

Samenwerking tussen aanbestedende diensten als uitvlucht op de
(Europese) overheidsopdrachtenroute: verlies het noorden niet!

Peer-reviewed author version

SCHOENMAEKERS, Sarah (2022) Samenwerking tussen aanbestedende diensten
als uitvlucht op de (Europese) overheidsopdrachtenroute: verlies het noorden niet!.
In: Tijdschrift voor Bouwrecht en Onroerend Goed, 20 (4) , p. 223 -227.

Handle: <http://hdl.handle.net/1942/41583>

Samenwerking tussen aanbestedende diensten als uitvlucht op de (Europese) overheidsopdrachtenroute: verlies het noorden niet!

Richtlijn 2014/24/EU bevat regels betreffende de besteding van overheidsgeld door één of meer aanbestedende diensten ter verkrijging van werken, leveringen of diensten van één of meer ondernemers door middel van een overheidsopdracht met een waarde boven een bepaald drempelbedrag. Artikel 12 van de Richtlijn bevat een aantal uitzonderingen op haar toepassingsgebied voor overheidsopdrachten tussen entiteiten in de overheidssector, bijvoorbeeld wanneer een opdracht voorziet in of uitvoering geeft aan samenwerking tussen aanbestedende diensten met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen bij het uitvoeren van openbare diensten. Nu de Richtlijn niet preciseert hoe ruim het begrip 'gemeenschappelijke doelstellingen' mag worden geïnterpreteerd en hoe diepgaand zulke samenwerking precies dient te zijn, lijkt voor aanbestedende diensten, die zelf ook werken, leveringen of diensten kunnen uitvoeren, de deur open te staan om zonder veel omhaal het overheidsopdrachtenrecht volledig naast zich neer te leggen. Dit kan leiden tot misbruik en vervalsing van de mededinging ten opzichte van particuliere ondernemers. Het is dus bijvoorbeeld niet toegestaan dat de Belgische overheid zonder meer een studieopdracht toevertrouwt aan een meer gespecialiseerde publiekrechtelijke instelling. Deze bijdrage zoomt vanuit een Europeesrechtelijk perspectief in op de voorwaarden die vervuld dienen te zijn om een overheidsopdracht in geval van zulke samenwerking uit te mogen zonderen van toepassing van het overheidsopdrachtenrecht.

1. Uitgangspunten Richtlijn 2014/24/EU

Richtlijn 2014/24/EU¹ stelt regels vast betreffende procedures voor aanbesteding door aanbestedende diensten met betrekking tot overheidsopdrachten en prijsvragen waarvan de geraamde waarde gelijk of hoger is dan de drempelbedragen vermeld in artikel 4.² Aanbesteding in de zin van deze richtlijn betreft de aankoop door middel van een overheidsopdracht voor werken, leveringen of diensten door één of meer aanbestedende diensten van door deze aanbestedende diensten gekozen ondernemers, ongeacht of de werken, leveringen of diensten een openbare bestemming hebben of niet.³ Voor opdrachten die de drempelbedragen overstijgen coördineert de Richtlijn aldus de nationale procedures om te waarborgen dat de beginselen van het vrij verkeer van goederen, de vrijheid van

* Sarah Schoenmaekers is lid van de deelredacties Overheidsopdrachten en Verbintenissen en Bijzondere Overeenkomsten; Hoogleraar Europees recht, meer in het bijzonder de cultureel gecorrigeerde markteconomie, aan de Open Universiteit; Universitair hoofddocent Europees recht; gastprofessor bij de Universiteit Hasselt en advocaat bij OMNIUS- advocaten te Genk.

¹ 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, PB L 94, 28.3.2014, pp. 65-242.

² Artikel 1(1) Richtlijn 2014/24/EU.

