



EUROPESE COMMISSIE

Officieuze vertaling door DG MARKT  
van document SEC (2011) 1169  
definitief van 04.10.2011.

**WERKDOCUMENT VAN DE DIENSTEN VAN DE COMMISSIE**

**betreffende de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht  
op de betrekkingen tussen aanbestedende diensten  
("publiek-publieke samenwerking")**

## INHOUDSOPGAVE

1.	Inleiding .....	3
2.	Algemeen beginsel: het EU-aanbestedingsrecht is van toepassing op opdrachten tussen aanbestedende diensten .....	4
3.	Openbare taak uitgeoefend met eigen middelen – publiek-publieke samenwerking die buiten de toepassings sfeer van de EU-aanbestedingsregels kan vallen .....	5
3.1.	Overzicht van de verschillende concepten in de rechtspraak.....	5
3.2.	Samenwerking door middel van afzonderlijke rechtspersonen ("geïstitutionaliseerde/verticale/samenwerking"; "in house"-rechtspraak).....	6
3.2.1.	Bezit van het kapitaal van een interne entiteit.....	8
3.2.2.	Eerste Teckal-criterium Het noodzakelijke toezicht op de interne entiteit (organisationale afhankelijkheid).....	9
3.2.3.	Tweede Teckal-criterium: De werkzaamheden van de interne entiteit moeten voor het merendeel beperkt blijven tot de taken die door de controlerende entiteit/entiteiten zijn toegewezen (economische afhankelijkheid) .....	12
3.2.4.	Bijkomende open vragen met betrekking tot situaties met interne entiteiten .....	13
3.3.	Niet-geïstitutionaliseerde/Horizontale samenwerking om gezamenlijk openbare taken te vervullen .....	14
3.3.1.	De wezenlijke kenmerken van een horizontale samenwerking tussen aanbestedende diensten die buiten de toepassing van de EU-aanbestedingsregels valt.....	14
3.3.2.	Onderscheid tussen echte 'samenwerking' en een normale overheidsopdracht .....	15
3.3.3.	Mogelijke beperkingen met betrekking tot activiteiten op de commerciële markt....	15
3.4.	Samenvatting .....	16
4.	Openbare taak vervuld met externe middelen – Andere publiek-publieke betrekkingen .....	20
4.1.	De herverdeling van bevoegdheden tussen overheidsinstanties .....	20
4.2.	De niet-contractuele toewijzing van taken .....	22
4.3.	De verhouding tussen aanbestedingsregels en bepaalde uitsluitende rechten.....	23
4.4.	Betrekkingen tussen aanbestedende diensten in de context van collectieve- of centrale-inkoopovereenkomsten.....	24

## 1. INLEIDING

In 2009 werd een bedrag van 420 miljard euro aan overheidsopdrachten bekendgemaakt overeenkomstig de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Deze regels moeten ervoor zorgen dat de betrokken overheidsaankopen worden opengesteld voor mededinging door leveranciers op de hele interne markt<sup>1</sup>. Tegelijkertijd beperkt het Europese recht de vrijheid van een aanbestedende dienst niet om de hem toegewezen diensten van openbaar belang te vervullen door gebruik te maken van zijn eigen administratieve, technische en andere middelen, zonder verplicht te zijn zich te wenden tot externe instanties die geen deel uitmaken van zijn eigen structuur.

Er is voortdurend discussie geweest over de vraag of de EU-aanbestedingsrichtlijnen ook van toepassing zijn op een aantal situaties waarin aanbestedende diensten de vervulling van hun openbare taken gezamenlijk wensen te verzorgen. Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna het "Hof") heeft bevestigd dat niet automatisch kan worden vermoed dat overheidsopdrachten tussen aanbestedende diensten buiten de toepassings sfeer van de Europese aanbestedingswetgeving vallen. Uit de rechtspraak van het Hof is echter ook gebleken dat bepaalde vormen van samenwerking tussen aanbestedende diensten niet kunnen worden beschouwd als overheidsopdrachten.

Daarom moet een onderscheid worden gemaakt tussen aanbestedingsactiviteiten die gebaat zijn bij een open mededinging onder ondernemers, zoals geregeld door de Europese aanbestedingswetgeving, en andere regelingen die aanbestedende diensten kunnen gebruiken om de uitvoering van hun openbare taken te verzekeren en die niet binnen de toepassings sfeer van de EU-aanbestedingsrichtlijnen vallen.

Op dit ogenblik ervaren aanbestedende diensten die willen samenwerken, vaak moeilijkheden om uit te maken wanneer de Europese aanbestedingsrichtlijnen van toepassing zijn en wanneer niet.

De noodzaak om hierover enige verheldering te verschaffen, is duidelijk geworden in het verslag van het Europees Parlement, waarin een oproep is gedaan "aan *de Commissie en de lidstaten om het publiek over de juridische consequenties van de betreffende arresten* [over publiek-publieke samenwerking] voor te lichten"<sup>2</sup>.

Met dit document wordt ingegaan op die vraag. Het beoogt een ruim overzicht te geven van de bestaande rechtspraak van het Hof van Justitie. De betrokken rechtspraak wordt geconsolideerd en geresumeerd en er worden een aantal conclusies getrokken voor zover dit mogelijk is op basis van de vaststellingen van het Hof. Er worden geen nieuwe regels

---

<sup>1</sup> De hele aanbestedingsmarkt in de EU is ongeveer 17% van het Europese BBP waard. De EU-aanbestedingsrichtlijnen regelen alleen de gunning van die opdrachten die een bepaalde drempel overschrijden. In 2009 bedroeg de waarde van die opdrachten 3,6% van het Europese BBP. Voor het overblijvende gedeelte van de aanbestedingsmarkt moeten de lidstaten de Europese rechtsbeginselen van niet-discriminatie, gelijke behandeling van inschrijvers, enz. naleven voor zover de te gunnen opdracht interessant is voor ondernemingen die in een andere lidstaat gevestigd zijn.

<sup>2</sup> Initiatiefverslag van Heidi Rühle, lid van het Europees Parlement, over "nieuwe ontwikkelingen bij overheidsopdrachten" (resolutie van het Europees Parlement van 18 mei 2010 over nieuwe ontwikkelingen bij overheidsopdrachten (2009/2175(INI)).

of vereisten vastgesteld. Het is integendeel de bedoeling bij te dragen tot een beter begrip en een betere toepassing van het bestaande juridische kader. Alle belanghebbenden op het gebied van overheidsopdrachten, en in het bijzonder de overheidsinstanties op alle bestuursniveaus, zijn hierbij gebaat<sup>3</sup>. De richtsnoeren die in dit document worden gegeven, blijven beperkt tot het gebied van overheidsopdrachten en doen geen afbreuk aan de Europese regels inzake mededinging en steunmaatregelen van staten.

Na een toelichting bij het beginsel dat overheidsopdrachten tussen aanbestedende diensten onderworpen zijn aan de Europese aanbestedingsrichtlijnen (deel 2), wordt in het document aandacht besteed aan verschillende vormen van samenwerking tussen aanbestedende diensten die van de toepassing van deze regels kunnen worden vrijgesteld (deel 3), en vervolgens aan andere soorten betrekkingen in het licht van het Europese aanbestedingsrecht (deel 4).

Dit werkdocument is een indicatief document van de diensten van de Commissie en kan geenszins als bindend worden beschouwd voor deze instelling. Opgemerkt zij hierbij dat de uitlegging van het EU-recht uiteindelijk de taak van het Hof van Justitie van de Europese Unie is.

## **2. ALGEMEEN BEGINSEL: HET EU-AANBESTEDINGSRECHT IS VAN TOEPASSING OP OPDRACHTEN TUSSEN AANBESTEDENDE DIENSTEN**

De EU-aanbestedingsrichtlijnen zijn van toepassing wanneer aanbestedende diensten en instanties overeenkomsten onder bezwarende titel sluiten met een andere rechtspersoon. Indien een dergelijke overeenkomst wordt aangegaan, maakt het geen verschil of de contractpartner privaats dan wel publiek is. Dit volgt duidelijk uit de toepasselijke bepalingen van de richtlijn en de rechtspraak van het Hof.

Artikel 1, lid 8, van Richtlijn 2004/18/EG<sup>4</sup> ("richtlijn publieke sector") bepaalt het volgende:

*"De termen "aannemer", "leverancier" of "dienstverlener" omvatten elke natuurlijke of rechtspersoon of elk **openbaar lichaam** of elke combinatie van deze personen en/of lichamen die respectievelijk de uitvoering van werken en/of werkzaamheden van producten of diensten op de markt aanbiedt."* (cursivering toegevoegd).

Artikel 1, lid 7, van Richtlijn 2004/17/EG<sup>5</sup> ("richtlijn nutsbedrijven") bepaalt het volgende:

---

<sup>3</sup> Een openbare raadpleging is gelanceerd door het "Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten – Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt" (COM(2011) 15 definitief, Brussel, 27.1.2011), dat tot doel heeft aan te geven hoe het beleidsdomein van aanbestedingen moet worden hertekend in de toekomst. In afwachting van de vaststelling en tenuitvoerlegging van nieuwe wetgeving wil het werkdocument van de diensten van de Commissie de bestaande rechtstoestand verduidelijken.

<sup>4</sup> Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten – PB L 134 van 30.4.2004, blz. 114-240.

