CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
van 9 juni 2022[1]

Gevoegde zaken C-383/21 en C-384/21

Société de logement de service public (SLSP) „Sambre & Biesme", CVBA (C-383/21), Gemeente Farciennes (C-384/21)
tegen
Société wallonne du logement

[verzoek van de Raad van State (België) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Richtlijn 2014/24/EU – Overheidsopdrachten – Diensten, werken en de promotie van werken – Inhousegunning – Door verschillende aanbestedende diensten gecontroleerde inhouse-entiteit – Toepasselijkheid van de richtlijn"

1. In België hebben een openbare huisvestingsmaatschappij en een gemeente een kaderovereenkomst gesloten. Op grond van die overeenkomst werd een opdracht voor de verlening van technische bijstand voor de bouw van woningen en andere bijstand voor asbestinventarisatiediensten niet geplaatst via een aanbestedingsprocedure, maar rechtstreeks gegund aan een derde entiteit, eveneens een overheidsinstantie.

2. De autoriteit die door de Waalse regering is belast met het toezicht op openbare huisvestingsmaatschappijen heeft voornoemde overeenkomst nietig verklaard op grond dat in dit geval niet was voldaan aan de voorwaarden voor de onderhandse gunning van opdrachten.

3. Elk van de twee ondertekenaars van de overeenkomst heeft beroep ingesteld tegen de nietigverklaring ervan, aangezien de onderhandse gunning volgens hen verenigbaar was met richtlijn 2014/24/EU[2]. Het geschil heeft de hoogste bestuursrechter van België bereikt, die twee verzoeken om een prejudiciële beslissing heeft ingediend bij het Hof.

[1] Oorspronkelijke taal: Spaans.

[2] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65), zoals gewijzigd bij gedelegeerde verordening (EU) 2015/2170 van de Commissie van 24 november 2015 (PB 2015, L 307, blz. 5).

I. Toepasselijke bepalingen – richtlijn 2014/24

4. Overweging 31 luidt:

„Er is een grote rechtsonzekerheid met betrekking tot de vraag in hoeverre de aanbestedingsregels moeten worden toegepast op opdrachten tussen entiteiten in de openbare sector. De desbetreffende rechtspraak van het Europees Hof van Justitie wordt door de lidstaten en zelfs door de aanbestedende diensten op uiteenlopende wijze geïnterpreteerd. Daarom moet worden verduidelijkt in welke gevallen de aanbestedingsregels niet van toepassing zijn op binnen de openbare sector gesloten overeenkomsten.

Hierbij moeten de beginselen die in de desbetreffende rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie worden beschreven richtinggevend zijn. Het enkele feit dat beide partijen in een overeenkomst zelf overheidsdiensten zijn, sluit op zich de toepassing van aanbestedingsregels niet uit. De toepassing van aanbestedingsregels mag echter niet ten koste gaan van de vrijheid van overheidsdiensten om hun taken van algemeen belang te vervullen met gebruikmaking van hun eigen middelen, waaronder de mogelijkheid samen te werken met andere overheidsdiensten.

[...]”

5. In overweging 33 wordt verklaard:

„Aanbestedende diensten moeten kunnen besluiten hun taken van algemeen belang gezamenlijk in een samenwerkingsverband te verrichten, zonder dat een bepaalde rechtsvorm moet worden gekozen. Deze samenwerking zou betrekking kunnen hebben op alle soorten activiteiten die verband houden met het verrichten van hun diensten en met hun verantwoordelijkheden in het algemeen belang, zoals taken die territoriale lichamen verplicht of vrijwillig op zich nemen of diensten waarvoor, krachtens publiek recht, specifieke instanties bevoegd zijn. De diensten die door de verschillende deelnemende instanties worden verleend hoeven niet noodzakelijkerwijs identiek te zijn; zij kunnen ook complementair zijn.

Opdrachten met het oog op het gezamenlijk verrichten van openbare diensten dienen niet onderworpen te zijn aan de voorschriften van onderhavige richtlijn, mits zij uitsluitend tussen aanbestedende diensten zijn gegund en deze samenwerking uitsluitend uit overwegingen van algemeen belang plaatsvindt, zodat geen enkele particuliere onderneming bevoordeeld wordt ten opzichte van haar concurrenten.

Om aan deze voorwaarden te voldoen, moet de samenwerking gebaseerd zijn op een samenwerkingsmodel. Bij deze samenwerking is niet vereist dat alle deelnemende diensten de nakoming van de voornaamste contractuele verplichtingen op zich nemen, zolang er sprake is van verbintenissen om in een samenwerkingsverband bij te dragen tot het verrichten van de openbare dienst in kwestie. Bovendien moet de samenwerking, met inbegrip van eventuele financiële overdrachten tussen de deelnemende aanbestedende diensten, uitsluitend uit overwegingen van algemeen belang plaatsvinden.”

6. Artikel 12 („Overheidsopdrachten tussen entiteiten in de overheidssector”) luidt:

„1. Een overheidsopdracht die door een aanbestedende dienst aan een andere privaat- of publiekrechtelijke rechtspersoon wordt gegund, valt buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

a) de aanbestedende dienst oefent op die rechtspersoon toezicht uit zoals op zijn eigen diensten;

b) meer dan 80 % van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon wordt uitgeoefend in de vorm van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende dienst of door andere, door diezelfde aanbestedende dienst gecontroleerde rechtspersonen, en

c) er is geen directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon, met uitzondering van geen controlerende of blokkerende macht opleverende vormen van participatie van privékapitaal, vereist krachtens de nationale regelgeving, in overeenstemming met de verdragen, die geen beslissende invloed uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon.

[...]

3. Een aanbestedende dienst die op een privaat- of publiekrechtelijke rechtspersoon geen controle uitoefent in de zin van lid 1, kan niettemin zonder deze richtlijn toe te passen een overheidsopdracht gunnen aan die rechtspersoon, indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

a) de aanbestedende dienst oefent samen met andere aanbestedende diensten op die rechtspersoon toezicht uit zoals op hun eigen diensten;

b) meer dan 80 % van de activiteiten van die rechtspersoon behelst de uitvoering van taken die [hem] zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten of door andere, door diezelfde aanbestedende diensten gecontroleerde rechtspersonen, [...]

[...]

Voor de toepassing van punt a) van de eerste alinea oefenen de aanbestedende diensten gezamenlijk toezicht uit over een rechtspersoon indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

i) de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten; individuele vertegenwoordigers kunnen verscheidene of alle deelnemende aanbestedende diensten vertegenwoordigen;

ii) deze aanbestedende diensten zijn in staat gezamenlijk beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon, en

iii) de gecontroleerde rechtspersoon streeft geen belangen na die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten.

4. Een opdracht die uitsluitend tussen twee of meer aanbestedende diensten wordt gegund valt buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn wanneer aan elk van de volgende cumulatieve voorwaarden is voldaan:

a) de opdracht voorziet in of geeft uitvoering aan samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten om te bewerkstelligen dat de openbare diensten die zij moeten uitvoeren, worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen;

b) de invulling van die samenwerking berust uitsluitend op overwegingen in verband met het openbaar belang, en

c) de deelnemende aanbestedende diensten nemen op de open markt niet meer dan 20 % van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening.

