

**Samenvatting advies GSJ advocaten dd. 15 maart 2023 –
Pilotproeven voor een statiegeldsysteem**

////////////////////////////////////

Auteur: Tine Goossens

Versie: 1

////////////////////////////////////

1 Adviesvraag

De OVAM stelde aan het advocatenkantoor GSJ advocaten de vraag of Fost Plus de wetgeving overheidsopdrachten moet toepassen bij het in de markt plaatsen van de pilotproeven met betrekking tot het statiegeldsysteem.

2 Inhoud van het advies

Naar aanleiding van deze adviesvraag behandelde GSJ in haar advies de volgende topics:

- Moet Fost Plus al dan niet als een aanbestedende overheid worden beschouwd waarop de wetgeving overheidsopdrachten van toepassing is?
- Hoe kan de wetgeving overheidsopdrachten toegepast worden op het in de markt plaatsen van de pilotproeven?
- Bedenkingen waarmee rekening moeten worden gehouden bij de effectieve aankoop van een statiegeldsysteem in een tweede fase

3 Korte samenvatting van deze topics**3.1 MOET FOST PLUS ALS AANBESTEDENDE OVERHEID WORDEN
BESCHOUWD?****3.1.1.**

Om als een aanbestedende overheid te worden beschouwd die aan de wetgeving overheidsopdrachten moet voldoen, dient een entiteit die geen 'klassieke overheid' is, aan 3 voorwaarden te voldoen:

1. Rechtspersoonlijkheid bezitten;

2. Voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van individuele of commerciële aard zijn;
3. Onderworpen zijn aan bijzondere overheidsinvloed in de vorm van één van de volgende situaties:
 - a. De werkzaamheden van de entiteit worden in hoofdzaak gefinancierd door 'klassieke overheden' of andere entiteiten die te beschouwen zijn als aanbestedende overheid (financieringscriterium)
 - b. Het beheer van de entiteit is onderworpen aan het toezicht van de 'klassieke overheden' of andere entiteiten die als aanbestedende overheid te beschouwen zijn (toezichtcriterium)
 - c. De leden van de directie, van de raad van bestuur of raad van toezicht worden voor meer dan 50% aangeduid door 'klassieke overheden' of andere entiteiten die te beschouwen zijn als aanbestedende overheid (bestuurscriterium)

3.1.2.

Of Fost Plus al dan niet als aanbestedende overheid moet worden beschouwd, hangt vooral af van de 3^{de} voorwaarde en het antwoord op de vraag of het beheer van Fost Plus al dan niet onderworpen is aan het toezicht van 'klassieke overheden'.

Op basis van rechtspraak en de feitelijke situatie van Fost Plus beantwoordt GSJ de vraag of Fost plus al dan niet een aanbestede overheid is als volgt:

- Er is geen eenduidig besluit mogelijk en er is ruimte voor interpretatie
- Er zijn zeker een aantal elementen voorhanden die kunnen leiden tot een kwalificatie als aanbestedende overheid
- Maar er is ook ruimte voor interpretatie en dus is er de mogelijkheid om een argumentatie te ontwikkelen dat Fost Plus geen aanbestedende overheid is. Deze argumentatie moet dan vooral aantonen dat er mogelijk wel sprake is van toezicht, maar niet voldoende om te voldoen aan het toezichtcriterium en de voorwaarde van de aanwezigheid van bijzondere overheidsinvloed.

In geval van discussie zal het uiteindelijk een rechtbank zijn die uitspraak doet.

3.2 Hoe kan de wetgeving overheidsopdrachten toegepast worden op het in de markt plaatsen van de pilootproeven?

Hierna bespreekt GSJ de situatie waarin er toch zou worden besloten dat Fost Plus aanbestedende overheid is en de wetgeving overheidsopdrachten moet naleven.

In dat geval zou er gebruik kunnen worden gemaakt van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, op voorwaarde dat de opdrachten voor een max. bedrag van 140.000 euro, excl. btw worden gesloten. De oproep die al gelanceerd is, zou dan als uitnodiging tot het indienen van offertes kunnen worden beschouwd waarbij dan niemand is benadeeld nu iedereen kennis heeft kunnen nemen van de oproep en in de mogelijkheid is gesteld een pilootproject voor te stellen. In die zin kan geargumenteed worden dat gebeurlijke klagers geen belang hebben bij hun kritiek.