"Een "aannemer", "leverancier" of "dienstverrichter" kan een natuurlijke of rechtspersoon of een **aanbestedende dienst** in de zin van artikel 2, lid 2, onder a) of b), of een combinatie van deze personen en/of diensten zijn, die respectievelijk de uitvoering van werken en/of werkzaamheden producten of diensten op de markt aanbiedt." (cursivering toegevoegd)

Het Hof heeft dienovereenkomstig geoordeeld dat "de omstandigheid dat de dienstverlener een van de dienstontvanger onderscheiden orgaan is, niet aan de toepassing van [de richtlijn] in de weg [staat]<sup>6</sup>. Voor de toepassing van de EU-aanbestedingsregels "volstaat [...] in beginsel, dat de overeenkomst is gesloten tussen een territoriaal lichaam en een persoon die daar rechtens van onderscheiden is".<sup>7</sup> Er is daarom sprake van onjuiste omzetting van de Europese aanbestedingsrichtlijnen wanneer van het toepassingsgebied van het nationale aanbestedingsrecht worden uitgesloten "de verhoudingen die zijn aangegaan tussen overheidsinstanties, hun openbare organen, en in het algemeen niet-commerciële publiekrechtelijke lichamen, ongeacht de aard van deze verhoudingen"<sup>8</sup>.

### **3. OPENBARE TAAK UITGEOEFEND MET EIGEN MIDDELEN – PUBLIEK-PUBLIEKE SAMENWERKING DIE BUITEN DE TOEPASSINGSSFEER VAN DE EU-AANBESTEDINGSREGELS KAN VALLEN**

#### **3.1. Overzicht van de verschillende concepten in de rechtspraak**

De rechtspraak van het Hof op het gebied van overheidsopdrachten heeft aangetoond dat het EU-recht een aanbestedende dienst<sup>9</sup> niet beperkt in zijn vrijheid om zijn taak van openbaar belang te vervullen met zijn eigen administratieve, technische en andere

---

<sup>5</sup> Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB L 134 van 30.4.2004, blz. 1-113).

<sup>6</sup> Zaak C-480/06, Commissie/Duitsland, Jurispr. 2009, blz. I-4747, punt 33.

<sup>7</sup> Zaak C-107/98, Teckal Srl en Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziata (AGAC) di Reggio Emilia, Jurispr. 1999 blz. I-8121, punt 50.

<sup>8</sup> Zaak C-84/03, Commissie/Spanje, Jurispr. 2005, blz. I-139, punt 40.

<sup>9</sup> Gelet op het onderwerp van de nota – namelijk "publiek-publieke samenwerking" – wordt hier alleen het gedrag van "aanbestedende diensten" in de zin van Richtlijn 2004/18/EG behandeld, en niet van "overheidsbedrijven" volgens de definitie van de richtlijn nutsbedrijven of van privé-ondernemingen die voor hun exploitatie bijzondere of uitsluitende rechten genieten, zoals gedefinieerd in Richtlijn 2004/17/EG. Met betrekking tot "aanbestedende diensten" vallend onder de definitie van "aanbestedende entiteiten" waarin de richtlijn nutsbedrijven voorziet, zij opgemerkt dat hun bijzondere situatie in het kader van publiek-publieke samenwerking nooit uitdrukkelijk door het Hof is onderzocht. De conclusies die voor "aanbestedende diensten" in het algemeen worden getrokken, moeten MUTATIS MUTANDIS eveneens gelden wanneer deze handelen in de zin van "aanbestedende entiteiten" zoals omschreven in de richtlijn nutsbedrijven, tenzij wanneer er duidelijke verschillen zouden zijn in de toepasselijke regels. Er zij eveneens opgemerkt dat de richtlijn nutsbedrijven in artikel 23 bepalingen bevat voor een aantal soorten publiek-publieke samenwerking (zelfs driehoekssituaties mogelijk).

middelen, zonder dat hij een beroep hoeft te doen op externe lichamen die niet tot zijn eigen structuur behoren<sup>10</sup>.

Indien een aanbestedende dienst een openbare taak met eigen middelen op dusdanige wijze vervult dat er geen overeenkomst onder bezwarende titel wordt gesloten omdat de situatie zich voordoet binnen een en dezelfde rechtspersoon, d.w.z. wanneer alle nodige middelen voor het vervullen van de taak voor de aanbestedende dienst binnen de eigen organisatie beschikbaar zijn, dan is het EU-aanbestedingsrecht niet van toepassing. Bijvoorbeeld: een gemeenteraad voorziet met zijn intern vervoersdepartement in vervoersdiensten op zijn grondgebied.

Voorts bestaat ook de mogelijkheid om openbare taken met eigen middelen te vervullen in samenwerking met andere aanbestedende diensten. Verschillende aanbestedende diensten kunnen elkaar wederzijds helpen. Indien daarbij geen sprake is van betaling of enige uitwisseling van wederzijdse rechten en verplichtingen, is er geen dienstverlening in de zin van het EU-aanbestedingsrecht. In deze omstandigheden is het EU-aanbestedingsrecht niet van toepassing. Bijvoorbeeld: een algemene afspraak tussen aangrenzende gemeenten dat hun respectieve muziekkorpsen optreden op elkaars stadsfeesten.

Waar aanbestedende diensten met elkaar overeenkomsten onder bezwarende titel sluiten (d.w.z. met wederzijdse rechten en verplichtingen), rijst de vraag of deze van het toepassingsgebied van de EU-aanbestedingsrichtlijnen kunnen worden uitgesloten, ondanks de algemene regel dat overeenkomsten tussen verschillende rechtspersonen daaronder vallen. Volgens de rechtspraak van het Hof is dit onder bepaalde omstandigheden immers mogelijk. Wanneer aanbestedende diensten samenwerken om gezamenlijk taken van openbaar belang uit te voeren, kan dit meebrengen dat opdrachten worden gegund zonder dat de verplichting geldt het EU-aanbestedingsrecht toe te passen. Deze samenwerking kan de vorm aannemen van gezamenlijke controle over een derde entiteit die met de uitvoering van een taak belast is ("verticale/geïstitutionaliseerde samenwerking"). Voorts kan samenwerking worden opgezet zonder dat een nieuwe of speciaal daartoe aangewezen entiteit wordt opgericht ("horizontale/niet-geïstitutionaliseerde samenwerking").

### **3.2. Samenwerking door middel van afzonderlijke rechtspersonen ("geïstitutionaliseerde/verticale/samenwerking"; "in house"-rechtspraak)**

Het staat vast dat de EU-aanbestedingsrichtlijnen van toepassing zijn indien aanbestedende diensten overheidsopdrachten plaatsen, dit zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die met een derde partij zijn gesloten en die betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van de richtlijnen. Zij zijn ook van toepassing indien aanbestedende diensten concessies voor openbare werken sluiten volgens de richtlijn publieke sector.

---

<sup>10</sup> Zaak C-26/03, Stadt Halle en RPL Recyclingpark Lochau GmbH/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, Jurispr. 2005, blz. I-1, punt 48.

In de zaak *Teckal*<sup>11</sup> heeft het Hof deze regel functioneel geïnterpreteerd. Het heeft twee cumulatieve criteria bepaald waardoor een betrekking tussen een aanbestedende dienst en een andere rechtspersoon van toepassing van de EU-aanbestedingsregels wordt vrijgesteld. Volgens het Hof valt deze betrekking buiten het toepassingsgebied van het EU-aanbestedingsrecht indien:

- (1) de aanbestedende dienst over de betrokken rechtspersoon **toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten** en,
- (2) deze rechtspersoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen<sup>12</sup>.

In overeenstemming met **de bevoegdheid van aanbestedende diensten om zichzelf te organiseren** heeft het Hof geoordeeld dat het EU-aanbestedingsrecht (d.w.z. niet alleen de richtlijnen maar ook de verdragsbeginselen) niet van toepassing is indien een aanbestedende dienst een overeenkomst sluit met een derde partij die alleen **formeel maar niet wezenlijk zelfstandig is**. Deze rechtspraak heeft betrekking op situaties waarin er in de derde partij **geen privé-kapitaal** aanwezig is en deze **zowel organisationeel als economisch afhankelijk is** van de aanbestedende dienst. Bijvoorbeeld: een gemeenteraad voorziet in vervoersdiensten op zijn grondgebied en maakt daarvoor gebruik van de vervoersmaatschappij die zijn volle eigendom is en volledig door hem wordt gecontroleerd.

In daaropvolgende arresten<sup>13</sup> heeft het Hof verduidelijkt dat het "in house"-concept ook beschikbaar is voor publiek-publieke samenwerking door te oordelen dat de twee *Teckal*-criteria gezamenlijk kunnen worden vervuld door verschillende aanbestedende diensten. Bijvoorbeeld: twee gemeenteraden voorzien in vervoersdiensten op hun grondgebied door middel van de vervoersmaatschappij die zij gezamenlijk bezitten en controleren.

Ten behoeve van dit document wordt deze samenwerking omschreven als "geïstitutionaliseerd" of "verticaal" omdat er aanbestedende diensten bij betrokken zijn die de uitvoering van een taak toewijzen aan een afzonderlijke entiteit die in gezamenlijk bezit is en onder gezamenlijke controle staat, welke als aanbieder optreedt.

Deze "in house"-uitzondering is door het Hof erkend met betrekking tot overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten voor werken die onder de EU-

---

<sup>11</sup> Zaak C-107/98, *Teckal*, punt 50. "Wat het bestaan van een overeenkomst betreft, moet de nationale rechter nagaan, of er een overeenkomst is gesloten tussen twee afzonderlijke personen. [Daartoe ...] volstaat [...] in beginsel, dat de overeenkomst is gesloten tussen een territoriaal lichaam en een persoon die daar rechtens van onderscheiden is. Dit zou slechts anders zijn wanneer het territoriale **lichaam op de betrokken persoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen.**"

<sup>12</sup> In navolging van het arrest van het Hof kwam de Italiaanse Raad van State tot de conclusie dat AGAC een interne onderneming van Viano was (Consiglio di Stato, Sezione Quinta, arrest nr. 2605 van 9 mei 2001).