[...]"

II. Feiten, procedure en prejudiciële vragen

7. De Société de logement de service public Sambre & Biesme[3] is een overheidsinstantie met de rechtsvorm van een coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. De belangrijkste aandeelhouders zijn de gemeenten Farciennes en Aiseau-Presles. De vennootschap maakt deel uit van het netwerk van sociale huisvestingsmaatschappijen in Wallonië (België).

8. In 2015 hebben SLSP Sambre et Biesme en de gemeente Farciennes besloten om in Farciennes een „groene wijk" aan te leggen, bestaande uit ongeveer 150 publieke en particuliere woningen. Gezien de omvang van het project hebben zij de hulp ingeroepen van de Intercommunale pour la gestion et la réalisation d'études techniques et économiques[4]. Ook deze entiteit heeft de rechtsvorm van een coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid.

9. IGRETEC heeft uitsluitend publiekrechtelijke rechtspersonen als aandeelhouder. In 2016 telde zij onder haar aandeelhouders meer dan zeventig gemeenten (waaronder de gemeente Farciennes) en meer dan vijftig „overheidsinstanties" van andere aard. De gemeenten bezaten 5 054 351 maatschappelijke aandelen met stemrecht, en de overige overheidsinstanties samen 17 126 vergelijkbare aandelen.

10. Volgens de statuten van IGRETEC hebben de gemeenten de meerderheid van de stemmen en bekleden zij het voorzitterschap van de verschillende bestuursorganen. De beslissingen van deze organen worden genomen bij meerderheid van stemmen van de gemeentelijke aandeelhouders.

11. Ten tijde van de feiten maakte een gemeenteraadslid van de gemeente Farciennes, dat ook bestuurder van SLSP Sambre et Biesme was, deel uit van de raad van bestuur van IGRETEC.

[3] Openbare huisvestingsmaatschappij Sambre et Biesme (hierna: „SLSP Sambre et Biesme").

[4] Intercommunale voor het beheer en de uitvoering van technische en economische studies (hierna: „IGRETEC").

12. Op 29 oktober 2015 heeft SLSP Sambre et Biesme één maatschappelijk aandeel in IGRETEC verworven, met een waarde van 6,20 EUR, om gebruik te kunnen maken van de diensten van IGRETEC. Zo verkreeg zij de hoedanigheid van aandeelhouder van de intercommunale, ook al was haar deelneming louter symbolisch. [5]

13. In januari 2017 hebben de gemeente Farciennes en SLSP Sambre et Biesme een ontwerpkaderovereenkomst opgesteld om hun respectieve rechten en plichten bij het ontwerp en de uitvoering van de groene wijk in Farciennes vast te leggen. De overeenkomst bevatte de volgende clausules:

– Volgens artikel 1 van de overeenkomst beoogden de partijen om gezamenlijk overheidsopdrachten voor diensten, werken en de promotie van werken te plaatsen, waarbij zij de gemeente Farciennes aanwezen om in hun gezamenlijke naam op te treden als aanbestedende dienst en zelfstandig alle beslissingen met betrekking tot de plaatsing en gunning van de opdrachten te nemen.

– In artikel 5 [6] werd bepaald dat „partijen [...] in het kader van de inhouseverhouding die elke partij met IGRETEC verbindt, [overeenkomen] dat de gemeente Farciennes met die intercommunale [...] een overeenkomst sluit voor ondersteuning bij projectmanagement, juridische dienstverlening en milieudiensten".

– Om de besluitvorming bij de uitvoering van de kaderovereenkomst te coördineren, voorzag de bijlage in de instelling van een bestuurscomité. [7]

– IGRETEC was, ook zonder de kaderovereenkomst te hebben ondertekend, niet alleen vertegenwoordigd in het bestuurscomité, maar voerde ook het secretariaat daarvan.

14. Op 9 februari 2017 heeft de raad van bestuur van SLSP Sambre et Biesme besloten om a) „het sluiten van de kaderovereenkomst voor gezamenlijke aanbestedingen met de gemeente Farciennes goed te keuren", en b) „gelet op de inhouseverhouding tussen [SLSP Sambre et Biesme] en IGRETEC", het eerder door hem goedgekeurde bijzondere bestek voor de „overheidsopdracht voor asbestinventarisatiediensten niet voor mededinging open te stellen". Dat bestek wordt omschreven als de eerste stap in de verwezenlijking van het groenewijkproject in Farciennes.

15. Op 10 februari 2017 heeft de vertegenwoordiger van SWL die bevoegd is voor SLSP Sambre et Biesme bij SWL bezwaar gemaakt tegen de twee bovengenoemde besluiten (hierna: „litigieuze besluiten"). SWL treedt namens de Waalse regering op als toezichthouder op de openbare huisvestingsmaatschappijen.

16. Op 25 februari 2017 heeft SWL de litigieuze besluiten van SLSP Sambre et Biesme nietig verklaard op grond dat de opdracht voor de verlening van technische ondersteuning (artikel 5 van de kaderovereenkomst) en de opdracht voor de verlening van asbestinventarisatiediensten aan IGRETEC waren gegund zonder een aanbestedingsprocedure uit te voeren.

[5] Die deelneming vertegenwoordigde 0,0000000197 % van de aandelen met stemrecht (blz. 26 van de verwijzingsbeslissing in zaak C-383/21) en 0,0000049 % van alle maatschappelijke aandelen (blz. 39 van de verwijzingsbeslissing in zaak C-384/21).

[6] Met het opschrift „Keuze voor ondersteuning bij projectmanagement voor de uitvoering van opdrachten voor diensten, werken en de promotie van werken en voor de realisatie van het stadsvernieuwingsdossier".

[7] Het bestuurscomité bestaat uit vier vertegenwoordigers van de gemeente Farciennes, twee van SLSP Sambre et Biesme, twee van IGRETEC en twee van de Société wallonne du logement (Waalse huisvestingsmaatschappij; hierna: „SWL"). De besluiten van het bestuurscomité worden bij consensus genomen.

17. Naar het oordeel van SWL:

– kan redelijkerwijze worden betwijfeld of SLSP Sambre et Biesme een beslissende invloed op IGRETEC uitoefent, met name omdat zij slechts één aandeel in het maatschappelijk kapitaal van IGRETEC bezit en de statuten van IGRETEC de gemeenten een dominante positie toekennen;

– volstaat de aanwijzing van de gemeente Farciennes als leidende aanbestedende dienst van het project (artikel 1 van de kaderovereenkomst), ofschoon zij afzonderlijk van de inhouse-uitzondering gebruik kan maken in haar betrekkingen met IGRETEC, niet als rechtvaardiging voor het namens de verschillende partijen bij de kaderovereenkomst rechtstreeks aan IGRETEC gunnen van de opdrachten. Bij een gezamenlijke aanbesteding verenigen de verschillende partners zich voor het uitwerken van de opdracht, maar dienen de gebruikelijke aanbestedingsprocedures door alle partners te worden nageleefd.

18. Aangezien tegen de besluiten van SWL beroep kan worden ingesteld bij de bestuursrechter, zijn SLSP Sambre et Biesme en de gemeente Farciennes – afzonderlijk – opgekomen tegen de nietigverklaring van de litigieuze besluiten.

