging moet gemaakt worden als bij de voorafgaande betrokkenheid. Bij het opstellen van het uiteindelijke bestek in de tweede fase, moet vermeden worden dat er technische specificaties (bv. naar aanleiding van het piloottraject) worden vooropgesteld die een discriminerend effect kunnen hebben. In die optiek lijken de technische specificaties moeilijk afgestemd te kunnen worden op één of meerdere oplossingen die zijn aangeboden in het kader van het piloottraject.

Het bestek zal zo “open” mogelijk moeten gehouden worden waarin meer aandacht zal besteed moeten worden aan de gunningscriteria en waarbij er niet al te veel technische specificaties vooropgesteld worden.

Dit betreft een eerste advies. Wij zijn steeds bereikbaar voor bespreking.

Vriendelijke groet

Joris Wouters

Geert Van Engelgem