<sup>13</sup> Zaken C-324/07, *Coditel Brabant SA/Gemeente Ukkel en Brussels Hoofdstedelijk Gewest*, Jurispr. 2008, blz. I-8457, en C-573/07, *Sea Srl/Comune di Ponte Nossa*, Jurispr. 2009, blz. I-8127.

aanbestedingsrichtlijnen vallen, alsmede concessieovereenkomsten voor diensten die anderszins onder de Verdragsbeginselen vallen.

In dit verband zij vermeld dat, terwijl de relatie tussen de toezichhoudende aanbestedende dienst of diensten enerzijds en de entiteit die onder toezicht staat anderzijds, van toepassing van het EU-aanbestedingsrecht kan worden vrijgesteld wegens de interne ("in house") situatie, een instantie die als een "in house"-entiteit geldt, normaal gezien eveneens als "publiekrechtelijke instelling" wordt aangemerkt, en dus met betrekking tot haar eigen aanbestedingen de verplichting heeft het EU-aanbestedingsrecht na te leven.

In de volgende onderdelen wordt nader ingegaan op de relevante voorwaarden volgens de "in house"-rechtspraak van het Hof die moeten worden beoordeeld wanneer de vraag naar de toepasselijkheid van het EU-aanbestedingsrecht aan de orde is.

### 3.2.1. *Bezit van het kapitaal van een interne entiteit*

Volgens de rechtspraak kan een aanbestedende dienst geen interne controle over een entiteit uitoefenen wanneer een of meer privé-ondernemingen eveneens participeren in de eigendom van die entiteit<sup>14</sup>. Dat is het geval zelfs indien de aanbestedende dienst in staat is alle beslissingen met betrekking tot die entiteit zelfstandig te nemen, zonder rekening te houden met de particuliere deelneming. Het Hof redeneerde dat de verhouding tussen een aanbestedende dienst en zijn eigen diensten wordt beheerst door specifieke overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang. De plaatsing van privé-kapitaal in een onderneming beantwoordt daarentegen aan specifieke overwegingen die verband houden met particuliere belangen, en streeft andere doelstellingen na<sup>15</sup>. Dit geldt ook voor 'zuivere kapitaalinjecties' van een particuliere onderneming in de interne entiteit (d.w.z. bij voorbeeld door het kopen van aandelen, niet het verlenen van standaardleningen<sup>16</sup>), zelfs indien dit geen enkele operationele bijdrage inhoudt.

- De relevantie van potentiële toekomstige deelneming van privé-kapitaal

In het algemeen moet het bestaan van particuliere deelneming in het kapitaal van de onderneming waaraan de betrokken aanbesteding wordt gegund, onderzocht worden **op het ogenblik van de gunning**<sup>1718</sup>. Met de toekomstige openstelling van het kapitaal van

---

<sup>14</sup> "De deelneming, ook al is het slechts voor minder dan de helft, van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap waarin ook de betrokken aanbestedende dienst deelneemt, sluit daarentegen hoe dan ook uit dat die aanbestedende dienst op die vennootschap toezicht kan uitoefenen zoals op zijn eigen diensten." (Zaak C-26/03, Stadt Halle, punt 49).

<sup>15</sup> Zaak C-26/03, Stadt Halle, punt 50.

<sup>16</sup> Het zou niet als 'standaard' worden beschouwd indien de lening bij voorbeeld kan worden omgezet in aandelen van de interne entiteit als een mogelijkheid tot terugbetaling.

<sup>17</sup> Zaak C-26/03, Stadt Halle, punten 15 en 52, en C-573/07, Sea, punt 47.

<sup>18</sup> Uitzonderlijk kunnen speciale omstandigheden vereisen dat rekening wordt gehouden met feiten die zich voordoen na de datum waarop de betrokken overheidsopdracht was gegund. Dat geldt in het bijzonder wanneer aandelen van de opdrachtnemer, die voorheen in volledig bezit van de aanbestedende dienst was, aan een particuliere onderneming worden overgedragen kort nadat de betrokken opdracht aan deze onderneming was gegund door middel van een kunstgreep die



de onderneming wordt alleen rekening gehouden indien ten tijde van de gunning van een opdracht aan de onderneming een concreet kortetermijnperspectief van een dergelijke openstelling bestaat<sup>19</sup>.

De louter theoretische mogelijkheid dat een private partij deelneemt in het kapitaal van een dochteronderneming van een aanbestedende dienst, laat de "in house"-relatie tussen de aanbestedende dienst en zijn dochter onverlet<sup>20</sup>.

**Indien** echter op grond van de "in house"-uitzondering een opdracht aan de onderneming zou worden gegund zonder dat een aanbesteding wordt uitgeschreven, zou de latere verwerving van een belang in de onderneming door particuliere investeerders, op enig ogenblik tijdens de looptijd van de opdracht, een **wijziging van een basisvoorwaarde** van de gunning van de opdracht opleveren. In deze omstandigheden moet voor de opdracht een aanbesteding worden uitgeschreven<sup>21</sup>.

- 100% participatie van de publieke sector in het kapitaal van de interne entiteit

Omgekeerd moet het feit dat de aanbestedende diensten de volledige eigendom bezitten, worden beschouwd als een aanwijzing dat er sprake is van de controle die vereist is voor de "in house"-uitzondering, maar deze factor is *per se* niet beslissend<sup>22</sup>.

Deze aanwijzing wordt weerlegd wanneer aanbestedende diensten een vennootschap met winsttoegmerk oprichten die volledig onafhankelijk van hen staat. Dit wordt ook geïllustreerd door de zaak *Parking Brixen*, waar de entiteit ten tijde van de gunning eigendom van één aanbestedende dienst was, maar over een mate van zelfstandigheid beschikte<sup>23</sup> (zie volgende onderdeel), op basis waarvan het Hof de "in house"-status weigerde te erkennen.

### 3.2.2. *Eerste Teckal-criterium Het noodzakelijke toezicht op de interne entiteit (organisationale afhankelijkheid)*

De aanbestedende dienst moet over de interne entiteit "*toezicht zoals op zijn eigen diensten*"<sup>24</sup> uitoefenen. De manier waarop het toezicht wordt uitgeoefend, is niet relevant, d.w.z. het kan **door middel van particuliere of publieke bevoegdheden**. Bij de

---

bedoeld was om de toepasselijke EU-wetgeving te omzeilen (zie in dat verband zaak C-29/04, Commissie/Oostenrijk, Jurispr. 2005, I-9705, punten 38-41).

<sup>19</sup> Zaak Sea, punt 50.

<sup>20</sup> Zie "geïnstitutionaliseerde PPS"-mededeling van de Commissie, voetnoot 14. Dit standpunt is ondertussen door het Hof van Justitie bevestigd in zaak C-371/05, Commissie/Italië, Jurispr. 2008, blz. I-110, punt 29.

<sup>21</sup> Zaak Sea, punt 53.

<sup>22</sup> Zaak C-340/04, Carbotermo SpA en Consorzio Alisei/Comune di Busto Arsizio en AGESP SpA., Jurispr. 2006, blz. I-04137, punt 37: "*De omstandigheid dat de aanbestedende dienst alleen of tezamen met andere overheidsdiensten het volledige kapitaal van de vennootschap waaraan de opdracht wordt gegund in handen heeft, is niet beslissend, maar lijkt er toch op te wijzen dat zij op deze vennootschap toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten*".

<sup>23</sup> Zaak C-458/03, Parking Brixen GmbH/Gemeinde Brixen en Stadtwerke Brixen AG., Jurispr. 2005, blz. I-8585, punt 70.

<sup>24</sup> Zaak C-107/98, Teckal, punt 50.

beoordeling van het vereiste van toezicht zoals op eigen diensten "moet rekening worden gehouden met alle **relevante wetsbepalingen en omstandigheden**. [...] Het moet gaan om een **doorslaggevende invloed zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen**."<sup>25</sup>.

- In dat verband moet rekening worden gehouden met de volgende elementen.

Gezamenlijk toezicht op een interne entiteit door meerdere aanbestedende diensten

Het Hof heeft met betrekking tot het eerste *Teckal*-criterium nieuwe elementen vastgesteld in zijn *Coditel*-arrest. Het Hof heeft verduidelijkt dat alhoewel het toezicht op een interne entiteit effectief moet zijn, het niet individueel hoeft te zijn. Het heeft daarom het beginsel bevestigd dat het **toezicht in de zin van het eerste Teckal-criterium gezamenlijk kan worden uitgeoefend**.

Het Hof heeft deze ruimere interpretatie hoofdzakelijk gebaseerd op de redenering dat een striktere uitlegging van dit criterium de *Teckal*-vrijstelling ontoepasbaar zou maken in het merendeel van de gevallen waarin aanbestedende diensten samenwerken. In dezelfde geest heeft het Hof vastgesteld dat de **procedure die de toezichthoudende instanties gebruiken voor de collectieve besluitvorming, irrelevant is**. Bijvoorbeeld het gebruik van meerderheidsbesluitvorming staat de uitoefening van (gezamenlijk) toezicht door alle deelnemende aanbestedende diensten niet in de weg<sup>26</sup>. Daaruit volgt dat "wanneer een overheidsinstantie minderheidsaandeelhoudster wordt van een aandelenvennootschap waarvan het kapitaal volledig in handen is van de overheid, met het oog op de gunning, aan die vennootschap, van het beheer van een openbare dienst, het toezicht dat de aandeelhoudende overheidsinstanties op die vennootschap uitoefenen kan worden gekwalificeerd als toezicht zoals op hun eigen diensten indien het door die instanties gezamenlijk wordt uitgeoefend"<sup>27,28</sup>.