19. De Raad van State (België), die een beslissing moet geven op deze beroepen, heeft twee verzoeken om een prejudiciële beslissing ingediend bij het Hof.

20. In het eerste verzoek (zaak C-383/21) stelt hij de volgende vragen:

„1) Dient artikel 12, lid 3, van [richtlijn 2014/24] aldus te worden uitgelegd dat het rechtstreekse werking heeft?

2) Indien die eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord: dient artikel 12, lid 3, van [richtlijn 2014/24] aldus te worden uitgelegd dat aan de voorwaarde dat een aanbestedende dienst, in casu een openbare huisvestingsmaatschappij, is vertegenwoordigd in de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon, in casu een intercommunale coöperatieve vennootschap, is voldaan louter op grond dat een persoon die in zijn hoedanigheid van gemeenteraadslid van een andere deelnemende aanbestedende dienst, in casu een gemeente, zitting heeft in de raad van bestuur van die intercommunale coöperatieve vennootschap, vanwege uitsluitend feitelijke omstandigheden en zonder juridisch gegarandeerde vertegenwoordiging ook bestuurder blijkt te zijn van de openbare huisvestingsmaatschappij, terwijl de gemeente (niet-exclusieve) aandeelhouder is van zowel de gecontroleerde entiteit (intercommunale coöperatieve vennootschap) als de openbare huisvestingsmaatschappij?

3) Indien die eerste vraag ontkennend moet worden beantwoord: dient te worden aangenomen dat een aanbestedende dienst, in casu een openbare huisvestingsmaatschappij, ‚deel uitmaakt' van de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon, in casu een intercommunale coöperatieve vennootschap, louter op grond dat een persoon die in zijn hoedanigheid van gemeenteraadslid van een andere deelnemende aanbestedende dienst, in casu een gemeente, zitting heeft in de raad van bestuur van die intercommunale coöperatieve vennootschap, vanwege uitsluitend feitelijke omstandigheden en zonder juridisch gegarandeerde vertegenwoordiging ook bestuurder blijkt te zijn van de openbare

huisvestingsmaatschappij, terwijl de gemeente (niet-exclusieve) aandeelhouder is van zowel de gecontroleerde entiteit (intercommunale coöperatieve vennootschap) als de openbare huisvestingsmaatschappij?"

21. In het tweede verzoek om een prejudiciële beslissing (zaak C-384/21) heeft de verwijzende rechter naast de voorgaande vragen ook de volgende vragen geformuleerd:

„4) Dient artikel 12, lid 4, van [richtlijn 2014/24] aldus te worden uitgelegd dat het rechtstreekse werking heeft?

5) Indien die vraag bevestigend moet worden beantwoord: dient artikel 12, lid 4, van voornoemde [richtlijn 2014/24] aldus te worden uitgelegd dat taken bestaande in ondersteuning bij projectmanagement, juridische dienstverlening en milieudiensten zonder voorafgaande oproep tot mededinging aan een aanbestedende dienst, in casu een intercommunale coöperatieve vennootschap, mogen worden toevertrouwd, voor zover die taken passen in het kader van samenwerking tussen twee andere aanbestedende diensten, in casu een gemeente en een openbare huisvestingsmaatschappij, er niet wordt betwist dat de gemeente gezamenlijk inhousetoezicht op de intercommunale coöperatieve vennootschap uitoefent, en de gemeente en de openbare huisvestingsmaatschappij lid zijn van de intercommunale coöperatieve vennootschap die overeenkomstig haar maatschappelijk doel actief is als ‚studie- en projectmanagementbureau en aankoopcentrale' waarop de taken die zij haar willen toevertrouwen betrekking hebben, welke taken overeenkomen met werkzaamheden die op de markt worden verricht door studie- en projectmanagementbureaus die gespecialiseerd zijn in het ontwerp, de realisatie en de uitvoering van projecten?"

III. Procedure bij het Hof

22. De verzoeken om een prejudiciële beslissing zijn op 24 juni 2021 ingekomen ter griffie van het Hof. De beide verzoeken zijn gevoegd voor de schriftelijke en mondelinge behandeling en voor het arrest.

23. SLSP Sambre et Biesme, de gemeente Farciennes, de Belgische regering en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Al deze partijen hebben hun standpunten toegelicht ter terechtzitting op 30 maart 2022.

IV. Beoordeling

A. Voorafgaande opmerking

24. Op aanwijzing van het Hof heeft deze conclusie betrekking op de eerste vraag in beide zaken en op de vierde en de vijfde vraag in de tweede zaak.

B. Eerste prejudiciële vraag in zaak C-383/21 en eerste en vierde prejudiciële vraag in zaak C-384/21

25. De verwijzende rechter legt uit dat de Belgische wet waarbij richtlijn 2014/24 is omgezet in nationaal recht nog niet van kracht was ten tijde van de feiten van de hoofdgedingen, hoewel de omzettingstermijn reeds was verstreken. [8]

26. Verzoeksters in de twee respectieve beroepen betogen dat artikel 12, leden 3 en 4, van richtlijn 2014/24 rechtstreekse werking heeft, aangezien daarin onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige bepalingen zijn opgenomen die justitiabelen rechten toekennen die deze kunnen doen gelden tegenover de staat en al zijn bestuursorganen. [9]

27. De Belgische regering en de Commissie [10] zijn de tegengestelde opvatting toegedaan. Zij betogen dat artikel 12, leden 3 en 4, van richtlijn 2014/24 niet voldoet aan de voorwaarden voor rechtstreekse werking, aangezien, kort samengevat:

– aanbestedende diensten en publiekrechtelijke organismen die onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen geen „particulieren” zijn die rechten genieten die zij tegenover de staat zouden kunnen doen gelden;

– voornoemde bepalingen niet voorzien in een verplichting tot handelen of nalaten namens de staat en ten behoeve van ondernemers.

28. Het resultaat dat ik hierna zal bepleiten (de toepassing van artikel 12, leden 3 en 4, van richtlijn 2014/24 op de hoofdgedingen) zou in de praktijk worden bereikt door ofwel te aanvaarden dat de eventuele rechtstreekse werking van deze leden ook ten dienste staat aan de bij dit geding betrokken overheidsinstanties, die die werking zouden kunnen inroepen tegenover de staat, ofwel simpelweg te stellen dat deze instanties, bij gebreke van omzetting van die richtlijn binnen de omzettingstermijn, waren gebonden door die bepalingen. Mijns inziens is die laatste stelling de juiste.

1. Rechtstreekse werking, onvoorwaardelijk karakter en inroepbaarheid van artikel 12, leden 3 en 4, van richtlijn 2014/24 door overheidsinstanties

29. In mijn optiek is de invalshoek die ten grondslag ligt aan deze prejudiciële vragen niet de meest adequate. Indien dat wel het geval zou zijn, zou het antwoord moeten liggen in de lijn die SWL in de hoofdgedingen heeft voorgestaan en die in deze procedure wordt gesteund door de Belgische regering en de Commissie.

