

## TOEPASSING OVERHEIDSOPDRACHTEN BIJ GESUBSIDIEERDE PROJECTEN

1	Inleiding .....	2
2	De organisatie is een aanbestedende overheid.....	2
2.1	Organisaties opgesomd in de wetgeving .....	2
2.2	Open categorie in de wetgeving: criteria .....	3
2.2.1	Rechtspersoonlijkheid hebben .....	3
2.2.2	Opgericht zijn met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet louter van industriële of commerciële aard zijn .....	4
2.2.2.1	opgericht zijn met het specifieke doel .....	4
2.2.2.2	behoeften van algemeen belang .....	4
2.2.2.3	behoeften van algemeen belang andere dan van industriële of commerciële aard ...	5
2.2.3	Bijzondere overheidsinvloed.....	6
2.2.3.1	merendeel van de leden van de bestuursorganen aangeduid door een aanbestedende overheid.....	7
2.2.3.2	beheer is onderworpen aan toezicht van aanbestedende overheid.....	7
2.2.3.3	financiering voor meer dan 50 % door één of meerdere aanbestedende overheden	7
2.2.4	Conclusie .....	8
3	De projectsubsidie vereist toepassing wetgeving overheidsopdrachten .....	8
3.1	Vanuit de wetgeving overheidsopdrachten .....	8
3.1.1	Aanneming van werken onderworpen aan de Europese bekendmakingsregels .....	8
3.1.2	Aanneming van werken onderworpen aan de Belgische bekendmakingsregels .....	9
3.1.3	Aanneming van diensten onderworpen aan de Europese bekendmaking.....	9
3.1.4	Aanneming van werken door de privaatrechtelijke universitaire instellingen onderworpen aan Belgische bekendmaking .....	10
3.1.5	Civieltechnische werkzaamheden? .....	10
3.1.6	Hoe grootte bedrag van de opdracht ramen?.....	11
3.1.7	Hoe bepalen of 50 procent uit subsidies komt?.....	11
3.1.8	Gevolgen?.....	11
3.2	Vanuit de wetgeving die de projectsubsidie beheerst .....	12
4	Conclusie .....	12

# 1 Inleiding

De wetgeving overheidsopdrachten kan op verschillende wijzen van toepassing worden. Een hele reeks organisaties vallen voor alle aankopen die ze verrichten onder het toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten. Soms vallen organisaties echter slechts onder het toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten voor het specifieke project dat ze met subsidies uitvoeren.

In onderstaande tekst wordt gepoogd een overzicht te geven van de verschillende wijzen waarop de wetgeving overheidsopdrachten van toepassing kan worden op een organisatie. Daarbij wordt gepoogd ook weer te geven welke redenering je moet afleggen om te weten of de organisatie onder de wetgeving overheidsopdrachten valt.

Het document kwam tot stand op vraag van de afdelingen Inspectie Economie en Europa Economie van het Agentschap Ondernemen naar aanleiding van de opleiding overheidsopdrachten die binnen het Agentschap Ondernemen georganiseerd werd.

De doelstelling van dit document is om 1) een gids ter beschikking te stellen van de personeelsleden van het Agentschap Ondernemen die subsidies verlenen om uit te maken of de subsidieverkrijger de wetgeving overheidsopdrachten moet toepassen en 2) te kunnen gelden als addendum bij eventuele richtlijnen horende bij de subsidie zodat de subsidieverkrijgers aan de hand van deze gids ook zelf kunnen uitmaken of ze de wetgeving overheidsopdrachten moeten toepassen.

Wetgeving wijzigt uiteraard voortdurend. Dit document kan de wetgeving niet vervangen. Om absoluut zeker te zijn, zal het dus altijd noodzakelijk blijven om de meest recente wetgeving te raadplegen.

## 2 De organisatie is een aanbestedende overheid

Indien vastgesteld wordt dat de organisatie die de subsidie krijgt een aanbestedende overheid is, dan zal voor alle aankopen die deze organisatie verricht de wetgeving overheidsopdrachten van toepassing zijn. Om uit te maken of een organisatie een aanbestedende overheid is, kan gekeken worden in de wet van 24 december 1993 en de opsomming opgenomen in artikel 4 van deze wet. Een aantal organisaties staat klaar en duidelijk opgesomd in de wetgeving, maar voor het merendeel van de organisaties zullen de criteria van artikel 4 § 2 8° moeten toegepast worden om te weten of ze al dan niet een aanbestedende overheid zijn. Daarbij is het zelfs mogelijk dat een organisatie tijdelijk, bijvoorbeeld 1 jaar, aanbestedende overheid wordt.