- De noodzakelijke omvang van de bevoegdheden ten aanzien van de interne entiteit

Om aan het eerste *Teckal*-criterium te voldoen moet de aanbestedende dienst voldoende toezicht behouden zodat hij de mogelijkheid heeft om de handelingsvrijheid van de betrokken entiteit te beperken.

In het arrest *Coditel* werd het feit dat de **beslissingsorganen** van de concessiehouder alleen **waren samengesteld** uit afgevaardigden van de aanbestedende diensten die aan de samenwerking deelnamen, beschouwd als een sterke aanwijzing van het bestaan van intern toezicht.

---

<sup>25</sup> Zaak C-458/03, *Parking Brixen*, punt 65; Zaak C-371/98, punt 24.

<sup>26</sup> C-324/07, *Coditel*, punt 51.

<sup>27</sup> C-573/07, *Sea*, punt 63.

<sup>28</sup> In zaak C-231/03, *Consortio Aziende Metano (Coname)/Comune di Cingia de' Botti*, *Jurispr.* 2005, blz. I-7287, was het Hof van oordeel dat een minderheidsbelang van 0.97% zo klein was dat het voor een gemeente onmogelijk was om intern toezicht uit te oefenen over de concessiehouder. In latere arresten heeft het Hof de mogelijkheid aanvaard dat verschillende aanbestedende diensten (die individueel misschien maar een klein minderheidsaandeel bezitten) gezamenlijk toezicht uitoefenen op de interne entiteit.

De **vennootschapsvorm** van de interne entiteit is *op zich* niet beslissend maar kan een aanwijzing vormen. In de zaak *Coditel* bij voorbeeld heeft het Hof beklemtoond dat de interne entiteit niet was opgericht in de vorm van een aandelenvennootschap of een naamloze vennootschap "*die onafhankelijk van haar aandeelhouders doelstellingen kan nastreven, maar in de vorm van een intercommunale coöperatieve vennootschap*". Volgens de toepasselijke nationale wet kunnen laatstgenoemde vennootschappen geen handelskarakter hebben<sup>29</sup>.

In de zaak *Carbotermo*<sup>30</sup> oordeelde het Hof dat het toezicht dat een aanbestedende dienst op een andere entiteit uitoefent, dat er alleen in bestaat dat de meerderheid van de aandeelhouders **krachtens het vennootschapsrecht over een marge beschikken**, mogelijk niet voldoende is om te kunnen worden omschreven als toezicht in de zin van het eerste *Teckal*-criterium. In een dergelijk geval zijn de mogelijkheden van de aanbestedende dienst om invloed uit te oefenen op de beslissingen van de betrokken entiteit, aanzienlijk beperkt<sup>31</sup>. Zo kan het ook zijn dat indien de aanbestedende dienst zijn invloed op de beslissingen van de entiteit alleen uitoefent door middel van een **holdingvennootschap**, dit tot een verzwakking van het eventuele toezicht door de aanbestedende dienst leidt. Bijgevolg is het mogelijk dat niet aan het eerste *Teckal*-criterium is voldaan<sup>32</sup>.

In de zaak *Sea*<sup>33</sup> was de interne entiteit een aandelenvennootschap. Hoewel deze vennootschapsvorm de mogelijkheid van intern toezicht niet in de weg stond, heeft het Hof een omstandig onderzoek gewijd aan de specifieke bevoegdheden waarover de aanbestedende diensten beschikten – in het bijzonder die bevoegdheden die hen in staat zouden stellen de bestuursorganen van de interne entiteit te controleren en die verder gaan dan de regels die normaal van toepassing zijn op een dergelijk toezicht in een aandelenvennootschap.

- De potentiële zelfstandigheid/marktgerichtheid van de interne entiteit

In de zaken *Coditel* en *Sea* was het Hof van oordeel dat indien de gecontroleerde entiteit een marktgerichte onderneming werd en over een mate van zelfstandigheid beschikte die het toezicht door de aanbestedende diensten onzeker maakt, niet langer aan het eerste *Teckal*-criterium voldaan zou zijn. In dit verband moet bijvoorbeeld rekening worden gehouden met de **geografische en materiële omvang** van de activiteiten van de gecontroleerde entiteit en met de **mogelijkheid die deze heeft om betrekkingen aan te knopen met ondernemingen uit de particuliere sector**<sup>34</sup>. Het gebrek aan marktgerichtheid van de gecontroleerde entiteit kan bij voorbeeld worden afgeleid uit het feit dat de **geografische omvang** van de activiteiten van de gecontroleerde entiteit beperkt is tot het grondgebied van de aanbestedende diensten die de entiteit bezitten, en de **activiteitsfeer** ervan (met andere woorden de nagestreefde doelen)<sup>35</sup> beperkt blijft

---

<sup>29</sup> Coditel, punt 37.

<sup>30</sup> Zie voetnoot 22.

<sup>31</sup> Carbotermo, punt 38, Parking Brixen 70.

<sup>32</sup> Carbotermo, punten 38 en 39.

<sup>33</sup> Zie voetnoot 27.

<sup>34</sup> C-324/07, Coditel, punt 36; C-573/07, Sea, punt 73.

<sup>35</sup> Coditel, punt 38; Sea, punten 74-76.

tot de uitvoering van taken voor die aanbestedende diensten. Deze test gaf aanleiding tot de vaststelling, dat er sprake was van intern toezicht in de zaken *Coditel* en *Sea*, en van het tegendeel in de zaak *Parking Brixen*.

De gecontroleerde entiteit mag **betrekkingen met ondernemingen in de privé-sector** aangaan op voorwaarde dat deze bijkomstig blijven ten opzichte van de hoofdactiviteit van de entiteit, namelijk het beheer van openbare diensten<sup>36</sup>. Een volledig verbod van betrekkingen met de privé-sector zou het tweede *Teckal*-criterium zinledig maken.

Bijvoorbeeld: indien de hoofdactiviteit van de interne entiteit afvalophaling voor de toezichthoudende aanbestedende dienst is en gescheiden afvalophaling inhoudt, kan dit als nevenactiviteit vereisen dat een aantal categorieën van de teruggewonnen stoffen met het oog op recycling worden doorverkocht aan gespecialiseerde entiteiten van de privé-sector<sup>37</sup>.

3.2.3. *Tweede Teckal-criterium: De werkzaamheden van de interne entiteit moeten voor het merendeel beperkt blijven tot de taken die door de controlerende entiteit/entiteiten zijn toegewezen (economische afhankelijkheid)*

Om aanspraak te maken op de "in house"-uitzondering moet de gecontroleerde entiteit het **merendeel van haar werkzaamheden** verrichten met de controlerende aanbestedende dienst of diensten. Dit criterium heeft tot doel te waarborgen dat het EU-aanbestedingsrecht van toepassing blijft ingeval een door een of meer aanbestedende diensten gecontroleerde onderneming op de markt werkzaam is en dus met andere ondernemingen kan concurreren<sup>38</sup>.

In *Carbotermo* was het Hof van Justitie van oordeel dat de op omzet gebaseerde drempel van 80%, waarin de richtlijn nutsbedrijven voorziet, boven welke verbonden ondernemingen buiten de werkingssfeer van die richtlijn kunnen vallen, niet kan worden gebruikt als referentie voor de richtlijn publieke sector<sup>39</sup>.

In hetzelfde arrest verstrekte het Hof echter belangrijke toelichting bij de term "merendeel van de werkzaamheden"<sup>40</sup>. Volgens het Hof is aan dit criterium alleen voldaan indien de activiteiten van de interne entiteit zich **hoofdzakelijk** toespitsen op de aanbestedende dienst. Elke andere activiteit zou slechts **marginaal** mogen zijn.

Van belang voor deze evaluatie zijn **alle werkzaamheden die de interne entiteit verricht in het kader van een door de aanbestedende dienst gegunde opdracht. Deze beoordeling geldt** ongeacht de identiteit van de begunstigde (ongeacht of de

---

<sup>36</sup> C-573/07, *Sea*, punten 79-80.

<sup>37</sup> C-573/07, *Sea*, punt 78.

<sup>38</sup> *Carbotermo*, punt 60.

<sup>39</sup> *Carbotermo*, punt 55. (Dit arrest had betrekking op de "oude" richtlijn nutsbedrijven (93/38). Artikel 23 van de "nieuwe" richtlijn nutsbedrijven (2004/17/EG) voorziet echter ook in een op omzet gebaseerde drempel van 80%, boven welke de opdrachten die aan zogenaamde verbonden ondernemingen worden gegund, buiten de werkingssfeer van die richtlijn kunnen vallen.)

<sup>40</sup> *Carbotermo*, punten 63-68.

aanbestedende dienst zelf dan wel de gebruiker van die activiteiten profiteert), ongeacht wie de opdrachtnemer betaalt (de controlerende dienst dan wel derden-gebruikers van de diensten) en ongeacht het grondgebied waarop deze diensten worden verricht.

Wanneer de interne entiteit gezamenlijk wordt gecontroleerd door verschillende aanbestedende diensten, kan aan de voorwaarde met betrekking tot het "merendeel van de werkzaamheden" voldaan zijn indien deze interne entiteit die werkzaamheden verricht, niet noodzakelijk met een van die aanbestedende diensten maar met alle aanbestedende diensten samen. Bijgevolg **moet in het geval van een interne entiteit die door meerdere aanbestedende diensten wordt gecontroleerd, rekening worden gehouden met die werkzaamheden die het met al deze aanbestedende diensten samen verricht**<sup>41</sup>.

#### 3.2.4. *Bijkomende open vragen met betrekking tot situaties met interne entiteiten*

De volgende vragen zijn nog niet expliciet behandeld in de rechtspraak van het Hof maar zouden zich in de praktijk op de volgende manier kunnen voordoen:

- Is het mogelijk privé-kapitaal te hebben in de controlerende entiteit?