30. Ter ondersteuning daarvan wil ik eraan herinneren dat de rechtspraak over de zogenoemde „rechtstreekse werking”, die het Hof met betrekking tot richtlijnen heeft ontwikkeld, in de eerste plaats de bescherming van particulieren tot doel heeft. Die rechtstreekse werking stelt hen in staat

[8] De uiterste datum voor de aanpassing van het nationale recht aan richtlijn 2014/24 was 18 april 2016. De Belgische omzettingswet is op 17 juni 2016 vastgesteld. De omzettingswet is van toepassing sinds 30 juni 2017, na de inwerkingtreding van een uitvoeringsbesluit van 18 april 2017.

[9] Opmerkingen van de gemeente Farciennes, punten 33 e.v., en van SLSP Sambre et Biesme, punten 34 e.v.

[10] Opmerkingen van de Belgische regering, punten 17 e.v. en 80 e.v., en van de Commissie, punten 12 e.v. SWL had voor de verwijzende rechter dezelfde stelling verdedigd.

de rechten uit te oefenen die hun door de richtlijnen zijn verleend en die zij niet op een andere manier kunnen doen gelden wegens het ontbreken van de benodigde uitvoeringsmaatregelen op nationaal niveau.

31. In de vaste rechtspraak van het Hof aangaande de rechtstreekse werking van richtlijnen, en met name die welke niet binnen de gestelde termijn zijn omgezet of onjuist zijn omgezet, is bepaald wie zich op die rechtstreekse werking kan beroepen en onder welke voorwaarden.

32. In het recente arrest van 8 maart 2022 heeft het Hof verklaard dat:

– „particulieren zich in alle gevallen waarin de bepalingen van een richtlijn inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn, voor de nationale rechter op die bepalingen [kunnen] beroepen tegenover de staat, wanneer deze heeft verzuimd de richtlijn tijdig in nationaal recht om te zetten, of dit op onjuiste wijze heeft gedaan” [11];

– „een Unierechtelijke bepaling onvoorwaardelijk is wanneer zij een verplichting oplegt die aan geen enkele voorwaarde is gebonden en die voor haar uitvoering of werking niet afhangt van een handeling van de instellingen van de Unie of van de lidstaten, en voldoende nauwkeurig is om door een justitiabele te kunnen worden ingeroepen en door de rechter te kunnen worden toegepast wanneer de erin vervatte verplichting in ondubbelzinnige bewoordingen is geformuleerd” [12];

– „een richtlijn de lidstaten weliswaar een zekere beoordelingsmarge laat bij de vaststelling van de uitvoeringsmaatregelen daarvoor, maar een bepaling van deze richtlijn als onvoorwaardelijk en nauwkeurig kan worden beschouwd indien zij de lidstaten in ondubbelzinnige bewoordingen een nauwkeurige resultaatsverplichting oplegt waaraan geen voorwaarde is verbonden met betrekking tot de toepassing van de daarin vervatte regel” [13].

33. In het licht van het voorgaande kunnen overheidsinstanties, zoals de gemeente Farciennes en SLSP Sambre et Biesme, die niet meer zijn dan een emanatie van de staat in ruime zin, zich mijns inziens niet jegens die staat beroepen op de (hypothetische) rechtstreekse werking van artikel 12 van richtlijn 2014/24.

34. Zelfs indien zou worden aangenomen dat dit artikel in de leden 3 en 4 ervan een „voldoende nauwkeurige” formulering bevat, kan moeilijk worden gesteld dat het een „onvoorwaardelijk” karakter heeft en de lidstaten een ondubbelzinnige verplichting oplegt. Voornoemd artikel staat die staten integendeel toe om, indien zij dat dienstig achten, overeenkomsten tussen entiteiten in de openbare sector uit te sluiten van de werkingssfeer van richtlijn 2014/24.

35. Het Hof heeft uitgelegd dat artikel 12, lid 1, van richtlijn 2014/24, dat „slechts nader de voorwaarden vaststelt waaraan een aanbestedende dienst moet voldoen wanneer hij een inhousetransactie wenst te sluiten, […] de lidstaten enkel de bevoegdheid [*verleent*] om een dergelijke transactie uit te sluiten van de werkingssfeer van richtlijn 2014/24”. [14]

[11] Arrest in de zaak Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld (Rechtstreekse werking) (C-205/20, EU:C:2022:168, punt 17).

[12] Ibidem, punt 18.

[13] Ibidem, punt 19.

[14] Arrest van 3 oktober 2019, Irgita (C-285/18, EU:C:2019:829; hierna: „arrest Irgita”, punt 43); cursivering van mij. Van een latere datum: beschikking van 6 februari 2020, Pia Opera Croce Verde Padova (C-11/19, EU:C:2020:88, punten 40-46).

36. Diezelfde lijn volgend, heeft het Hof verklaard dat richtlijn 2014/24 „de lidstaten niet verplicht om gebruik te maken van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht", maar „hen [ook] niet [kan] dwingen om gebruik te maken van een inhousetransactie wanneer aan de voorwaarden van artikel 12, lid 1, is voldaan". [15] Datzelfde geldt ook voor de leden 3 en 4 van dat artikel.

37. Die verklaring is in overeenstemming met de vrijheid van de lidstaten „om de wijze van dienstverlening te kiezen waarmee de aanbestedende diensten in hun eigen behoeften zullen voorzien". [16]

38. Zoals ik reeds heb opgemerkt, kunnen gemeentelijke entiteiten en publiekrechtelijke lichamen (ook al hebben zij de vorm van vennootschappen) zich tegenover de staat niet beroepen op de veronderstelde „rechtstreekse werking" van artikel 12, leden 3 en 4, van richtlijn 2014/24. In hun betrekkingen met de staatsorganen die hun besluiten controleren zijn gemeentelijke entiteiten geen „particulieren" die zich van die werking kunnen bedienen.

39. Om die redenen, en ofschoon ik van mening ben dat de vraag over de rechtstreekse werking van artikel 12, leden 3 en 4, van richtlijn 2014/24 in de hoofdgedingen niet hoeft te worden beantwoord, komt mijn opvatting, indien het Hof zou beslissen om zich wel te buigen over die vraag, die ter terechtzitting uitvoerig aan de orde is geweest, overeen met die welke de Belgische regering en de Commissie daar naar voren hebben gebracht.

40. Artikel 12 van richtlijn 2014/24 bevat de minimumvoorwaarden voor een bevoegdheid waarvan de uitoefening, zoals ik reeds heb aangegeven, door de lidstaten volledig kan worden uitgesloten. Kiest een lidstaat niet voor uitsluiting, dan zou het enige denkbare geval van rechtstreekse werking van artikel 12 (dat alleen kan worden ingeroepen door een ondernemer die zich benadeeld voelt) dat zijn waarin een aanbestedende dienst voornemens is de regeling inzake overheidsopdrachten te omzeilen en te opteren voor een inhousetransactie, of het aangaan van een horizontale samenwerking, zonder dat de door dat artikel opgelegde minimumvoorwaarden daarvoor zijn vervuld.

2. Toepassing van artikel 12, leden 3 en 4, van richtlijn 2014/24 op overheidsinstanties

41. Hetgeen ik tot nu toe heb uiteengezet betekent nochtans niet dat artikel 12, leden 3 en 4, van richtlijn 2014/24 in casu niet van toepassing is.