In zoverre Fost Plus zou kwalificeren als aanbestedende overheid, moet bijkomend gehouden met het materieel toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten. Dit betreft de vraag naar wanneer er sprake is van een overheidsopdracht. Een overheidsopdracht vereist volgende elementen:

- Een overeenkomst;
- Onder bezwarende titel;
- Tussen een aanbesteder;
- En een ondernemer;
- Met betrekking tot een aanneming van werken, leveringen of diensten

De vraag stelt zich derhalve in hoeverre een pilootproject kan aanzien worden als een overheidsopdracht nu er niet onmiddellijk een overeenkomst onder bezwarende titel zal worden gesloten waarbij de ondernemer zich daadwerkelijk verbindt tot het uitvoeren van bepaalde diensten en waarvoor hij dan betaling zal ontvangen. In die optiek kan gesteld worden dat er geen sprake is van een overheidsopdracht.

3.3 Bedenkingen waarmee rekening moeten worden gehouden bij de effectieve aankoop van een statiegeldsysteem in een tweede fase

Tot slot wordt in het advies nog vermeld dat er in een eventuele 2^{de} fase waarin een statiegeldsysteem wordt aangekocht er rekening mee moet worden gehouden dat deze opdracht niet op zulke wijze wordt opgesteld dat één of meerdere ondernemingen, die hebben deelgenomen aan de pilootprojecten, bevoordeeld worden.

Ook moet er over gewaakt worden dat er voor deze tweede opdracht geen technische specificaties worden opgelegd die discriminerend kunnen werken tussen ondernemingen die deelnamen aan de pilootprojecten en andere geïnteresseerden.

4 Conclusies

Op basis van het advies van GSJ advocaten kunnen volgende conclusies worden getrokken:

- Algemeen gesproken is de vraag of Fost plus als een aanbestedende overheid moet worden beschouwd niet éénduidig te beantwoorden. Er kan echter geargumenteed worden dat dit niet het geval is. Deze argumentatie bestaat er in dat er wel toezicht is vanwege de overheid maar in onvoldoende mate om te beantwoorden aan het betreffende toezichtcriterium in de wetgeving overheidsopdrachten. Deze conclusie is in lijn met eerdere juridische analyses over deze kwestie en met de beleidsmatige conclusie die eerder al is verwoord in het Verslag van de Vlaamse regering bij de goedkeuring van Vlarema 7.

- Meer specifiek is er de vraag of er een strikte noodzaak is om de wetgeving overheidsopdrachten te volgen in deze fase van het onderzoek naar digitaal statiegeld, met name voor het opstarten van de proefprojecten. Uit het advies blijken er voldoende elementen te zijn om te verdedigen dat dit niet het geval is. En zelfs al zou geargumenteed worden dat bij de keuze van deze proefprojecten de overheid wel een beslissende invloed uitoefent (wat op zich al een interpretatie is van de werking van de hiervoor opgerichte stuurgroep) dan kan het reeds aangevangen piloottraject worden beschouwd als de voorbereiding van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. Dit kan voor zover proefprojecten zullen worden uitgevoerd aan een kostprijs van elk minder dan 140.000 euro, excl. btw. Ingeval er niet voor betaald wordt en de onderneming zich niet daadwerkelijk verbindt tot het uitvoeren van bepaalde diensten en er dus geen overeenkomst onder bezwarende titel voorhanden is, kan gesteld worden dat er helemaal geen sprake van een overheidsopdracht. Aangezien er via de voorbereidende oproep een zekere vorm van publicatie is geweest, geldt dat derden die mogelijk kritiek op de procedure zouden formuleren, geen belang hebben aangezien er een afdoende bekendmaking is geweest.
- Dit neemt niet weg dat er voor kan gekozen worden om bij een latere definitieve aanduiding van een bedrijf die het statiegeldsysteem daadwerkelijk over heel Vlaanderen/België zal uitrollen, de wetgeving overheidsopdrachten toe te passen. In geval de overheid in deze fase een meer beslissende rol zal spelen (en FOST plus als aanbesteder wel aan het toezichtcriterium zou beantwoorden), kan dat zelfs als een verplichting beschouwd worden. In dat geval is het van belang om het bestek niet zodanig op te stellen dat ondernemingen bevoordeeld zouden worden. Dat kan door in het bestek voldoende informatie op te nemen, door te voorkomen dat daarin al bepaalde keuzes worden gemaakt en door geen technische specificaties op te nemen die een discriminerend effect zouden kunnen hebben. Een dergelijk bestek moet zo 'open' mogelijk worden gehouden met vooral aandacht voor heldere gunningscriteria.