De vraag inzake potentieel privé-kapitaal in de controlerende entiteit kan zich voordoen in het geval van publiekrechtelijke instellingen en het is niet uitgesloten dat deze nog steeds in staat zullen zijn een intern toezicht uit te oefenen op een andere entiteit.

- Is een opwaartse ("bottom-up") gunning van een opdracht mogelijk (waarbij de gecontroleerde entiteit een opdracht gunt aan de moederentiteit)?

In het geval van een "bottom up"-gunning blijft de "in house"-logica relevant, namelijk dat er geen sprake is van twee entiteiten met een zelfstandige wil.

- Zijn opdrachten tussen "in-house"-zusterentiteiten (twee interne entiteiten die door dezelfde moederentiteit worden gecontroleerd) mogelijk?

In het geval van "opdrachten tussen interne zusters" is er geen van de twee entiteiten die de andere controleert maar worden beide door dezelfde moederentiteit gecontroleerd. Op basis van de "in house"-rechtspraak lijken normale overheidsopdrachten tussen deze entiteiten (de "in house"-zusterentiteiten) niet te worden uitgesloten van de toepassing van de aanbestedingsregels aangezien geen van beide de andere controleert. Formeel gezien zou de "in house"-rechtspraak kunnen worden toegepast indien bij voorbeeld een aanbestedende dienst, die twee "in house"-entiteiten in zijn bezit en onder zijn controle heeft, bepaalde goederen uit een van zijn interne ondernemingen bestelt en leveringen verstrekt aan de andere.

---

<sup>41</sup> Carbotermo, punten 70-71.

### 3.3. Niet-geïstitutionaliseerde/Horizontale samenwerking om gezamenlijk openbare taken te vervullen<sup>42</sup>

#### 3.3.1. *De wezenlijke kenmerken van een horizontale samenwerking tussen aanbestedende diensten die buiten de toepassing van de EU-aanbestedingsregels valt*

Met zijn *Hamburg*-arrest<sup>43</sup> heeft het Hof publiek-publieke samenwerking eveneens aanvaard buiten het concept van gebruik van gezamenlijk gecontroleerde interne entiteiten. Het Hof merkte op dat het EU-recht overheidsinstanties geen bijzondere rechtsvorm voorschrijft inzake de gemeenschappelijke uitoefening van hun taken van algemeen belang<sup>44</sup>. Ten behoeve van dit document wordt deze vorm van samenwerking omschreven als 'niet-geïstitutionaliseerde' of 'horizontale' samenwerking, waarbij verschillende aanbestedende diensten betrokken zijn.

Tot op heden is dit het enige arrest van het Hof geweest over publiek-publieke samenwerking waarbij geen sprake was van gezamenlijk gecontroleerde interne entiteiten. Om tot zijn conclusie te komen blijkt het Hof te zijn uitgegaan van diverse individuele omstandigheden die in dit bijzondere geval relevant waren.

Niettemin lijkt het rekening houdend met de elementen van het arrest die van algemeen belang zouden kunnen zijn, redelijk eruit te concluderen dat aanbestedende diensten horizontale samenwerking onderling kunnen instellen (zonder een gezamenlijk gecontroleerde interne entiteit op te richten), waarbij overeenkomsten worden gesloten die niet onder het EU-aanbestedingsrecht vallen, indien ten minste aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- bij de overeenkomst zijn alleen aanbestedende diensten betrokken, er is geen deelneming van privékapitaal<sup>45</sup>;
- de overeenkomst heeft als eigenschap dat het gaat om een echte samenwerking die, anders dan bij een normale overheidsaanbesteding, de gezamenlijke vervulling van een gemeenschappelijke taak tot doel heeft; en
- hun samenwerking berust alleen op overwegingen die verband houden met het openbaar belang.

---

<sup>42</sup> Het Hof heeft deze term bij de vermelding in zijn arrest niet specifiek omschreven. Het begrip blijft dus open indien het betrekking heeft op taken (i) die in werkelijkheid worden vervuld door de aanbestedende dienst, (ii) die deze wettelijk gezien kan vervullen, of (iii) waartoe hij wettelijk verplicht is. De diensten van de Commissie zijn van mening dat het mogelijk is dit begrip ruim te interpreteren.

<sup>43</sup> Zie voetnoot 6.

<sup>44</sup> Idem, punt 47.

<sup>45</sup> In het *Hamburg*-arrest sprak het Hof over 'openbare instanties' maar naar mening van de diensten van de Commissie zou deze horizontale samenwerking kunnen openstaan voor alle categorieën van aanbestedende diensten, d.w.z. dus ook voor publiekrechtelijke lichamen. Anderzijds is het logische gevolg van het criterium dat er bij deze horizontale samenwerking geen privé-kapitaal betrokken mag zijn, dat die mogelijkheid niet zou bestaan voor die publiekrechtelijke lichamen waarbij privé-kapitaal betrokken is.

### 3.3.2. *Onderscheid tussen echte 'samenwerking' en een normale overheidsopdracht*

Volgens het *Hamburg*-arrest heeft samenwerking tot doel **de gemeenschappelijke uitoefening te verzekeren van een openbare taak die alle partners in de samenwerking moeten vervullen**. Deze gezamenlijke uitvoering wordt gekenmerkt door deelname en wederzijdse verplichtingen van de contractpartners, hetgeen leidt tot wederzijdse synergieën. Dit betekent niet noodzakelijk dat elk van de samenwerkende partners op gelijke basis deelneemt aan de werkelijke vervulling van de taak – de samenwerking kan gebaseerd zijn op een verdeling van taken of op een of andere specialisatie. Toch moet het contract een **gemeenschappelijk doel** dienen, namelijk de gezamenlijke uitvoering van dezelfde taak.

Bijvoorbeeld: indien de samenwerkende partners afvalverwerking als gemeenschappelijk doel stellen, kunnen zij de desbetreffende taken verdelen, zodat de ene voor ophaling en de andere voor verbranding van het afval zorgt.

Uit een algemene studie van de rechtspraak blijkt ook dat de overeenkomst het karakter van een echte samenwerking moet hebben, in tegenstelling tot een normale overheidsopdracht waarin één partij een bepaalde taak tegen betaling vervult<sup>46</sup>. Een dergelijke eenzijdige toewijzing van een taak door één aanbestedende dienst aan een andere kan niet als samenwerking worden beschouwd.

Bijvoorbeeld: de levering van elektriciteit aan de administratieve gebouwen van een stad door een nutsbedrijf van een andere stad zonder voorafgaand aanbestedingsproces.

Samenwerking steunt op overwegingen die verband houden met het nastreven van doelstellingen in het algemeen belang. Hoewel er dus wederzijdse rechten en verplichtingen kunnen bestaan, kan er geen sprake zijn van andere **financiële overdrachten** tussen de samenwerkende partners dan die welke overeenstemmen met de vergoeding van **werkelijke** kosten van de werken/diensten/leveringen: levering van diensten tegen betaling is een kenmerk van overheidsopdrachten die onder de EU-aanbestedingsregels vallen.

### 3.3.3. *Mogelijke beperkingen met betrekking tot activiteiten op de commerciële markt*

Het Hof heeft verklaard dat de samenwerking alleen op overwegingen van openbaar belang gebaseerd mag zijn. Er zou dus geen vrijstelling gelden indien de samenwerking wordt bestuurd, d.w.z. in hoofdzaak bepaald, door andere, in het bijzonder commerciële, overwegingen. Daarom zouden de samenwerkende partners in beginsel geen activiteiten op de markt als onderdeel van de samenwerking mogen verrichten. De samenwerkingsovereenkomst mag met andere woorden geen activiteiten inhouden die op de open markt worden aangeboden<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Zie zaak C-275/08 Commissie/Duitsland, Jurispr. 2009, blz. I-168.

<sup>47</sup> Waar een dergelijke volledige uitsluiting om praktische redenen zou indruisen tegen het algemeen openbaar belang dat de samenwerking beheerst (bv. economisch redelijk gebruik van hulpbronnen), zou een strikt bijkomstige en marginale activiteit met entiteiten die niet aan de

Bijvoorbeeld: indien de samenwerkende partners in de zaak *Hamburg* een afvalverbrandingsinstallatie hadden gebouwd met een capaciteit die hun behoeften te boven ging, met het doel de reservecapaciteit op de open markt met winst te verkopen, dan zou hun samenwerking niet alleen gebaseerd zijn op overwegingen en behoeften met betrekking tot het openbare belang.

### 3.4. Samenvatting

Gelet op wat voorafgaat, kan als vaststaand worden aangenomen dat normale overheidsopdrachten tussen aanbestedende diensten onderworpen blijven aan de aanbestedingsverplichtingen (d.w.z. de aankoop van bepaalde diensten van een andere aanbestedende dienst). Aanbestedende diensten kunnen echter structuren opzetten om onderling samen te werken, al dan niet in geïnstitutionaliseerde vorm<sup>48</sup>.

De diensten van de Commissie zijn van mening dat de twee vormen van verticale en horizontale publiek-publieke samenwerking voor aanbestedende diensten gelijkelijk ter beschikking staan om buiten de toepassings sfeer van het EU-aanbestedingsrecht de uitvoering van hun openbare taken te organiseren. Het Hof heeft duidelijk bevestigd dat het EU-recht overheidsinstanties geen bijzondere rechtsvorm voorschrijft voor de gemeenschappelijke uitoefening van hun taken van algemeen belang. Hoewel het gaat om twee structureel verschillende soorten van publiek-publieke samenwerking die buiten het EU-aanbestedingsrecht vallen, hebben zij toch een aantal kenmerken gemeen.