42. In het geval van overheidsinstanties vloeit de onderwerping aan artikel 12, leden 3 en 4, vóór de omzetting van de richtlijn niet voort uit de rechtstreekse werking die deze bepalingen mogelijkerwijs zouden hebben, maar uit „de voor alle overheidsinstanties geldende verplichting om aan richtlijnbepalingen te voldoen (artikel 288, derde alinea, VWEU) en om op loyale wijze samen te werken en erop toe te zien dat de uit de Verdragen of uit de handelingen van de instellingen voortvloeiende verplichtingen volledig worden nagekomen (artikel 4, lid 3, VEU)" [17].

[15] Arrest Irgita, punt 46.

[16] Ibidem, punt 45, waarin wordt verwezen naar overweging 5 van richtlijn 2014/24, volgens welke „geen enkele bepaling in deze richtlijn de lidstaten verplicht de dienstverlening waarvoor zij zelf zorg wensen te dragen of die zij willen organiseren met andere middelen dan overheidsopdrachten in de zin van deze richtlijn, uit te besteden of te outsourcen".

[17] Ik volg hier de conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak Portgás (C-425/12, EU:C:2013:623, punt 52).

43. Een toereikend antwoord op de eerste vraag van beide prejudiciële verwijzingen moet zich daarom bij voorkeur toespitsen op de verhouding tussen overheidsinstanties en richtlijn 2014/24 (of, zo men wil, op de *bindende* werking van die richtlijn, zoals de Commissie het ter terechtzitting heeft uitgedrukt) in de periode dat de richtlijn ondanks het verstrijken van de termijn nog niet was omgezet.

44. Het Hof heeft die onderwerping aan de richtlijn bevestigd. [18]

45. Voor de bij de twee hoofdgedingen betrokken aanbestedende diensten, waarvan het openbare karakter niet wordt betwist, betekent dit dat zij aan richtlijn 2014/24 waren gebonden vanaf de datum waarop die richtlijn had moeten zijn omgezet. [19]

46. Bij gebreke van omzetting, en ongeacht of artikel 12, leden 3 en 4, van richtlijn 2014/24 rechtstreekse werking had, zodat particulieren die bepalingen konden inroepen tegen met overheidsgezag beklede instanties of onder die instanties ressorterende entiteiten, waren deze instanties en entiteiten, voor zover zij als aanbestedende dienst optraden, verplicht zich te onderwerpen aan de in die bepaling vastgestelde voorwaarden.

47. Aangezien de gemeente Farciennes en SLSP Sambre et Biesme, om de voor de uitvoering van hun respectieve projecten noodzakelijke diensten te verkrijgen, er de voorkeur aan gaven om geen beroep op de markt te doen en geen gebruik te maken van de gebruikelijke procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten, golden voor hen op de datum van de feiten de voorwaarden van artikel 12 van richtlijn 2014/24.

48. Wanneer de richtlijn is omgezet, hoeft de samenwerking tussen overheidsinstanties, verticaal (inhouse) of horizontaal, niet te worden onderworpen aan procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten indien de lidstaat in de uitoefening van zijn discretionaire bevoegdheid heeft besloten gebruik te maken van de mogelijkheden die artikel 12 van die richtlijn, zoals dat is uitgelegd door het Hof, hem biedt om bepaalde situaties uit te sluiten van de werkingssfeer van richtlijn 2014/24. [20]

49. Heeft een staat ervoor gekozen om mechanismen voor interbestuurlijke samenwerking die zijn uitgesloten van de geformaliseerde procedures van richtlijn 2014/24 toe te staan, dan moeten zijn aanbestedende diensten dus voldoen aan de vereisten van artikel 12, leden 3 en 4, van deze richtlijn indien zij voornemens zijn geen beroep op de markt te doen om bepaalde diensten of leveringen te verkrijgen.

[18] Arrest van 12 december 2013, Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, punt 34).

[19] Na de (correcte) omzetting zijn de regels inzake overheidsopdrachten en de uitzonderingen daarop die waarin het nationale recht voorziet. Ter terechtzitting is meegedeeld dat de Belgische wetgever de inhoud van artikel 12 van richtlijn 2014/24 grotendeels heeft overgenomen in de wet van 17 juni 2016. Dat had hij echter ook niet kunnen doen. Een omzetting waarbij geen gebruik wordt gemaakt van de uitsluitingsbevoegdheid van artikel 12 is dus (theoretisch) denkbaar.

[20] Het is een gemeenplaats om te vereisen dat deze uitlegging restrictief moet zijn op grond dat de gevallen van artikel 12 van richtlijn 2014/24 „uitzonderingen" op of „afwijkingen" van de toepassing van die richtlijn zijn. Zonder hier in te gaan op wat de strekking van die uitlegging zou moeten zijn, moet ik herhalen dat dat artikel de werkingssfeer van de richtlijn afbakent. Het artikel vormt strikt genomen geen uitzondering op de regel [zie mijn conclusie in de zaak Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:47, punten 37 en 38)].

C. Vijfde prejudiciële vraag in zaak C-384/21

1. Voorwerp

50. De vijfde vraag in zaak C-384/21 ziet op de in artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24 genoemde uitsluiting van de werkingssfeer van de richtlijn.

51. Anders dan de uitsluiting van de leden 2 en 3 van artikel 12 van richtlijn 2014/24, op grond waarvan een aanbestedende dienst (of meerdere aanbestedende diensten) toezicht moet (moeten) uitoefenen op de dienst waaraan de overheidsopdracht wordt gegund, is die van lid 4 gebaseerd op samenwerking van aanbestedende diensten waartussen er geen dergelijke toezichtsverhouding bestaat.

52. De prejudiciële vraag vindt haar oorsprong in de argumenten die de gemeente Farciennes subsidiair heeft aangevoerd voor het geval zou worden geconcludeerd dat, in het licht van de betrekking tussen SLSP Sambre et Biesme en IGRETEC, de voorwaarden van artikel 12, lid 3, van de richtlijn niet zijn vervuld. [21]

53. De gemeente Farciennes betoogt dat er bij gebreke van het in dat lid bedoelde gezamenlijke toezicht overeenkomstig artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24 nog steeds horizontale samenwerking tussen aanbestedende diensten mogelijk is. Volgens deze gemeente is de samenwerking tussen haarzelf, SLSP Sambre et Biesme en IGRETEC van deze aard.

54. Uit de lezing van haar opmerkingen leid ik af dat de gemeente Farciennes pleit voor twee manieren om de betrekkingen tussen de bij de hoofdgedingen betrokken overheidsinstanties te begrijpen:

– Volgens de eerste daarvan, die zij lijkt te prefereren, is er sprake van een horizontale samenwerking die volgens de gemeente Farciennes en SLSP Sambre et Biesme moet dienen om het plan voor de aanleg van de groene wijk uit te voeren en volgens IGRETEC om haar taken te verrichten ten behoeve van haar partners en bij te dragen aan de verwezenlijking van hun plannen. De overeenkomst tussen de partijen is derhalve gericht op het bereiken van gemeenschappelijke doelstellingen. [22]

– Volgens de tweede manier impliceert de inhousebetrekking tussen de gemeente en IGRETEC dat wanneer de gemeente IGRETEC belast met de uitvoering van bepaalde diensten, zij een beroep doet op haar eigen diensten, hetgeen in aanmerking dient te worden genomen in het kader van haar samenwerking met SLSP Sambre et Biesme. [23]

55. In beide gevallen vallen de betrekkingen onder artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24. Bijgevolg is een openbare aanbesteding niet nodig, aldus de gemeente Farciennes.