### *2.1 Organisaties opgesomd in de wetgeving*

Een hele reeks organisaties wordt letterlijk opgesomd in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten of in de bijlage 1 bij het KB van 8 januari 1996 bij deze wet.

Met name gaat het om:

- **Artikel 4 § 1** van de wet bepaalt dat de Staat, de Gemeenschappen, de Gewesten, de provincies, de gemeenten en de verenigingen van één of meer van deze onder het toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten vallen;
- **Artikel 4 § 2** bepaalt dat eveneens de organismen van openbaar nut (1°), de publiekrechtelijke verenigingen (2°), de OCMW's (3°), de besturen die belast zijn met het beheer van de temporalien van de erkende erediensten en de instellingen die belast zijn met het beheer van de materiële en financiële belangen van de erkende niet-confessionele levensbeschouwelijke gemeenschappen (4°), de GOM's (5°), de polders en wateringen (6°), de ruilverkavelingscomités (7°) en de privaatrechtelijke universitaire instellingen voor die opdrachten welke gesubsidieerd worden door de overheid (9°) en de verenigingen gevormd door een of meerdere aanbestedende overheden bedoeld in § 1 en § 2, 1° tot 8° (10°) onder het toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten vallen.
- **Artikel 4 § 3** draagt de Koning bovendien op om een **niet-limitatieve lijst** op te stellen van de organismen van openbaar nut zoals bedoeld in artikel 4 § 2 1° en van de organisaties die voldoen aan de criteria van artikel 4 § 2 8°. Deze niet-limitatieve lijst is bijlage 1 bij het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken.

Voor al deze organisaties bestaat er uiteraard geen enkele twijfel dat de wetgeving overheidsopdrachten zonder meer van toepassing is.

## 2.2 Open categorie in de wetgeving: criteria

Artikel 4 § 2 8° van de wet van 24 december 1993 creëert een open categorie van organisaties die (ook tijdelijk) onder het toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten kunnen vallen. Een aantal van deze organisaties staan opgelijst staan in de bijlage 1 bij het KB van 8 januari 1996 (supra). Voor het merendeel van de organisaties zullen de criteria voorzien in dit artikel moeten toegepast worden om te zien of ze onder het toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten vallen.

Artikel 4 § 2 8° van de wet van 24 december 1993 luidt:

*'De rechtspersonen die op datum van de beslissing om tot een opdracht over te gaan:*

- *Opricht zijn met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, en*
- *Rechtspersoonlijkheid hebben, en*
- *Waarvan*
  - o *Ofwel de werkzaamheden in hoofdzaak gefinancierd worden door de overheden of instellingen vermeld in § 1 en § 2, 1° tot 8°;*
  - o *Ofwel het beheer onderworpen is aan toezicht van die overheden of instellingen;*
  - o *Ofwel de leden van de directie, van de raad van bestuur of van de raad van toezicht voor meer dan de helft door die overheden of instellingen zijn aangewezen'*

Elk van deze criteria of subcriteria is al uitgebreid becommentarieerd geweest in de rechtspraak en de rechtsleer. Hieronder wordt gepoogd een korte invulling van elk criterium te geven.

### 2.2.1 Rechtspersoonlijkheid hebben

De voorwaarde spreekt eigenlijk voor zich. Hier is geen interpretatie mogelijk. Je hebt rechtspersoonlijkheid of je hebt het niet.

Er bestaan zowel publiekrechtelijke als privaatrechtelijke rechtspersonen. De privaatrechtelijke rechtspersonen komen voort uit het wetboek van vennootschappen van 7 mei 1999 of uit de wet van 27 juni 1921 betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en de stichtingen.

De vormen van rechtspersoonlijkheid in België zijn:

- Vereniging zonder winstoogmerk (VZW);
- Internationale vereniging zonder winstoogmerk (IVZW);
- Stichting;
- vennootschap onder firma (VOF);
- gewone commanditaire vennootschap (CommV);
- commanditaire vennootschap op aandelen (CommVA);
- besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BVBA);
- Starters-BVBA (S-BVBA)
- éénpersoons-besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (EBVBA);
- naamloze vennootschap (NV);
- coöperatieve vennootschap met onbeperkte en hoofdelijke aansprakelijkheid (CVOA);
- coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (CVBA);
- landbouwvennootschap (LV);
- economisch samenwerkingsverband (ESV).