- Gebruik van eigen middelen in samenwerking met anderen

Een aanbestedende dienst kan taken van openbaar belang met zijn eigen middelen verrichten, zonder gebruik te maken van entiteiten buiten zijn eigen diensten, en kan dit doen in samenwerking met andere aanbestedende diensten<sup>49</sup>, ofwel in een

---

samenwerking deelnemen, kunnen worden aanvaard (bv. redelijk gebruik van toevallige reservecapaciteit).

<sup>48</sup> Er is geargumenteed dat de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon deze rechtspraak van het Hof in een ander licht stelt. Het is waar dat het Europese rechtstelsel in zijn geheel met het verdrag van Lissabon belangrijke veranderingen ondergaat waarmee rekening moet worden gehouden bij de interpretatie van secundaire EU-wetgeving. Een van de relevante wijzigingen ten gevolge van het Verdrag van Lissabon is de erkenning van regionaal en lokaal zelfbestuur (artikel 4, lid 2, VEU). Voorts erkent artikel 1 van het protocol (nr. 26) betreffende de diensten van algemeen belang de essentiële rol en de ruime discretionaire bevoegdheid van de nationale, regionale en lokale autoriteiten om diensten van algemeen economisch belang te verrichten, te doen verrichten en te organiseren op een manier die zoveel mogelijk in overeenstemming is met de behoeften van de gebruikers. Deze bepalingen bevestigen het recht van de autoriteiten om te beslissen hoe zij diensten verrichten die zij verplicht zijn aan het publiek te leveren. Anderzijds is het bestaan van dit recht zelfs in het verleden niet betwist maar het is duidelijk geworden dat het moet worden uitgeoefend in overeenstemming met andere bepalingen van EU-recht. Bepaalde keuzen van aanbestedende diensten kunnen dus inhouden dat het EU-aanbestedingsrecht moet worden nageleefd. Het EU-recht dwingt aanbestedende diensten niet hun diensten te externaliseren maar moet ervoor zorgen dat, indien aanbestedende diensten besluiten een afzonderlijke – publieke of private – entiteit op commerciële basis aan te spreken, dit op transparante en niet-discriminerende wijze geschiedt.

<sup>49</sup> Coditel, punten 48 en 49; Hamburg, punt 45.



geïstitutionaliseerde samenwerking door middel van een gezamenlijk gecontroleerde interne entiteit, ofwel zonder daarvoor een geïstitutionaliseerde vorm te gebruiken.

- Alleen aanbestedende diensten nemen deel; er is geen privé-kapitaal betrokken

In de tweede plaats komt uit de rechtspraak van het Hof<sup>50</sup> duidelijk naar voren dat een publiek-publieke samenwerking volledig publiek moet blijven, wil zij in aanmerking komen voor vrijstelling van toepassing van de EU-aanbestedingsregels. Derhalve zal deelneming van privé-kapitaal in een van de samenwerkende entiteiten eraan in de weg staan dat de samenwerking aanspraak kan maken op vrijstelling van de aanbestedingsregels<sup>51</sup>.

- Geen marktgerichtheid

Indien de samenwerkende entiteiten marktgericht zijn, staan zij in directe concurrentie met privé-exploitanten, met dezelfde of vergelijkbare handelsoogmerken en -instrumenten. Samenwerking die vrijgesteld is van toepassing van de aanbestedingsregels en die het vervullen van een openbare taak beoogt, mag alleen betrekking hebben op entiteiten die in hoofdzaak niet met een handelsoogmerk werkzaam zijn op de markt. Dit vloeit in de eerste plaats voort uit het feit dat de samenwerkende partners aanbestedende diensten moeten zijn. Hun status van openbare instantie houdt in dat er grenzen zijn aan hun activiteiten, terwijl publiekrechtelijke instellingen moeten zijn "opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard".

In een verticale samenwerking moet de interne entiteit het merendeel van haar werkzaamheden voorts verrichten voor de aanbestedende diensten die controle op haar uitoefenen. Elke activiteit op de markt moet marginaal blijven ten opzichte van deze kernactiviteiten omdat een mogelijke marktgerichtheid de gezamenlijke controle die in het geval van een verticale samenwerking vereist is, onzeker zou maken.

Wat horizontale samenwerking betreft, heeft het Hof verklaard dat zolang de samenwerking tussen overheidsinstanties uitsluitend wordt beheerst door overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang, dit geen afbreuk doet aan de voornaamste doelstelling van de EU-regels inzake overheidsopdrachten, te weten een vrij verkeer van diensten en de totstandkoming van een onvervalste mededinging in alle lidstaten<sup>52</sup>. Dit is het geval indien de samenwerking niet op commerciële overwegingen berust.

- Soort relatie tussen de samenwerkende partners

In het *Hamburg*-arrest heeft het Hof beklemtoond dat het EU-recht niet vereist dat aanbestedende diensten een bijzondere rechtsvorm gebruiken om hun taken van openbare belang gezamenlijk uit te oefenen. Hoewel er geen dergelijke vereiste bestaat, moet met

---

<sup>50</sup> Zaak C-26/03, Stadt Halle.

<sup>51</sup> Stadt Halle; Hamburg, punten 44 en 47.

<sup>52</sup> Hamburg, punt 47.

betrekking tot de twee vormen van verticale en horizontale publiek-publieke samenwerking worden opgemerkt dat de relatie tussen de samenwerkende entiteiten van verschillende aard is en moet worden onderzocht.

Bij een geïnstitutionaliseerde samenwerking kan de aanwezigheid van (gezamenlijke) interne controle ertoe leiden dat zelfs een overeenkomst die in normale omstandigheden onder de aanbestedingsregels zou vallen, van de toepassing daarvan kan worden vrijgesteld. De "in house"-uitzondering heeft met andere woorden betrekking op een overheidsopdracht voor de vervulling van een taak tegen betaling, die anderszins onder die regels zou vallen.

In het geval van een niet-geïnstitutionaliseerde samenwerking is het daarentegen belangrijk, om het onderscheid te maken ten opzichte van een normale overheidsopdracht, dat er sprake is van een samenwerking met wederzijdse rechten en verplichtingen die verder gaan dan "het tegen betaling uitvoeren van een taak", en dat het doel van de samenwerking niet van commerciële aard is.

## Overzichtstabel

### I. Overheidsopdracht tussen zelfstandige aanbestedende diensten → toepassing van aanbestedingsregels

### II. Openbare taak gezamenlijk verricht door aanbestedende diensten die eigen middelen gebruiken

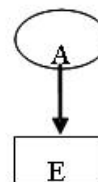
#### a) Interne controle (gunning van een opdracht door een aanbestedende dienst aan zijn interne entiteit)

#### 3 gemeenschappelijke voorwaarden

- geen privé-kapitaal in de interne entiteit
- aanbestedende dienst (of aanbestedende diensten gezamenlijk) oefent over de interne entiteit een controle uit die vergelijkbaar is met die welke hij uitoefent op de eigen departementen
- de interne entiteit voert het merendeel van haar werkzaamheden uit voor de controlerende aanbestedende dienst of diensten

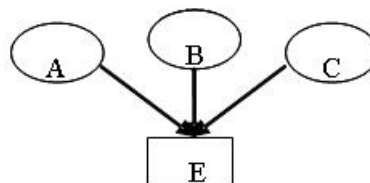
Een aanbestedende dienst controleert zijn eigen interne entiteit

A is een aanbestedende dienst en E is een afzonderlijke juridische entiteit die zowel in organisatoneel als economisch opzicht afhangt van A



Verschillende aanbestedende diensten controleren gezamenlijk een interne entiteit

A, B en C zijn aanbestedende diensten en E is een afzonderlijke juridische entiteit die zowel organisatoneel als economisch afhangt van de drie aanbestedende diensten.



#### b) Samenwerking tussen aanbestedende diensten zonder oprichting van een specifieke structuur

#### 3 voorwaarden:

- bij de overeenkomst zijn alleen aanbestedende diensten betrokken, er is geen deelneming van privé-kapitaal;

- de overeenkomst heeft als eigenschap dat het gaat om een echte samenwerking die, anders dan bij een normale overheidsaanbesteding, de gezamenlijke uitvoering van een gemeenschappelijke taak tot doel heeft;
- de samenwerking berust alleen op overwegingen die verband houden met het openbaar belang.

#### **4. OPENBARE TAAK VERVULD MET EXTERNE MIDDELEN – ANDERE PUBLIEK-PUBLIEKE BETREKKINGEN**

Dit onderdeel behandelt situaties waarin de taak van openbaar belang die aan een aanbestedende dienst is toegewezen, uiteindelijk wordt uitgevoerd met externe middelen van de aanbestedende dienst. Dit kan het geval zijn wanneer de **bevoegdheid** voor de gegeven openbare taak als dusdanig wordt overgedragen aan een andere overheidsinstantie. De **uitvoering** van een gegeven taak kan ook aan een andere entiteit worden toevertrouwd. Dit kan gedaan worden (i) zonder contractuele banden in te stellen, of (ii) door een beroep te doen op een andere aanbestedende dienst die een uitsluitend recht geniet, of (iii) door gezamenlijke aanbesteding met andere aanbestedende diensten of door middel van aankoopcentrales.

##### **4.1. De herverdeling van bevoegdheden tussen overheidsinstanties**

Wettelijke bevoegdheid voor een openbare taak kan begrepen worden als de uitsluitende verplichting en recht om deze taak te vervullen met eigen administratieve, technische en andere middelen of door een beroep te doen op externe entiteiten. De term bevoegdheid voor een gegeven openbare taak omvat het officiële gezag dat nodig is om het regelgevingskader te bepalen voor de vervulling van de taken op het desbetreffende gezagsniveau.