[21] Uit de bewoordingen van de vraag kan worden opgemaakt dat volgens de verwijzende rechter de gemeente Farciennes toezicht op IGRETEC uitoefent zoals op haar eigen diensten, maar dat van een dergelijk toezicht geen sprake is in de betrekking tussen SLSP Sambre et Biesme en IGRETEC.

[22] Opmerkingen van de gemeente Farciennes, punten 115 e.v., in het bijzonder de punten 143 en 145.

[23] Ibidem, punten 115 e.v., in het bijzonder de punten 139 en 140.

2. Samenwerking van artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24

56. Volgens artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24 valt een overheidsopdracht niet binnen de werkingssfeer van die richtlijn indien cumulatief is voldaan aan de drie in de punten a), b) en c) van die bepaling vermelde voorwaarden. [24]

57. De twijfels van de verwijzende rechter hebben betrekking op het begrip „samenwerking" in de zin van dat artikel, waarvan de uitlegging autonoom moet zijn. [25]

58. Bij een andere gelegenheid [26] heb ik uiteengezet dat die bepaling is gebaseerd op de rechtspraak van het Hof van vóór de codificatie, doch verder gaat: de bepaling verduidelijkt die rechtspraak en voorziet in meer flexibiliteit, waardoor de vereisten ervan, tot op zekere hoogte, meer gelijkenis vertonen met die van andere formules die het mogelijk maken om bepaalde opdrachten van entiteiten in de openbare sector uit te sluiten van richtlijn 2014/24. [27]

59. Dit verklaart de volgende kenmerken van de horizontale samenwerking die krachtens richtlijn 2014/24 niet is onderworpen aan geformaliseerde procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten:

– Het is geen vereiste, zoals dat nog wel het geval was volgens eerdere rechtspraak [28], dat de samenwerking dient voor de gezamenlijke uitvoering van een taak van algemeen belang die op alle deelnemende aanbestedende diensten rust. [29]

– Het is toegestaan dat de samenwerking betrekking heeft op (of gestalte krijgt in) activiteiten die openbare diensten ondersteunen, voor zover die (neven)activiteiten bijdragen aan de daadwerkelijke verrichting van die openbare diensten. [30]

– De door de aanbestedende diensten verrichte diensten hoeven niet noodzakelijkerwijs identiek te zijn. Zolang het vereiste van gemeenschappelijkheid van de doelstellingen – welke

[24] Naast deze voorwaarden moet de interbestuurlijke samenwerking in ieder geval de fundamentele regels van het VWEU eerbiedigen, met name die welke betrekking hebben op het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten, evenals de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie. Voor het verbod van samenwerking tussen aanbestedende diensten als die samenwerking ertoe leidt dat een particuliere onderneming wordt bevoordeeld ten opzichte van haar concurrenten, zie arrest van 28 mei 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395, punten 63 e.v. en punt 3 van het dictum).

[25] Arrest van 4 juni 2020, Remondis (C-429/19, EU:C:2020:436; hierna: „arrest Remondis II", punt 24).

[26] Conclusie in de zaak Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:47, punten 26-28).

[27] Vóór richtlijn 2014/24 werd horizontale samenwerking bij de onderhandse gunning van opdrachten voor diensten die een openbare dienst ondersteunen, zoals de uitvoering van bouwkundige of technische onderzoeksopdrachten en de reiniging van kantoren, door het Hof niet erkend: zie arrest van 19 december 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a. (C-159/11, EU:C:2012:817), voor het eerste geval, en arrest van 13 juni 2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385), voor het tweede geval. Niettemin zou kunnen worden geredeneerd dat de grond voor die afwijzing niet was gelegen in het ondersteunende karakter van de dienstverrichting, maar in de omstandigheid dat de overeenkomst inter partes niet was gericht op de gezamenlijke uitvoering van taken van algemeen belang die op hen gezamenlijk rustten: zie punt 34 van het arrest Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a. en punt 39 van het arrest Piepenbrock. Hoe dan ook is de beperking in de thans geldende richtlijn verdwenen.

[28] Naast de in de vorige voetnoot genoemde arresten, zie arresten van 9 juni 2009, Commissie/Duitsland (C-480/06, EU:C:2009:357, punt 37), en 8 mei 2014, Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13, EU:C:2014:303, punt 35). Ook de Commissie heeft die zienswijze geïntegreerd in haar voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten [COM(2011) 896 definitief], artikel 11, lid 4, onder a).

[29] Arrest van 28 mei 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395, punten 57 en 58 en dictum).

[30] Ibidem, punten 59 en 60 en dictum. In mijn conclusie in die zaak (C-796/18, EU:C:2020:47, punten 84 en 85) heb ik betoogd dat ondersteunende activiteiten „rechtstreeks en onscheidbaar [moeten] zijn verbonden met de openbare dienst" en van „een dermate fundamenteel belang [moeten zijn] dat de dienst zelf zonder die activiteiten niet als een openbare dienst zou kunnen worden verricht". Hoewel het Hof voor andere bewoordingen heeft gekozen, komen die mij niet voor als soepeler.

doelstellingen daarenboven een openbaar belang moeten dienen – in acht wordt genomen, is het toelaatbaar dat deze diensten complementair zijn. [31]

– Zolang er sprake is van verbintenissen om middels samenwerking bij te dragen tot het verrichten van de openbare dienst, is het niet noodzakelijk dat elk van de partijen in gelijke mate deelneemt aan de samenwerking, die gebaseerd kan zijn op een taakverdeling of op een bepaalde specialisatie. [32]

60. Daarentegen is het een vereiste dat de samenwerking van de partijen gericht is op het bereiken van *doelstellingen die voor hen alle gemeenschappelijk zijn*. Dit is een essentieel element van horizontale samenwerking dat deze onderscheidt van onderhandse gunning aan door de aanbestedende dienst gecontroleerde diensten.

61. Het Hof heeft zich in die zin uitgelaten in het arrest Remondis II, waarin het spreekt van „een dimensie [van de samenwerking van artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24] die wijst op een intrinsieke behoefte aan samenwerking". Die dimensie wordt onder meer geconcretiseerd bij de voorbereiding van de samenwerkingsovereenkomst middels de gezamenlijke vaststelling van de behoeften en de wijze waarop aan deze behoeften kan worden voldaan. [33]

62. Bovendien moet de horizontale samenwerking gebaseerd zijn op een *samenwerkingsmodel*, wat wil zeggen dat die samenwerking zich moet vertalen in wederzijdse verbintenissen van de deelnemers. Die verbintenissen gaan verder dan de uitvoering van een bepaalde dienst en de vergoeding ervan, zoals is verduidelijkt in het arrest Remondis II. [34]

63. De term „samenwerkingsmodel", die uitdrukkelijk wordt genoemd in overweging 33 van richtlijn 2014/24, is gelijkwaardig aan het voorgestelde vereiste van „echte samenwerking", met „wederzijdse rechten en verplichtingen voor de partijen". [35] De situatie dat een van de aanbestedende diensten „simpelweg een ‚afnemer'" [36] van het werk, de dienst of de levering in kwestie is, is uitgesloten.