De meest voorkomende bij nazicht van toepasselijkheid wetgeving overheidsopdrachten zullen waarschijnlijk de vzw en de nv zijn.

## **2.2.2 Opricht zijn met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet louter van industriële of commerciële aard zijn**

Het criterium bestaat uit verschillende componenten die best in de juiste volgorde onderzocht worden.

### **2.2.2.1 opricht zijn met het specifieke doel**

De oprichtingseis heeft door de opeenvolgende rechtspraak van het Europese Hof van Justitie aan belang ingeboet. Ook organisaties die niet specifiek opgericht zijn met dit doel, maar door een wijzigend activiteitenpatroon activiteiten van algemeen belang beginnen uit te oefenen, kunnen onder dit criterium gevat worden. Het is dus zelfs niet noodzakelijk om initieel door de overheid opgericht te zijn.

#### **2.2.2.2 behoeften van algemeen belang**

In eerste instantie moet onderzocht worden of de behoeften waarin voorzien wordt behoeften van algemeen belang zijn. Pas in tweede instantie moet gekeken worden of deze behoeften van algemeen belang breder zijn dan enkel van industriële of commerciële aard.

Ook hier geldt dat door de opeenvolgende rechtspraak van het Europese Hof van Justitie het 'algemeen belang' als criterium aan belang heeft ingeboet. Het Europees Hof van Justitie zal immers zeer snel geneigd zijn iets aan te merken als algemeen belang. Activiteiten die voorzien in behoeften van

algemeen belang wordt zeer ruim ingevuld en er zal vaak besloten worden tot het algemeen karakter van een welbepaalde behoefte van zodra de overheid betrokken is bij een welbepaalde entiteit.

Slechts indien de overheid zulke activiteiten opricht louter om inkomsten te vergaren en dit doet op een wijze zoals en in concurrentie met private initiatieven, zal allicht besloten worden dat de behoeften die worden behartigd niet van algemeen belang zijn.

**Voorbeelden** uit de rechtspraak die kunnen wijzen op 'algemeen belang':

- **er bestaat een verplichting voor de overheid om de activiteit te behartigen als derden dit niet doen**  
(bv. arrest Adolf Truley, C-373/00, 27 februari 2003. i.v.m. lijkbezorging: Dit kan worden aangemerkt als een activiteit die daadwerkelijk aan een behoefte van algemeen belang beantwoordt. Dergelijke activiteit houdt daadwerkelijk verband met de openbare orde, nu de staat een duidelijk belang heeft bij een nauwgezette controle op de opstelling van akten zoals geboorte- en overlijdensakten.)
- **De uitgeoefende activiteit komt minstens onrechtstreeks een ruimere gemeenschap van personen ten goede en is niet uitsluitend gericht op behoeften van welbepaalde personen**  
(bv. arrest HvJ Agora, C260/99, 10 mei 2001: Activiteiten houdende verband met de organisatie van jaarbeurzen, tentoonstellingen en soortgelijke projecten voorzien in behoeften van algemeen belang. De organisator van dergelijke evenementen, die fabrikanten en handelaars op één plaats bijeenbrengt, handelt namelijk niet alleen in het bijzondere belang van laatstgenoemden, die zo de gelegenheid krijgen om hun producten en handelswaar te presenteren, maar verschaft ook de consumenten die deze evenementen bezoeken de nodige informatie, zodat zij onder optimale omstandigheden hun keuze kunnen maken. Van de impuls die ervan uitgaat voor de handel, kan worden gesteld dat deze het algemeen belang betreft.)
- **De activiteit vertoont een band met de openbare orde handhaving**  
(bv. Arrest H.v.J. Commissie/Spanje, C-283/00, 16 oktober 2003: Vaststaat dat SIEPSA specifiek is opgericht om bij uitsluiting de uitvoering van de in het plan voor afschrijving en oprichting van strafinrichtingen voorziene programma's en acties uit te voeren teneinde het penitentiaire beleid van de Spaanse Staat uit te voeren. Zoals uit haar statuten blijkt, oefent zij daartoe alle activiteiten uit die noodzakelijk blijken voor de bouw, het beheer en de verkoop van het penitentiaire patrimonium van deze staat. Aangezien de behoeften van algemeen belang waarin SIEPSA voorziet, derhalve een noodzakelijke voorwaarde zijn voor de uitoefening van de bestraffingsbevoegdheid van de staat, zijn zij intrinsiek verbonden met de openbare orde.)