³ Artikel 1(2) Richtlijn 2014/24/EU.

vestiging en de vrijheid van dienstverlening, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, niet-discriminatie, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie in de praktijk worden geëerbiedigd en dat overheidsopdrachten worden opengesteld voor mededinging.⁴ Richtlijn 2014/24/EU benadrukt in dit kader de doelmatigere besteding van overheidsmiddelen, in het bijzonder door de deelneming van het midden- en kleinbedrijf aan overheidsopdrachten te bevorderen, en om aanbesteders in staat te stellen overheidsopdrachten beter te gebruiken ter ondersteuning van gemeenschappelijke maatschappelijke doelen.⁵

Artikel 18 van de Richtlijn bevat de basisbeginselen van het overheidsopdrachtenrecht en stipuleert dat aanbestedende diensten ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze dienen te behandelen en dienen te handelen op een transparante en proportionele wijze. Meer bepaald mogen overheidsopdrachten niet worden opgesteld met het doel om deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van de richtlijn of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. De mededinging wordt geacht kunstmatig te zijn beperkt indien de aanbesteding is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen. Concreet zullen aanbestedende diensten aldus in beginsel⁶ verplicht zijn overheidsopdrachten te plaatsen volgens de met de richtlijn in overeenstemming gebrachte nationale procedures en zullen zij also een oproep tot mededinging dienen bekend te maken via een aankondiging van opdracht.⁷ Zulke aankondiging wordt met elektronische middelen aan het Bureau voor publicaties van de Europese Unie gezonden die ze uiterlijk vijf dagen na verzending bekendmaakt op Tenders Electronic Daily (TED)⁸, het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie. Ook bekendmaking op nationaal niveau is mogelijk na bekendmaking op TED.⁹ Het gebruik van elektronische informatie- en communicatiemiddelen heeft o.a. tot doel de transparantie van aanbestedingsprocedures te verbeteren en de deelname van ondernemers te vergroten.¹⁰ Het is dan ook duidelijk dat de nadruk op transparantie in het Europese overheidsopdrachtenrecht de naleving van het beginsel van gelijke behandeling van ondernemers tracht te waarborgen.

2. Overheidsopdrachten tussen samenwerkende entiteiten in de overheidssector

Artikel 12 Richtlijn 2014/24/EU bevat een aantal uitzonderingen op haar toepassingsgebied voor overheidsopdrachten tussen entiteiten in de overheidssector. In het kader van deze

⁴ Overweging 1 Richtlijn 2014/24/EU.

⁵ Overweging 2 Richtlijn 2014/24/EU.

⁶ De Richtlijn voorziet in uitzonderingen in Afdeling 3 van Hoofdstuk I van Titel I voor bijvoorbeeld opdrachten op het gebied van telecommunicatie en voor opdrachten in geval van alleenrechten voor diensten. Tevens bevat artikel 32 de mogelijkheid tot het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking indien de strikte voorwaarden vermeld in het artikel zijn vervuld. Hierop zal niet nader worden ingegaan in het kader van deze bijdrage.

⁷ Artikel 26(1) jo artikel 49 Richtlijn 2014/24/EU. Er staan enkele uitzonderingen vermeld in artikel 26(5) en 32 Richtlijn 2014/24/EU.

⁸ <https://ted.europa.eu/TED/browse/browseByMap.do>

⁹ Artikel 52(1) Richtlijn 2014/24/EU.

¹⁰ Overweging 52 en 58 Richtlijn 2014/24/EU.

bijdrage staat artikel 12(4) centraal, hetwelk in de Belgische wetgeving identiek werd overgenomen in artikel 31 van de Wet inzake Overheidsopdrachten¹¹ en stelt:

‘Een opdracht die uitsluitend tussen twee of meer aanbestedende diensten wordt gegund valt buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn wanneer aan elke 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 doestellingen;
- 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.’

Wanneer al deze voorwaarden cumulatief¹² zijn vervuld is toepassing van het overheidsopdrachtenrecht niet vereist en kunnen opdrachten aldus rechtstreeks worden uitgevoerd door de aanbestedende diensten zonder dat de markt hierbij conform de procedures beschreven in de Richtlijn betrokken moet worden. Dit sluit aan bij het neutraliteitsprincipe vervat in artikel 345 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU), op grond waarvan bepaalde overheidsmaatregelen niet onderworpen zijn aan het Europees Unierecht, zonder dat deze bepaling een absolute uitsluiting bevat.¹³ Deze voorwaarden worden nu nader besproken.