Het organiseren van de nationale administratie valt als dusdanig niet binnen de bevoegdheden van de EU. Bijgevolg staat het aan elke lidstaat zijn administratie te (re)organiseren en – als onderdeel van deze reorganisatie – de overdracht van bevoegdheden voor bepaalde openbare taken van de ene naar de andere overheidsinstantie mogelijk te maken. (Van nature zijn in het hier omschreven proces geen entiteiten met privé- of gemengd kapitaal betrokken.)

De aanbestedingsregels hebben tot doel situaties te regelen waarin een aanbestedende dienst goederen, diensten of werken aanschaft, d.w.z. de output van bepaalde economische activiteiten aankoopt om te voorzien in zijn eigen behoeften of die van burgers. Een aanbestedende dienst die alle bevoegdheden voor een bepaalde openbare taak overdraagt, koopt geen enkele dienst voor zijn eigen behoefte. De verantwoordelijkheid voor een bepaalde taak wordt integendeel overgeheveld naar een andere entiteit.

De overdracht van bevoegdheid voor een bepaalde openbare taak van een aanbestedende dienst naar een andere valt niet onder de aanbestedingsregels, die deels gebaseerd zijn op artikel 56 VWEU (oud artikel 49 VEG), namelijk het vrij verrichten van diensten.

Het overdragen van bevoegdheid voor een bepaalde openbare taak van een overheidsinstantie naar een andere betekent dat zowel het officiële gezag als de bijbehorende economische activiteiten worden overgedragen. Op het gebied van afvalbeheer bij voorbeeld houdt de overdracht van alle bevoegdheden in dat het recht tot bepaling van de tarieven, vaststelling van de regels voor het ophalen, sorteren en verwerken van afval, alsmede het recht tot beheer en ten slotte uitvoering van de taak overeenkomstig deze regels, worden overgedragen. Al deze rechten vormen het officiële gezag. Onderdeel van deze rechten is het recht om te bepalen hoe de concrete economische activiteiten die nodig zijn voor de vervulling van de openbare taak (bv. ophaling, vervoer, opslag, verwijdering en recycling van afval), moeten worden verricht: ofwel door de overheidsinstantie zelf ofwel door een daartoe gemachtigde derde partij.

Alhoewel er zich in de lidstaten situaties voordoen waarin bevoegdheid wordt overgedragen, wordt dit noch door EU-wetgeving noch in de rechtspraak van het Hof van Justitie uitdrukkelijk erkend.

Het Hof heeft in één zaak<sup>53</sup> melding gemaakt van overdracht van officieel gezag, waarbij een lidstaat zich beriep op de overdracht van bevoegdheden van een overheidsinstantie aan een derde persoon. Volgens deze rechtspraak heeft de overdracht van bevoegdheden **niet** plaatsgevonden indien

- de overheidsinstantie die oorspronkelijk bevoegd is, hoofdverantwoordelijke blijft voor een project omdat zij een wettelijke verplichting heeft waaraan zij zich niet kan onttrekken;
- de nieuwe entiteit wettelijk alleen dan geldig kan handelen nadat de oorspronkelijk bevoegde overheidsinstantie haar goedkeuring heeft verleend, en
- de nieuwe entiteit door de oorspronkelijk bevoegde overheidsinstantie wordt gefinancierd voor het vervullen van haar taken, met als gevolg dat zij geen manoeuvreerruimte heeft.

Het onderscheidende kenmerk voor de overdracht van bevoegdheden van de ene naar de andere overheidsinstantie als onderdeel van de reorganisatie van overheidsdiensten is in dit verband de volledigheid van de overdracht. De instantie die bevoegdheid overdraagt, behoudt geen enkele verantwoordelijkheid. De begunstigde van de overdracht moet de bevoegdheid zelfstandig en op eigen verantwoordelijkheid uitoefenen.

In het bijzonder behoudt de overdragende entiteit het recht niet om te regelen hoe de economische activiteiten die in het kader van de respectievelijke openbare taak worden ondernomen, moeten worden verricht. Deze economische taken worden uitgevoerd onder het gezag van de begunstigde van de overdracht.

---

<sup>53</sup> Zaak C-264/03, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 2005, blz. I-8831, punt 54. Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Maduro van 24 november 2004, punten 39-41.

Dit sluit echter niet uit dat de overdragende entiteit enige invloed kan uitoefenen op de wijze waarop de vervulling van de desbetreffende openbare taak concreet wordt georganiseerd. In feite kunnen ambtenaren van de overdragende entiteit deel uitmaken van de uitvoerings- of bestuursorganen van de instantie waaraan de bevoegdheid voor de betrokken openbare taak is overgedragen. De overdragende instantie kan ook het recht behouden om bepaalde informatie te ontvangen.

Bijgevolg kan worden geconcludeerd dat het EU-aanbestedingsrecht niet van toepassing zou zijn, indien bijvoorbeeld verschillende overheidsinstanties zouden besluiten een nieuwe entiteit op te richten waaraan zij een bepaalde bevoegdheid volledig overdragen, of indien een overheidsinstantie zou besluiten haar bevoegdheid over te dragen aan een reeds bestaande entiteit en de begunstigde instantie de openbare taak dan volledig zelfstandig en onder eigen verantwoordelijkheid zou vervullen en ook de overdragende overheidsinstanties geen enkele controle over de dienst zouden behouden.

#### **4.2. De niet-contractuele toewijzing van taken**

De EU-aanbestedingsrichtlijnen berusten op de aanname dat er een overeenkomst bestaat, met noodzakelijkerwijs minstens twee juridisch onderscheiden entiteiten die zelfstandig beslissingen kunnen nemen<sup>54</sup>. Een overeenkomst berust in wezen op wilsovereenstemming, hetgeen inhoudt dat de partijen bij de overeenkomst in staat zijn te beslissen of zij de contractuele band wensen aan te gaan dan wel te verbreken<sup>55</sup>. Een andere aanwijzing inzake het bestaan van een overeenkomst is de bekwaamheid van de partijen om te onderhandelen over de eigenlijke inhoud van de te leveren diensten en de tarieven van deze diensten<sup>56</sup>. Een overeenkomst houdt een synallagmatische relatie in. Indien er geen overeenkomst is, zijn de EU-aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing. Indien een entiteit een werkzaamheid verricht krachtens verplichtingen die voortvloeien uit nationale wet, en die geen contractuele basis hebben, valt zij volgens de rechtspraak van het Hof niet onder de EU-aanbestedingsrichtlijnen.

In de zaak *Tragsa*<sup>57</sup> meer in het bijzonder was het Hof van oordeel dat Tragsa, een overheidsbedrijf, krachtens de toepasselijke nationale wet geen vrijheid had om een toegewezen taak, of het tarief voor zijn diensten, te aanvaarden, maar bij wet verplicht was de opdrachten van de aanbestedende dienst uit te voeren, voor zover het een instrumenteel middel en een technische dienst van deze instantie vormde. Het Hof oordeelde dat de betrekkingen van Tragsa met de aanbestedende instanties die gebruik maakten van zijn diensten, niet van contractuele aard waren, maar in alle opzichten van interne, afhankelijke en ondergeschikte aard<sup>58</sup>. Bijgevolg waren de EU-aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing op deze betrekking.

---

<sup>54</sup> Teckal, punt 51.

<sup>55</sup> Zaak C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)/Transformación Agraria SA (Tragsa) en Administración del Estado, Jurispr. 2007, blz. I-2999, punt 54, en zaak C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia/Administración General del Estado, Jurispr. 2007, blz. I-12175, punt 55.

<sup>56</sup> Zie ibidem.

<sup>57</sup> Zaak C-295/05, Tragsa.

<sup>58</sup> Zaak C-295/05, punt 51.

Toch moet worden opgemerkt dat de toepassing van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie niet afhankelijk is van het bestaan van een overeenkomst. Het Verdrag is van toepassing wanneer een aanbestedende dienst "*een derde belast met de verrichting van economische activiteiten*"<sup>59</sup>. Het Hof erkent daarentegen ook de "in-house"-uitzondering in het kader van het Verdrag.

### 4.3. De verhouding tussen aanbestedingsregels en bepaalde uitsluitende rechten

Indien een aanbestedende dienst een alleenrecht geniet in de zin van artikel 18 van Richtlijn 2004/18/EG, kunnen andere aanbestedende diensten de respectieve opdrachten voor diensten alleen aan deze entiteit gunnen. De belangrijkste reden voor de invoering van deze bepaling was het vermijden van concurrerende gunningsprocedures in gevallen waarin de betrokken aanbesteding – wegens het bestaan van een alleenrecht – uiteindelijk slechts aan één entiteit kon worden gegund.

In het algemene debat kan de term "uitsluitend recht" slaan op erg uiteenlopende fenomenen gaande van het voorbehouden van een hele bedrijfssector aan de overheid tot de exclusieve toewijzing van één specifieke taak aan één specifieke onderneming. Niet elk uitsluitend recht rechtvaardigt echter dat de gunning van een overheidsopdracht wordt vrijgesteld. Artikel 18 bepaalt dat het desbetreffende alleenrecht moet zijn verleend bij wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling en dat deze bepaling bekendgemaakt moet zijn en verenigbaar met het Verdrag. Voorts **heeft artikel 18 alleen betrekking op rechten die aan bijzondere overheidsinstanties zijn verleend om op basis van een alleenrecht bepaalde diensten te verlenen aan de overheidssector**. De beperking van deze uitzondering tot opdrachten die gegund worden aan entiteiten die zelf aanbestedende diensten zijn, verzekert concurrerende aanbestedingen op stroomafwaartse markten aangezien de aanbestedende dienst die het uitsluitende recht geniet, voor zijn eigen aanschaffingen de EU-aanbestedingsrichtlijnen moet nakomen.