### **2.2.2.3 behoeften van algemeen belang andere dan van industriële of commerciële aard**

De wetgeving overheidsopdrachten zal van toepassing zijn als de overheid in behoeften wil voorzien op een andere wijze dan door het aanbieden van goederen of diensten op de markt. De overheid beslist om hierin zelf te voorzien juist om redenen van algemeen belang of omdat ze een beslissende invloed wil behouden.

Aan het criterium zal niet voldaan zijn, en de wetgeving overheidsopdrachten dus mogelijk niet van toepassing, als de doelstelling wel van een zuiver industriële of commerciële aard is. Of een doelstelling van een zuiver industriële of commerciële aard is, valt niet altijd eenvoudig te beoordelen. Uit de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie vallen wel een aantal indicaties afgeleid worden. Deze moeten altijd beoordeeld worden in het concrete geval dat zich aandient. Ze moeten ook niet cumulatief voldaan zijn. Het betreft feitelijke indicaties, niet meer dan dat:

- er worden goederen of diensten op de markt aangeboden;
- er worden goederen of diensten aangeboden aan commerciële ondernemingen;
- de activiteit wordt uitgeoefend in (sterke) concurrentie met andere marktspelers;
- de activiteit wordt (ook) uitgeoefend door een persoon die terug te vinden is op de lijst met aanbestedende overheden gevoegd als bijlage bij de richtlijn werken;
- er bestaat een winstoogmerk of er wordt gewerkt op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit;
- er is geen mechanisme, gebruik of aanwijzing dat eventuele verliezen gecompenseerd zullen worden (het economisch risico van de activiteit wordt zelf gedragen);
- er is geen overheidsfinanciering;
- ...

### 2.2.2.3.1 Infectietheorie

Wat opvallend is, is dat het voorzien in één enkele behoefte van algemeen belang, andere dan van industriële of commerciële aard (hoe beperkt ook) voldoende is om voor de hele organisatie, en dus alle aankopen van de organisatie, de wetgeving overheidsopdrachten van toepassing te maken.

Dit mechanisme draagt de naam 'infectietheorie' en werd door het Europese Hof van Justitie ontwikkeld in het arrest Mannesman van 15 januari 1998.

Het Europees Hof van Justitie overwoog toen *'dat de voorziening in de behoeften van algemeen belang slechts een relatief klein deel uitmaakt van de activiteiten [...] irrelevant is, zolang een dergelijke entiteit zich blijft kwijten van de taken die haar specifiek zijn opgedragen. De [...] voorwaarde, dat de instelling moet zijn opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, houdt namelijk niet in dat zij uitsluitend de voorziening in dergelijke behoeften tot taak zou mogen hebben'*.

Dat geldt zelfs indien de organisatie effectieve maatregelen neemt om een boekhoudkundige scheiding aan te brengen tussen de activiteiten van algemeen belang en de activiteiten die van zuiver commerciële of industriële aard zijn.

De infectietheorie hangt samen met de rechtspersoonlijkheid van de organisatie waarbinnen de activiteit van algemeen belang werd vastgesteld. De grens van de infectietheorie is dus de rechtspersoonlijkheid.

### 2.2.3 Bijzondere overheidsinvloed

Het wetsartikel voorziet drie specifieke vormen van bijzondere overheidsinvloed:

- Ofwel de werkzaamheden in hoofdzaak gefinancierd worden door de overheden of instellingen vermeld in § 1 en § 2, 1° tot 8°;
- Ofwel het beheer onderworpen is aan toezicht van die overheden of instellingen;
- Ofwel de leden van de directie, van de raad van bestuur of van de raad van toezicht voor meer dan de helft door die overheden of instellingen zijn aangewezen.

Hier betreft het niet-cumulatieve criteria. Dat wil zeggen dat indien aan één van deze criteria voldaan is, de bijzondere overheidsinvloed bewezen is en aan het criterium van de bijzondere overheidsinvloed voldaan is.

De drie criteria worden hieronder meer in detail besproken.

### **2.2.3.1 merendeel van de leden van de bestuursorganen aangeduid door een aanbestedende overheid**

Dit kan eenvoudig beoordeeld worden aan de hand van de concrete samenstelling van de raad van bestuur of de raad van toezicht of aan de hand van wie het recht heeft de directieleden te benoemen. Hulpinstrumenten hierbij kunnen de statuten of bijvoorbeeld de beheersovereenkomst zijn.