2.1. Gunning opdracht uitsluitend tussen twee of meer aanbestedende diensten

Het eerste criterium maakt duidelijk dat private ondernemers niet betrokken kunnen zijn bij de samenwerking nu artikel 12(4) duidelijk stelt dat de opdracht uitsluitend wordt gegund tussen twee of meer aanbestedende diensten. Aanbestedende diensten worden in artikel 2(1)(1) gedefinieerd als de staats-, regionale en lokale overheidsinstanties, publiekrechtelijke instellingen of samenwerkingsverbanden bestaande uit één of meer van deze overheidsinstanties of één of meer van deze publiekrechtelijke instellingen. Artikel 2(1)(4) voorziet vervolgens in een definitie van publiekrechtelijke instellingen. Deze dienen te zijn opgericht voor het specifieke doel te voorzien in andere behoeften van algemeen belang dan die van industriële of commerciële aard, bezitten rechtspersoonlijkheid en worden ofwel omwille van financierings-, toezichts- of bestuurlijke redenen merendeels aangestuurd door de staat, regionale of lokale overheidsinstanties of andere publiekrechtelijke lichamen.

De opdracht dient zoals gezegd te worden gegund aan een aanbestedende dienst zodat er aldus steeds sprake dient te zijn van een ‘opdracht’. Zoals bepaald in artikel 2(5) is een

¹¹ Wet inzake Overheidsopdrachten, 17 juni 2016, BS 14 juli 2016.

¹² Zaak C-159/11 *Ordine degli Ingegneri* ECLI:EU:C:2012;817, §36.

¹³ P. Flamey en C. De Koninck, *Overheidsopdrachten – Algemeen Deel*, Algemene Praktische Rechtsverzameling, Wolters Kluwer, Mechelen, 2017, p. 267.

overheidsopdracht¹⁴ een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten is gesloten en die betrekking heeft op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten. Dit betekent dat er in principe steeds minstens één aanbestedende dienst en één ondernemer betrokken dienen te zijn opdat artikel 12(4) van toepassing is. Nu de opdracht in het kader van dit artikel enkel kan worden gegund door een aanbestedende dienst aan een aanbestedende dienst zonder melding te maken van de betrokkenheid van ondernemers kan dit tot enige verwarring leiden. De Richtlijn maakt in artikel 2(1)(10) echter duidelijk dat het begrip ‘ondernemer’ niet enkel private bedrijven bevat maar tevens elke natuurlijke of rechtspersoon of openbaar lichaam, of een combinatie van deze personen en/of lichamen omvat, met inbegrip van alle tijdelijke samenwerkingsverbanden van ondernemingen, die de uitvoering van werken en/of een werk, de levering van producten en/of het verlenen van diensten op de markt aanbiedt. Het is dus wel degelijk mogelijk dat ook een publiekrechtelijke aanbestedende dienst een overheidsopdracht uitvoert. Het feit dat beide partijen in een overeenkomst zelf overheidsdiensten zijn sluit de toepassing van de aanbestedingsregels aldus niet uit.¹⁵ Integendeel, zoals het Hof met betrekking tot lichamen zoals openbare universitaire instellingen expliciet oordeelde in *Ordine degli Ingegneri*¹⁶ hebben dergelijke lichamen de mogelijkheid om deel te nemen aan een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht tenzij lidstaten hun zouden verbieden op de markt actief te zijn. Doordat opdrachten aldus uitsluitend mogen worden gegund tussen aanbestedende diensten, kan geen enkele particuliere onderneming bevoordeeld worden ten opzichte van zijn concurrenten.¹⁷ Op deze manier wordt enigszins tegemoet gekomen aan de eis dat de vrijgestelde samenwerking tussen overheidsdiensten mag niet leiden tot vervalsing van de mededinging.¹⁸

De uitzondering gedefinieerd in Artikel 12(4) heeft betrekking op overheidsopdrachten die conform artikel 2(1)(5) worden gedefinieerd als schriftelijke overeenkomsten ‘onder bezwarende titel’. Dit brengt met zich mee dat daarmee een overeenkomst wordt bedoeld waarbij partij zich ertoe verbindt een prestatie te leveren in ruil voor een tegenprestatie.¹⁹ De bewoordingen ‘onder bezwarende titel’ worden door het Hof ruim geïnterpreteerd. Zelfs indien de vastgestelde vergoeding beperkt is tot de gedeeltelijke terugbetaling van de kosten die zijn gemaakt om de overeengekomen dienst te verrichten, is aan de definitie voldaan.²⁰ Ook wanneer een bepaalde tegenprestatie geen geldelijke betaling met zich meebrengt maar bestaat uit de doorontwikkeling van bepaalde software, vertegenwoordigt zulke