[31] Voorbeelden van complementaire diensten zijn afvalinzameling en -behandeling, waarop het arrest van 9 juni 2009, Commissie/Duitsland (C-480/06, EU:C:2009:357), betrekking heeft, of onderwijs- en onderzoeksactiviteiten die eigen zijn aan openbare universiteiten, zoals advocaat-generaal Mengozzi heeft opgemerkt in zijn conclusie in de zaak Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13, EU:C:2014:23, punt 59). In de praktijk kan de door richtlijn 2014/24 geboden flexibiliteit niet ter zake dienend blijken te zijn omdat de verschillende inhoud van de diensten waarmee elke aanbestedende dienst is belast het vaststellen van doelstellingen die gemeenschappelijk voor al die diensten zijn niet toelaat. In dat geval zou een onontbeerlijk element van samenwerking ontbreken. Ook is het denkbaar dat een dergelijk verschil de uitvoering van de respectieve diensten *door middel van samenwerking* verhindert omdat de ene aanbestedende dienst geen belang heeft bij de door de andere aanbestedende dienst aangeboden dienstverrichtingen, of omdat de complementariteit niet wederkerig, maar eenzijdig is. Indien de betrekking tussen de partijen zich er in die situatie toe beperkt dat de aanbestedende dienst die belang heeft bij de dienst van de andere aanbestedende dienst, deze koopt tegen een prijs, is er geen sprake van samenwerking in de zin van artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24. Vermoedelijk kan evenmin worden gesproken van een interactie die *uitsluitend op overwegingen in verband met het openbaar belang* berust, zoals wordt vereist door punt b) van datzelfde lid: het in rekening brengen van een bedrag in ruil voor een prestatie is geen doelstelling van openbaar belang. Complementaire diensten (meer bepaald „taken" van algemeen belang) worden vermeld in overweging 14aa van het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende overheidsopdrachten, dat als bijlage was gevoegd bij de nota van het secretariaat-generaal, Raadsdocument 14971/12 van 19 oktober 2012. Daarin werd de uitsluiting van samenwerking van de richtlijn uitdrukkelijk afhankelijk gesteld van de voorwaarde dat complementaire diensten „gezamenlijk" konden worden verricht. Gelet op het redundante karakter ervan, is het verdwijnen van het vereiste uit de definitieve tekst niet van groot belang.

[32] Overweging 33, derde alinea, van richtlijn 2014/24. Dat idee was al opgenomen in het werkdocument van de diensten van de Commissie over de toepassing van de EU-regels inzake overheidsopdrachten op de betrekkingen tussen aanbestedende diensten (samenwerking binnen de overheidssector), SEC(2011) 1169 final, van 4 oktober 2011, punt 3.3.2.

[33] Arrest Remondis II, punten 32 en 33.

[34] Ibidem, punt 29.

[35] Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 20 december 2011 betreffende het gunnen van overheidsopdrachten [COM(2011) 896 definitief], artikel 11, lid 4, onder a).

[36] De term wordt gebruikt in de nota van het secretariaat-generaal, Raadsdocument 9315/12 van 27 april 2012, blz. 38. Zie punt 29 van het arrest Remondis II.

64. De *echtheid* van de samenwerking is van fundamenteel belang in elke overeenkomst die wordt gesloten uit hoofde van artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24. Dat kenmerk zal het mogelijk maken om deze vorm van horizontale samenwerking te onderscheiden van verticale (inhouse) samenwerking, en ook van opdrachten die zijn onderworpen aan openbare aanbestedingsprocedures, waarbij een van de partijen een taak uitvoert volgens het bestek dat is vastgesteld door de andere partij, die zich op haar beurt beperkt tot het vergoeden ervan. [37]

3. Hoofdgedingen

a) Eerste scenario

65. De gemeente Farciennes presenteert een eerste scenario om te pleiten voor het bestaan van een horizontale samenwerkingsbetrekking tussen haarzelf, SLSP Sambre et Biesme en IGRETEC.

66. Bij wijze van samenvatting wil ik eraan herinneren dat:

– SLSP Sambre et Biesme en de gemeente Farciennes het initiatief hebben genomen om gezamenlijk hun respectieve woningrenovatie- en stadsvernieuwingsprojecten in een bepaalde wijk uit te voeren;

– zij daartoe een kaderovereenkomst hebben gesloten, waarvan IGRETEC niet een van de ondertekenaars was;

– de opneming van IGRETEC in de betrekking tussen SLSP Sambre et Biesme en de gemeente Farciennes voortvloeide uit een opdracht voor diensten die nodig waren voor de uitvoering van het groenewijkproject. Die opdracht volgde op het besluit van de twee aanbestedende diensten om dat project gezamenlijk uit te voeren.

67. Mijns inziens valt de aldus beschreven trilaterale betrekking niet onder artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24. Ik ben het eens met de beoordeling van de verwijzende rechter dat „het enkele feit dat [IGRETEC] taken verricht in het kader van de overeenkomst tussen de gemeente Farciennes en SLSP Sambre et Biesme voor de uitvoering van een gezamenlijk project voor de aanleg van de groene wijk in Farciennes, niet betekent dat IGRETEC zelf meewerkt aan het project, noch dat zij samen met de partijen bij deze overeenkomst een gemeenschappelijk doel nastreeft”. [38]

68. Een aantal redenen brengt mij ertoe om deze beoordeling van de verwijzende rechter, die door de Commissie wordt gedeeld, te bevestigen in het licht van de beschrijving van de feiten door die rechter. Ik moet benadrukken dat het exclusief aan deze laatste staat om het feitelijke kader van de hoofdgedingen vast te stellen, hetgeen met zich meebrengt dat het optreden van de bij die gedingen betrokken entiteiten en het door elk van hen nagestreefde doel moeten worden getoetst.

[37] Horizontale samenwerking sluit financiële overdrachten tussen deelnemers niet uit, maar sluit, zoals reeds is aangegeven, wel uit dat de bijdrage van een van hen wordt beperkt tot enkel een betaling.

[38] Verwijzingsbeslissing in zaak C-384/21, blz. 56.

69. In de eerste plaats is er, zoals de verwijzende rechter opmerkt in de bewoordingen die ik hierboven heb weergegeven, geen gemeenschappelijkheid van doelstellingen waarmee het bestaan van samenwerking tussen de drie entiteiten in de zin van artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24 kan worden gerechtvaardigd. [39]

70. Een analyse van de statuten van IGRETEC en van haar betrokkenheid bij de litigieuze projecten brengt de Raad van State ertoe te onderstrepen dat de in casu door IGRETEC vervulde taken behoren tot „sector I" van haar maatschappelijk doel, dat wil zeggen tot activiteiten die op de markt worden uitgeoefend door in de initiëring van projecten gespecialiseerde onderzoeks- en beheermaatschappijen, en niet tot „sector II", waarvan de activiteiten zijn gewijd aan de economische, sociale en toeristische ontwikkeling van de regio, en met name aan de bouw, de financiering en het gebruik van bepaalde gebouwen. [40]

71. In de tweede plaats ontbreekt ook de dimensie die wijst op een behoefte aan samenwerking, die zich in eerste instantie vertaalt in het vaststellen van de behoeften en oplossingen die gemeenschappelijk zijn voor de partijen die voornemens zijn om samen te werken. In dat stadium kan de professionele tussenkomst van IGRETEC de gemeente Farciennes en SLSP Sambre et Biesme helpen bij het vaststellen en begrijpen van de behoeften van het groenewijkproject dat beide willen uitvoeren. Voor IGRETEC gaat het daarentegen om behoeften van anderen.