### **2.2.3.2 beheer is onderworpen aan toezicht van aanbestedende overheid**

Aan dit subcriterium is voldaan, wanneer het toezicht een afhankelijkheid van de betrokken instelling jegens de overheid creëert *'die gelijkwaardig is aan die welke bestaat wanneer aan een van de twee andere alternatieve criteria is voldaan, te weten dat de activiteiten in hoofdzaak door de overheid worden gefinancierd, of dat de overheid meer dan de helft van de leden van de bestuursorganen, de directie of de raad van toezicht aanwijst, zodat de overheid de besluiten van de betrokken instelling ter zake van overheidsopdrachten kan beïnvloeden.'* (H.v.J., 1 februari 2001, Commissie t. Frankrijk, C-237/99; H.v.J., 27 februari 2003, Adolf Truley, C-373/00).

Volgens het Hof van Justitie kan een loutere controle achteraf daartoe niet volstaan, aangezien de overheid via een dergelijke controle de besluiten van de instelling inzake overheidsopdrachten per definitie niet kan beïnvloeden.

Wat bijvoorbeeld wel onder dit subcriterium zou passen is de aanwezigheid van een regeringscommissaris met schorsingsbevoegdheid.

### **2.2.3.3 financiering voor meer dan 50 % door één of meerdere aanbestedende overheden**

Indien verschillende aanbestedende overheden financieren, moeten de bedragen van al deze aanbestedende overheden opgeteld worden. Opvallend is wel dat de wetgeving overheidsopdrachten in haar opsomming in artikel 4 § 2 de Europese overheden niet meeneemt. Dit vormt echter geen argument om de Europese financiële steun niet mee te rekenen bij het beoordelen van het 50 %-criterium. Het is volkomen logisch dat de Wet van 24.12.1993 louter een opsomming geeft van Belgische aanbestedende overheden, aangezien een Belgische wet alleen op hen toepasselijk is (en niet op de Europese overheden). Dat sluit niet uit dat er op het hogere Europese echelon ook overheden opereren die subsidies verdelen die in aanmerking moeten worden genomen. Art. 4, §2, 8° is de omzetting in Belgisch recht van art. 1, lid 9 van Richtlijn 2004/18/EG. Deze Richtlijn kan uiteraard niet de bedoeling hebben om geen rekening te houden met de Europese subsidies. Op basis van de wetgeving kan dus niet geargumenteed worden dat de rechtstreeks van Europa verkregen subsidies niet mee in overweging moeten worden genomen.

Het betreft uiteraard financiële overheidssteun. Dat kunnen bijvoorbeeld werkingssubsidies of projectsubsidies zijn. Wat ook onder dit criterium valt is de participatie van een aanbestedende overheid voor meer dan 50 procent in een dochteronderneming. Indien de meerderheidsaandeelhouder (meer dan 50 procent) dus zelf een aanbestedende overheid is, is aan dit criterium voldaan. Anders zou de ontwijking van de wetgeving overheidsopdrachten te eenvoudig te organiseren zijn door dochterondernemingen op te richten.

Opdrachten die via overheidsopdracht toegewezen worden zijn geen steun, aangezien er een specifieke tegenprestatie voorzien wordt voor het geld dat gekregen wordt. Of met andere woorden, alleen financiële overheidssteun waar geen specifieke tegenprestatie tegenover staat, kan in aanmerking worden genomen.

Om tot toepasselijkheid van de wetgeving overheidsopdrachten te beslissen zal de organisatie die de steun ontvangt bij het opmaken van de begroting van het komende jaar een realistische berekening/raming moeten maken van de inkomsten en uitgaven van het komende jaar. Zo kan elk jaar ingeschat worden of dat jaar de wetgeving overheidsopdrachten op de organisatie van toepassing zou zijn omdat aan het criterium van 50 procent al dan niet voldaan is.

## 2.2.4 Conclusie

Een organisatie zal onder de wetgeving overheidsopdrachten vallen indien ze:

1. rechtspersoonlijkheid heeft en
2. behoeften van algemeen belang nastreeft andere dan van zuiver commerciële of industriële aard en
3. onder een bijzondere overheidsinvloed staat zoals blijkt uit de benoeming van de meerderheid van de bestuursleden of het overwegend gefinancierd zijn vanuit de overheid of in zijn beheer onderworpen zijn aan het toezicht van de overheid.

## 3 De projectsubsidie vereist toepassing wetgeving overheidsopdrachten

### 3.1 Vanuit de wetgeving overheidsopdrachten

Artikel 4 § 4 van de wet van 24 december 1993 bepaalt dat de Koning de bepalingen van de wet of sommige ervan van toepassing kan maken op de opdrachten voor aanneming van werken, leveringen of diensten gegund door privaatrechtelijke personen die hiertoe subsidies genieten.