¹⁴ Met het woord ‘opdracht’ in artikel 12(4) wordt wel degelijk een ‘overheidsopdracht’ bedoeld. Zie Zaak C-796/18 *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung* ECLI:EU:C:2020:395, §30 en 33. Wanneer de voorwaarden van artikel 12(4) vervuld zijn is er dus wel degelijk sprake van een overheidsopdracht. De bepaling heeft enkel tot gevolg dat de aanbestedingsregels die normaal gesproken van toepassing zouden zijn voor een degelijke opdracht niet gelden.

¹⁵ Overweging 31 Richtlijn 2014/24/EU.

¹⁶ Zaak C-159/11 *Ordine degli Ingegneri* ECLI:EU:C:2012:817, §27.

¹⁷ Zaak C-480/06 *Stadtreinigung Hamburg* ECLI:EU:C:2009:357, §47.

¹⁸ Overweging 31 en 33 Richtlijn 2014/24/EU.

¹⁹ Zaak C-606/17 *IBA Molecular* ECLI:EU:C:2018:843, §28.

²⁰ Zaak C-606/17 *IBA Molecular* ECLI:EU:C:2018:843, §29.

tegenprestatie een financieel belang.²¹ Echter, overeenkomsten, besluiten of andere rechtsinstrumenten waarbij de overdracht van bevoegdheden en verantwoordelijkheden tussen aanbestedende diensten of groepen van aanbestedende diensten met het oog op het verrichten van hun openbare taak georganiseerd wordt en die niet voorzien in vergoeding van contractuele prestaties, worden beschouwd als behorende tot de interne organisatie van de betrokken lidstaat en worden als zodanig door de richtlijn geheel onverlet worden gelaten.²² Een akkoord tussen twee territoriale lichamen op basis waarvan deze statutair beslissen een doelcorporatie in de vorm van een publiekrechtelijke rechtspersoon op te richten en aan deze nieuwe overheidsinstantie bepaalde bevoegdheden toe te kennen waarover zij tot dan toe zelf beschikten en die voortaan de eigen bevoegdheden van die doelcorporatie zullen zijn, kan aldus nooit als een overheidsopdracht worden beschouwd.²³ Zo is ook een overeenkomst waarbij gemeenten de verantwoordelijkheid voor de organisatie van diensten te hunnen behoeve aan één van hen toevertrouwen uitgesloten van de werkingssfeer van de Richtlijn op grond dat zij een overdracht van bevoegdheden vormt in de zin van artikel 4 lid 2 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU)²⁴.²⁵

2.2. Samenwerking om gemeenschappelijke doelstellingen te verwezenlijken bij het uitvoeren van openbare diensten en in het openbaar belang

Aangezien een overheidsinstantie de op haar rustende taken van algemeen belang met haar eigen middelen kan vervullen, zonder dat zij een beroep hoeft te doen op externe lichamen die niet tot haar diensten behoren, kan zij dit logischerwijze dus ook in samenwerking met andere overheidsinstanties kan doen.²⁶ Overheidsdiensten hebben hiertoe aldus de vrijheid en kunnen hun taak van algemeen belang gezamenlijk in een samenwerkingsverband verrichten, zonder dat hierbij een bepaalde rechtsvorm moet worden gekozen.

Artikel 12(4) Richtlijn 2014/24/EU bevat echter geen definitie van het begrip ‘samenwerking’. Zoals het Hof oordeelde in *Remondis*²⁷ dient de samenwerking gebaseerd te zijn op een samenwerkingsmodel, waarmee wordt gedoeld op de doeltreffendheid van de samenwerking

²¹ Zaak C-796/18 *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung* ECLI:EU:C:2020:395, § 46-52. In deze zaak werd bepaalde basissoftware kosteloos maar niet belangeloos ter beschikking worden gesteld. Uit de kosteloze terbeschikkingstelling van de software vloeide een wederkerige verplichting tot doorontwikkeling. Aangezien deze doorontwikkeling door een van de partners van de samenwerkingsovereenkomst een duidelijk financieel belang heeft voor de andere partner dient in principe te worden geoordeeld dat deze overeenkomsten onder bezwarende titel zijn gesloten en dus voldoen aan artikel 12(4) van Richtlijn 2014/24/EU.