72. In de derde plaats schijnt het mij toe dat de strategie voor het op de beste manier bundelen en gebruiken van de middelen van partijen zich beperkt tot de gemeente Farciennes en SLSP Sambre et Biesme, ook al werken zij op basis van door IGRETEC voorgestelde opties. [41] IGRETEC verleent feitelijk geen enkele openbare dienst samen met die gemeente en met SLSP Sambre et Biesme.

73. Tot slot voldoet de opneming van IGRETEC in de betrekking tussen de twee aanbestedende diensten [42] via de overeenkomst voor ondersteuning bij projectmanagement, juridische dienstverlening en milieudiensten niet aan de voorwaarden voor het bestaan van echte samenwerking. Bij die overeenkomst verbinden de gemeente Farciennes en SLSP Sambre et Biesme zich ten aanzien van IGRETEC niet tot iets anders dan waartoe zij zich in een openbare aanbesteding zouden verbinden: zij vragen om prestaties die IGRETEC aanbiedt, in ruil waarvoor zij, als enige verbintenis, een betalingsverplichting op zich nemen.

[39] Verwijzingsbeslissing in zaak C-384/21, blz. 56. Uit de opmerkingen van partijen blijkt niet dat er sprake is van een voor alle entiteiten gemeenschappelijk doel, als dat al bestaat; dat doel is voor een externe waarnemer niet evident. In mijn ogen illustreren deze zaken de moeilijkheden waarop ik in voetnoot 31 heb gewezen. Een voorbeeld van samenwerking voor (en door) het verrichten van complementaire diensten voor een en hetzelfde doel is de overeenkomst die is onderzocht in het arrest van 9 juni 2009, Commissie/Duitsland (C-480/06, EU:C:2009:357): zie punt 37 daarvan. Het gemeenschappelijke doel was om de behandeling van afvalstoffen te rationaliseren in een zo nabij mogelijk gelegen installatie.

[40] Verwijzingsbeslissing in zaak C-384/21, blz. 56 en 57. Niettemin zij erop gewezen dat een voorwaarde voor uitsluiting van de werkingssfeer van richtlijn 2014/24 overeenkomstig artikel 12 is dat de aanbestedende dienst de mogelijkheid heeft om te kiezen tussen het verwerven van de dienst door middel van (verticale of horizontale) interbestuurlijke samenwerking of door een beroep te doen op de markt. Over het algemeen kunnen prestaties die worden verkregen door samenwerking tussen overheidsinstanties (ook) op de markt worden verkregen.

[41] De voorstellen van IGRETEC hadden betrekking op het aantal woningen, de sloop of renovatie van bestaande woningen, het aantrekken van particulier kapitaal, het type overheidsopdracht en andere, daarmee samenhangende aspecten.

[42] Zoals de Commissie suggereert (punt 33 van haar schriftelijke opmerkingen), treedt IGRETEC feitelijk niet op als aanbestedende dienst. Onduidelijk is wat de prestatie is die IGRETEC „verkrijgt" en die zij via een aanbestedingsprocedure zou moeten gunnen indien er geen samenwerking zou bestaan.

b) Tweede scenario

74. Het tweede scenario gaat uit van een combinatie van horizontale en verticale samenwerking, in het kader waarvan IGRETEC, gecontroleerd door een van de twee deelnemers aan de horizontale samenwerking (de gemeente Farciennes), ook aan de andere deelnemer (SLSP Sambre et Biesme) een dienst verleent en door beide wordt vergoed.

75. Volgens de gemeente Farciennes maakt zij, wanneer zij IGRETEC de ondersteuning bij projectmanagement, juridische dienstverlening en milieudiensten toevertrouwt, gebruik van eigen middelen van die gemeente. Met deze omstandigheid moet ook rekening worden gehouden in de context van de samenwerking tussen haarzelf en SLSP Sambre et Biesme.

76. Ik kan dit argument, dat door de gemeente Farciennes zelf met een secundair karakter wordt aangevoerd (in het kader van een argument dat op zijn beurt subsidiair is aan het kernbetoog) en dat zij wellicht om die reden niet al te zeer ontwikkelt, onmogelijk aanvaarden.

77. Als ik het standpunt van de gemeente Farciennes goed begrijp, verdedigt zij dat de twee entiteiten die partij zijn bij de verticale samenwerkingsbetrekking (IGRETEC en de gemeente) op grond van een dergelijke betrekking één enkele entiteit zijn voor de horizontale samenwerking met een derde.[43] Om die reden zou het niet nodig zijn dat beide entiteiten de kaderovereenkomst met SLSP Sambre et Biesme ondertekenden.

78. Ik deel die redenering niet. Bij verticale (inhouse) samenwerking zijn de aanbestedende dienst en het instrumentele lichaam waarop hij toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten formeel afzonderlijke entiteiten, zowel vóór als ná de gunning van een overheidsopdracht.

79. Het bestaan van een inhousebetrekking tussen de gemeente Farciennes en IGRETEC volstaat derhalve niet om te voldoen aan de voorwaarden voor het bestaan van horizontale samenwerking met SLSP Sambre et Biesme.

V. Conclusie

80. Gelet op een en ander geeft ik het Hof in overweging om de Raad van State te antwoorden als volgt:

„1) Een aanbestedende dienst die een overheidsopdracht wil gunnen die binnen de werkingssfeer van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG valt, zonder gebruik te maken van de daarin voorziene aanbestedingsprocedures, moet vanaf de uiterste datum voor de omzetting van de richtlijn in nationaal recht voldoen aan de voorwaarden van artikel 12 van die richtlijn indien voornoemde omzetting op die datum nog niet heeft plaatsgevonden.

2) Artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24 moet aldus worden uitgelegd dat:

[43] Punt 146 in fine van de opmerkingen van de gemeente Farciennes: „De inhousebetrekking staat het per definitie toe om [IGRETEC] gelijk te stellen met de gemeente Farciennes". Hoewel de vertegenwoordigster van de gemeente ter terechtzitting heeft gewezen op de „functionele en organische band" tussen de twee entiteiten, heeft zij haar betoog, dat steunt op de inhousebetrekking tussen die entiteiten, gehandhaafd.

– het bestaan van samenwerking tussen aanbestedende diensten is uitgesloten wanneer de betrekking die hen verbindt, en in het kader waarvan zij zich ertoe verbinden hun respectieve diensten te verrichten, niet is gericht op de verwezenlijking van doelstellingen die zij alle gemeen hebben;

– het geen betrekking heeft op een betrekking tussen onafhankelijke aanbestedende diensten in het kader waarvan de ene een dienst van de andere verkrijgt uitsluitend in ruil voor een geldelijke vergoeding."