Artikel 1, § 2 (Europese bekendmaking) en artikel 11 (Belgische bekendmaking) van het K.B. van 8 januari 1996 geven uitvoering aan deze bepaling.

Er mag verwacht worden dat deze personen zich daar zelf niet van bewust zijn en dus bij de toekenning van de subsidies er op gewezen worden dat ze mogelijk onder het toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten vallen.

Ook artikel 10 van het KB geeft uitvoering aan deze bepaling.

#### 3.1.1 Aanneming van werken onderworpen aan de Europese bekendmakingsregels

Artikel 1 § 2 van het KB stelt: *'Zijn onderworpen aan de wet en aan de regels van deze afdeling de opdrachten voor aanneming van werken van privaatrechtelijke personen waarvan het geraamde bedrag gelijk is aan of hoger is dan het bedrag bepaald in § 3 en die rechtstreeks voor meer dan vijftig procent door aanbestedende overheden bedoeld in § 1 gesubsidieerd worden. Deze werken moeten*



*civieltechnische werkzaamheden in de zin van bijlage 1 van de wet betreffen of betrekking hebben op bouwwerken voor ziekenhuizen, inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding, school- en universiteitsgebouwen en gebouwen met een administratieve bestemming.'*

Uiteengerafeld wil dat zeggen dat aan de wetgeving overheidsopdrachten en bovendien de Europese bekendmakingsregels onderworpen zijn:

- ⇒ opdrachten voor aanneming van werken, die;
- i. rechtstreeks voor meer dan 50 procent worden gesubsidieerd door een aanbestedende overheid, en
  - ii. ofwel civieltechnische werkzaamheden zijn
  - iii. ofwel bouwwerken betreffende ziekenhuizen, inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie- en vrijetijdsbesteding, school- en universiteitsgebouwen en gebouwen met een administratieve bestemming, en
  - iv. het geraamde bedrag zonder BTW is groter of gelijk aan 4.845.000 euro<sup>1</sup>

### 3.1.2 Aanneming van werken onderworpen aan de Belgische bekendmakingsregels

Artikel 11 stelt: *'Titels I en II van Boek I van de wet, uitgezonderd de artikelen 1, § 2 en § 3, 2, 3, 6, 23 tot 25, de bepalingen van deze afdeling, deze van de hoofdstukken II, III en IV van deze titel en van artikelen 120 tot 122 van dit besluit zijn van toepassing op de opdrachten voor aanneming van werken van de privaatrechtelijke personen andere dan de privaatrechtelijke universitaire instellingen wanneer aan de volgende voorwaarden wordt voldaan:*

*1° De opdracht wordt rechtstreeks voor meer dan vijftig procent gesubsidieerd door aanbestedende overheden bedoeld in artikel 1 § 1 van dit besluit;*

*2° De werken betreffen civieltechnische werkzaamheden in de zin van bijlage 1 van de wet of hebben betrekking op bouwwerken voor ziekenhuizen, inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding, schoolgebouwen andere dan universiteitsgebouwen en op gebouwen met een administratieve bestemming;*

*3° Het geraamde bedrag van de opdracht is gelijk aan of groter dan 135.000 euro zonder BTW.*

*Deze bepaling is van toepassing zonder afbreuk te doen aan de bekendmakingsvoorschriften van artikel 1, § 2 van dit besluit voor bepaalde opdrachten voor aanneming van werken die rechtstreeks gesubsidieerd zijn en onderworpen zijn aan de Europese bekendmaking, of aan elke bepaling van een wet, een decreet, een ordonnantie, een besluit of een beslissing die andere bepalingen van de wet en van dit besluit zou opleggen.'*

Vanaf een vrij minimale subsidie van 67.500 euro kan deze bepaling dus al in werking treden.

### 3.1.3 Aanneming van diensten onderworpen aan de Europese bekendmaking

Artikel 53 § 2 van het KB luidt: *'Zijn onderworpen aan de wet en aan de regels van deze afdeling, de opdrachten voor aanneming van diensten van privaatrechtelijke personen waarvan het geraamde bedrag zonder belasting over de toegevoegde waarde gelijk is aan of hoger is dan 193.000 euro en die rechtstreeks voor meer dan vijftig procent door aanbestedende overheden bedoeld in § 1 gesubsidieerd worden. Deze diensten moeten echter verband houden met gesubsidieerde opdrachten voor aanneming van werken van deze personen in de zin van artikel 1, § 2 van dit besluit.'*

---

<sup>1</sup> De Eerste minister past deze bedragen elke twee jaar aan. De laatste aanpassing dateert van 14 december 2009.