- Verenigbaarheid met het Verdrag

De bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling moet verenigbaar zijn met de desbetreffende regels van het Verdrag, in het bijzonder de artikelen 49 (oud artikel 43 VEG) en 56 (oud artikel 49 VEG) van het VWEU en met de regels en beginselen die uit die artikelen voortvloeien. Deze regels en beginselen behelzen non-discriminatie, transparantie, evenredigheid, wederzijdse erkenning en de bescherming van rechten van particulieren.

Een uitsluitend recht, dat per definitie de vrijheid van dienstverrichting van andere entiteiten beperkt, is alleen onder bepaalde voorwaarden gerechtvaardigd<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> Zaak Parking Brixen, punt 61.

<sup>60</sup> Zaak C-203/08, *The Sporting Exchange Ltd*, handelend onder de naam *Betfair/Minister van Justitie*, 2010, nog niet gepubliceerd, punten 23-25; C-124/97, *Markku Juhani Läärrä, Cotswold Microsystems Ltd en Oy Transatlantic Software Ltd/Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä)* en *Suomen valtio*, Jurispr. 1999, blz. I-6067, punten 29-31; C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Professional en Bwin International Ltd/Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, Jurispr. 2009, blz. I-7633, punten 52-55.

Het uitsluitend recht moet derhalve gerechtvaardigd zijn door een uitdrukkelijk in het Verdrag genoemde uitzondering (uitoefening van het openbaar gezag (artikel 51 VWEU (oud artikel 45 VEG)), openbare orde, openbare veiligheid of openbare gezondheid (artikel 52 VWEU (oud artikel 46 VEG)) of in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof, door dwingende redenen van algemeen belang, die geschikt moeten zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, niet verder mogen gaan dan wat ter bereiking van dat doel noodzakelijk is en in elk geval zonder discriminatie moeten worden toegepast<sup>6162</sup>.

- Vereist het niet-discriminatiebeginsel dat uitsluitende rechten op basis van concurrentie worden verleend?

Zoals vermeld, heeft artikel 18 betrekking op rechten die aan bepaalde overheidsinstanties verleend zijn om op basis van een alleenrecht bepaalde diensten te verlenen aan de overheidssector. Indien de rechtvaardiging voor de beperking van het vrij verrichten van diensten een dwingende reden van algemeen belang is, moet onder meer worden voldaan aan de voorwaarde dat de betrokken maatregel niet-discriminerend moet zijn. Dit betekent in het algemeen dat geen enkele particuliere entiteit een voordeligere positie zou mogen krijgen dan haar concurrenten. Ingeval een exclusief recht zou worden verleend aan een aanbestedende dienst met gebruik van privé-kapitaal (hetgeen zich kan voordoen in het geval van een publiekrechtelijke instelling), kan men zich moeilijk inbeelden hoe aan dit beginsel kan worden voldaan zonder transparante procedure waardoor gelijke behandeling wordt gegarandeerd<sup>63</sup>. Anderzijds zou dit in het licht van de geschiedenis en het doel van artikel 18 en van recente rechtspraak over vergelijkbare situaties misschien niet noodzakelijk zijn, indien de begunstigde van het exclusieve recht een overheidsinstantie is, zoals een aanbestedende dienst zonder privé-kapitaal<sup>64</sup>.

#### **4.4. Betrekkingen tussen aanbestedende diensten in de context van collectieve- of centrale-inkoopovereenkomsten**

Collectieve aanbestedingen kunnen verschillende vormen aannemen, gaande van het organiseren van één specifieke gemeenschappelijke aanbesteding tot het systematische gebruik van specialisatie (bv. één aanbestedende dienst die verantwoordelijk is voor bepaalde soorten van aanbestedingen die door alle betrokken entiteiten moeten worden

---

<sup>61</sup> Zaken C-243/01, Gambelli, Jurispr. 2003, blz. I-13031, punt 65; en C-288/89, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda en anderen/Commissariaat voor de Media, Jurispr. 1991, blz. I-4007.

<sup>62</sup> Voorts kunnen beslissingen om ondernemingen uitsluitende rechten te verlenen een inbreuk op het Verdrag vormen indien de door de dienstverlener na te leven voorschriften inzake openbare dienstverlening niet duidelijk zijn omschreven (zaak C-66/86, Silver Line Reisebüro, Jurispr. 1989, blz. ECR I-803), indien de dienstverlener kennelijk niet in staat is om aan de vraag te voldoen (zaak C-41/90, Höfner, Jurispr. 1991, blz. I-1979) of indien aan de vereisten kan worden voldaan op een alternatieve manier die minder nadelige effecten heeft op de mededinging (zaak T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij, Jurispr. 1999, blz. II-2329. Aan de voorwaarde dat de verlening van het uitsluitende recht verenigbaar moet zijn met het Verdrag, is evenmin voldaan indien de maatregel waarbij het recht wordt verleend, onverenigbaar is met secundaire EU-wetgeving (C-220/06, Correos, punten 64-66).

<sup>63</sup> Zie, naar analogie, Zaak C-203/08, Sporting Exchange Ltd., punten 47 en 50.

<sup>64</sup> Idem, punten 59-60.



gebruikt, terwijl een andere een ander soort aanbestedingen uitvoert, enz.) of het opzetten van een specifieke structuur (orgaan) voor collectieve aanbesteding. De betrekkingen tussen de verschillende deelnemers zelf kunnen al dan niet onderworpen zijn aan de EU-aanbestedingsregels naargelang van de gekozen methode.

In geval van gewone administratieve samenwerking bij het opstellen van gemeenschappelijke specificaties waarbij geen overeenkomsten onder bezwarende titel tussen de partijen vereist zijn, d.w.z. wanneer de overheidsinstanties zichzelf beperken tot het organiseren van een gemeenschappelijke aanbesteding, passen zij de aanbestedingsregels samen toe maar valt hun samenwerking niet onder deze regels. In artikel 1, lid 9, van Richtlijn 2004/18/EG worden aanbestedende diensten onder meer omschreven als verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of een of meer van deze publiekrechtelijke instellingen, waarbij een of meerdere regionale of lokale autoriteiten of publiekrechtelijke instanties worden bedoeld. Deze bepaling kan van belang zijn in de context van publiek-publieke samenwerking.

In de lidstaten zijn voorts bepaalde centrale inkooptechnieken ontwikkeld. Aankoopcentrales zijn aanbestedende diensten die belast zijn met het verrichten van aankopen of het gunnen van overheidsopdrachten/het sluiten van raamovereenkomsten voor andere aanbestedende diensten. Artikel 11 van Richtlijn 2004/18/EG bepaalt uitdrukkelijk dat aanbestedende diensten werken, leveringen en/of diensten via aankoopcentrales kunnen verwerven. De aankoopcentrales kunnen handelen als groothandelsdienst (de centrale koopt aan zodat andere instanties *van* haar kunnen kopen) of kunnen optreden als tussenpersoon die de gunningsprocedures en het beheer van opdrachten afhandelt zodat andere instanties *via* haar kunnen kopen. In beide gevallen hoeft geen aanbestedingsprocedure te worden georganiseerd met betrekking tot de relatie tussen de aankoopcentrales en de instanties die er gebruik van maken, op voorwaarde dat de aankoopcentrale zelf haar opdrachten heeft gegund in overeenstemming met de EU-aanbestedingsrichtlijn.

## BIJLAGE I

### Lijst van de zaken

Zaak C-480/06, Commissie/Duitsland, Jurispr. 2009, blz. I-4747

Zaak C-107/98, Teckal Srl/Comune di Viano en Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, Jurispr. 1999, blz. I-8121

Zaak C-84/03, Commissie/Spanje, Jurispr. 2005, blz. I-139

Zaak C-26/03, Stadt Halle en RPL Recyclingpark Lochau GmbH/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, Jurispr. 2005, blz. I-1

Zaak C-324/07, Coditel Brabant SA/Gemeente Ukkel en Brussels Hoofdstedelijk Gewest, Jurispr. 2008, blz. I-8457

Zaak C-573/07, Sea Srl/Comune di Ponte Nossa, Jurispr. 2009, blz. I-8127

Zaak C-29/04, Commissie/Oostenrijk, Jurispr. 2005, blz. I-9705

Zaak C-340/04, Carbotermo SpA en Consorzio Alisei/Comune di Busto Arsizio en AGESP SpA., Jurispr. 2006, blz. I-4137

Zaak C-458/03, Parking Brixen GmbH/Gemeinde Brixen en Stadtwerke Brixen AG., Jurispr. 2005, blz. I-8585

Zaak C-371/05, Commissie/Italië, Jurispr. 2008, blz. I-110

C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname)/Comune di Cingia de' Botti, Jurispr. 2005, blz. I-7287

Zaak 275/08, Commissie/Duitsland, Jurispr. 2009, blz. 168

Zaak C-264/03, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 2005, blz. I-8831

Zaak C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)/Transformación Agraria SA (Tragsa) en Administración del Estado, Jurispr. 2007, blz. I-2999

Zaak C-203/08, The Sporting Exchange Ltd, handelend onder de naam Betfair/Minister van Justitie, nog niet gepubliceerd [2010]

Zaak C-124/97, Markku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd en Oy Transatlantic Software Ltd/Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä) en Suomen valtio, Jurispr. 1999, blz. I-6067

Zaak C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional en Bwin International Ltd/Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, Jurispr. 2009, blz. I-7633

Zaak C-243/01, Gambelli, Jurispr. 2003, blz. I-13031

Zaak C-288/89, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda en anderen/Commissariaat voor de Media, Jurispr. 1991, blz. I-4007

Zaak C-66/86, Silver Line Reisebüro, Jurispr. 1989, blz. I-803

Zaak C-41/90, Hoffner, Jurispr. 1991, blz. I-1979

Zaak T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij, Jurispr. 1999, blz. II-2329

Zaak C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia/Administración General del Estado, Jurispr. 2007, blz. I-12175.dence