### 3.1.4 Aanneming van werken door de privaatrechtelijke universitaire instellingen onderworpen aan Belgische bekendmaking

Artikel 10, 2<sup>de</sup> alinea van het KB luidt: *'De opdrachten voor aanneming van werken van de privaatrechtelijke universitaire instellingen zijn, ongeacht het bedrag, onderworpen aan de regels van deze afdeling wanneer ze gesubsidieerd worden door aanbestedende overheden bedoeld in artikel 1, § 1 van dit besluit en indien aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 1 § 2 niet is voldaan.'*

Dat wil zeggen dat privaatrechtelijke universitaire instellingen hun aannemingen voor werk Belgisch zullen moeten bekendmaken indien ze gesubsidieerd worden door aanbestedende overheden, maar niet voldaan is aan de hierboven besproken regels voor Europese bekendmaking van privaatrechtelijke personen.

### 3.1.5 Civieltechnische werkzaamheden?

Wat onder civieltechnische werken moet verstaan worden, kan teruggevonden worden in bijlage 1 bij de wet van 24 december 1993. Hier staat bij 'algemene bouwkundige en civieltechnische werken' in de toelichtende kolom dat deze klasse volgende zaken omvat:

- De bouw van alle soorten gebouwen;
- De uitvoering van civieltechnische werken:
  - o Bruggen (inclusief die voor verhoogde wegen), viaducten, tunnels en ondergrondse doorgangen,
  - o Pijpleidingen, kabels en hoogspanningsleidingen over lange afstand,
  - o Pijpleidingen, kabels en hoogspanningsleidingen in de bebouwde kom, bijkomende werken;
- Het monteren en optrekken van geprefabriceerde constructies ter plaatse.

Deze klasse omvat niet:

- Diensten in verband met de aardolie- en de aardgaswinning
- Het optrekken van volledige geprefabriceerde constructies van zelf vervaardigde onderdelen, niet van beton;
- Bouwwerkzaamheden aan of in stadions, zwembaden, sporthallen, tennisbanen, golfterreinen en andere sportaccomodaties, andere dan het optrekken van gebouwen;
- Installatiewerkzaamheden;
- De afwerking van gebouwen;
- Architecten en ingenieurs;
- Projectbeheer voor de bouw

Bij twijfel wat wel of niet onder de civieltechnische werkzaamheden moet verstaan worden kan altijd in de bijlage 1 bij de wet zelf gekeken worden of kan ook naar de bijhorende CPV-codes gekeken worden. In de bijlage 1 wordt verwezen naar de CPV-code 45210000 met uitzondering van 45213316, 45220000, 45231000, 45232000.

Met civieltechnische werkzaamheden lijken dus de zeer specifiek en hierboven in het vet gemarkeerde werken bedoeld te worden. Het betreft dan een zeer duidelijk afgebakende categorie van werken.

### 3.1.6 Hoe grootte bedrag van de opdracht ramen?

Voor de berekening van het bedrag moet:

- Het bedrag van de voorziene werken in aanmerking worden genomen, en
- het geraamde bedrag van de leveringen en diensten nodig voor de uitvoering van de werken en door de aanbestedende overheid ter beschikking gesteld van de aannemer, en
- wordt er rekening gehouden met de eventuele opties en eventuele verlengingen van de opdracht, en
- wordt bij een verdeling in percelen rekening gehouden met het opgetelde bedrag van de geraamde waarde van de verschillende percelen.

De opdracht of het werk mag niet kunstmatig worden gesplitst om zo buiten het toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten te vallen.

### 3.1.7 Hoe bepalen of 50 procent uit subsidies komt?

In eerste instantie moet gekeken worden naar de herkomst van de middelen. Enkel subsidies van 'aangebestede diensten' komen immers in aanmerking. Dit zijn dan de diensten opgesomd in artikel 4, § 4 en artikel 8 van de Europese Richtlijn, zoals omgezet in de artikelen §§1-2 van artikel 4 van de wet van 24 december 1993. Dat wil zeggen dus ook de organisaties in de zin van artikel 4, § 2, 8°. Ook hier moeten de Europese subsidies uiteraard ook meegenomen worden.

Er moet enkel rekening gehouden worden met subsidies die 'rechtstreeks' door aanbestedende diensten worden verstrekt. Er moet dus geen rekening gehouden worden met indirecte voordelen zoals gunsttarieven, belastingvoordelen, goedkope leningen, etc.

De 50 % financiering moet worden berekend ten aanzien van het geraamde bedrag van de werken/diensten en de uiteindelijk toegekende subsidies, desgevallend samengeteld in geval van diverse subsidiërende overheden.

### 3.1.8 Gevolgen?

Indien privaatrechtelijke entiteiten onder het toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten blijken te vallen, zullen ze deze wetgeving moeten naleven bij het zoeken van een contractant die de opdracht zal uitvoeren. Daarbij moeten ze volgende aspecten van de wetgeving overheidsopdrachten toepassen.

- Titels I en II van de wet met enkele uitzonderingen
- De bekendmakingsregels van het KB 8/1/1996
- regels inzake de selectie
- Promotieovereenkomst (werken)
- Onverenigbaarheden (diensten)
- Onderhandelingsprocedure

Zijn onder meer niet van toepassing: de regels inzake opmaak en indiening offerte, technische specificaties, toegang van ondernemers van derde landen, etc.

### ***3.2 Vanuit de wetgeving die de projectsubsidie beheerst***

De overheid kan altijd beslissen de procedures van de wetgeving overheidsopdrachten van toepassing te maken bij het verlenen van de subsidie. Een voorbeeld hiervan is het besluit van de Vlaamse Regering van 16 mei 2007 houdende subsidiëring van bedrijventerreinen. In artikel 5 van dit besluit wordt bepaald: *'de subsidies op basis van dit besluit kunnen alleen toegekend worden als de wetgeving betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en haar uitvoeringsbesluiten wordt nageleefd.'*

De wetgeving overheidsopdrachten kan evengoed van toepassing gemaakt worden via het ministerieel besluit of besluit van de administrateur-generaal dat de subsidie toekent.

Het lijkt vooral wenselijk van deze mogelijkheid gebruik te maken indien al vooraf kan aangevoeld worden dat er discussie zal zijn met de projectpromotor over het van toepassing zijn van de wetgeving overheidsopdrachten. Zo lijkt het wenselijk voor de extern verzelfstandigde agentschappen met rechtspersoonlijkheid van de Vlaamse overheid altijd van deze mogelijkheid gebruik te maken. Enkele van deze extern verzelfstandigde agentschappen zijn op basis van een interpretatie van de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie immers van mening dat zij als organisatie niet onder de toepassing van de wetgeving overheidsopdrachten vallen, terwijl het Agentschap Ondernemen hier dikwijls een andere visie op heeft. Door de wetgeving van toepassing te maken via het verlenen van de projectsubsidie wordt een discussie op dit vlak bij het afrekenen van de subsidie vermeden.

Bij het verlenen van subsidies aan extern verzelfstandigde agentschappen van de Vlaamse overheid met rechtspersoonlijkheid zal het Agentschap Ondernemen ervan uitgaan dat de wetgeving overheidsopdrachten altijd van toepassing is. Om discussies te vermijden kan dit specifiek opgenomen worden in de regelgevende tekst die de subsidie toekent.

## **4 Conclusie**

Er zijn twee ingangen tot de verplichting om de wetgeving overheidsopdrachten toe te passen:

- 1) de organisatie die de subsidie ontvangt is een 'aanbestedende overheid' en moet voor al haar aankopen de wetgeving overheidsopdrachten toepassen;
- 2) de organisatie die de subsidie ontvangt is geen 'aanbestedende overheid', maar doordat de organisatie subsidie ontvangt voor een project, moet ze voor dat specifieke project de wetgeving overheidsopdrachten toepassen.

In eerste instantie wordt best nagekeken of de organisatie een aanbestedende dienst is, pas indien dit niet het geval is, zal moeten nagegaan worden of de wetgeving overheidsopdrachten moet toegepast worden vanuit de invalshoek van de verleende projectsubsidie.

Een belangrijk aandachtspunt is de situatie waarbij een organisatie die doorgaans geen 'aanbestedende overheid' is, subsidies ontvangt en daardoor onder het criterium van de bijzondere overheidsinvloed in een specifiek jaar meer dan 50 procent van haar middelen uit subsidies haalt en dus voor dat jaar 'aanbestedende dienst' wordt.

Bart Candaele  
Aanspreekpunt overheidsopdrachten  
Agentschap Ondernemen  
2/12/2010