²² Artikel 1(6) Richtlijn 2014/24/EU.

²³ Zaak C-51/15 *Remondis* ECLI:EU:C:2016:985, §55.

²⁴ Artikel 4 lid 2 VEU stelt: ‘De Unie eerbiedigt de gelijkheid van de lidstaten voor de Verdragen, alsmede hun nationale identiteit die besloten ligt in hun politieke en constitutionele basistructuren, waaronder die voor regionaal en lokaal zelfbestuur. Zij eerbiedigt de essentiële staatsfuncties, met name de verdediging van de territoriale integriteit van de staat, de handhaving van de openbare orde en de bescherming van de nationale veiligheid. Met name de nationale veiligheid blijft de uitsluitende verantwoordelijkheid van elke lidstaat.’

²⁵ Zaak C-328/19 *Porin kaupunki* ECLI:EU:C:2020:483, §58

²⁶ Zaak C-324/07 *Coditel* ECLI:EU:C:2008:621, §48-49.

²⁷ Zaak C-429/19 *Remondis* ECLI:EU:C:2020:436, §28. Dit is thans gecodificeerd in overweging 33 van Richtlijn 2014/24/EU.

die op die manier wordt vastgesteld of tot stand wordt gebracht. Hieruit volgt dat het van wezenlijk belang is dat alle partijen bij de samenwerkingsovereenkomst gezamenlijk daaraan deelnemen teneinde ervoor te zorgen dat de openbare diensten die zij moeten verlenen daadwerkelijk worden uitgevoerd. Deze voorwaarde kan niet worden geacht te zijn vervuld wanneer de enige bijdrage van bepaalde partijen bij de overeenkomst beperkt is tot het simpelweg vergoeden van bepaalde kosten. Er dient aldus sprake te zijn van een tussen de overeenkomst sluitende partijen gezamenlijk genomen initiatief tot samenwerking op basis van een intrinsieke gezamenlijke behoefte uitgewerkt in een gemeenschappelijke strategie.²⁸ Er is aldus geen sprake van echte samenwerking wanneer de overeenkomst louter betrekking heeft op het verkrijgen van een dienst tegen betaling van een vergoeding.²⁹ In zulk geval kan er immers geen verschil meer kunnen worden vastgesteld tussen een dergelijke samenwerking en een overheidsopdracht die niet onder de uitsluiting valt van artikel 12(4). De samenwerking dient aldus degelijk uitgewerkt en doordacht te zijn.

Samenwerking kan betrekking 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. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een overeenkomst tot samenwerking op het gebied van de verwijdering van afvalstoffen hetgeen een openbare dienst betreft die op de schouders rust van meerdere overheidsdiensten en die hiertoe aldus de samenwerking kunnen aangaan. In dit kader kunnen zij als gemeenschappelijke doelstelling nastreven om afval te verwijderen onder de beste economische voorwaarden.³⁰

De diensten die door de verschillende deelnemende instanties worden verleend in het kader van de samenwerking hoeven niet noodzakelijkerwijs identiek te zijn maar kunnen ook complementair zijn. Artikel 12(4) vereist aldus niet dat een openbare dienst en aldus een taak van algemeen belang volledig gezamenlijk wordt uitgevoerd door de publiekrechtelijke personen die aan de samenwerking deelnemen.³¹ Taken kunnen bijvoorbeeld verdeeld worden naar gelang de specialisatie van elke samenwerkingspartner. De ene partner kan zich bezig houden met het ophalen van het afval en de andere met de verbranding ervan.

De beslissing tot samenwerking mag uitsluitend plaatsvinden uit overwegingen van algemeen belang. Dit brengt met zich mee dat de samenwerking gericht dient te zijn op het verlenen van openbare diensten en niet kan berusten op commerciële overwegingen. In dit kader heeft het Hof van Justitie in *Ordine degli Ingegneri*³² geoordeeld dat het van belang is dat de taak van

²⁸ Zaak C-429/19 *Remondis* ECLI:EU:C:2020:436, §32 en 34.

²⁹ Zaak C-429/19 *Remondis* ECLI:EU:C:2020:436, §5, 29 en 38. Er is bijvoorbeeld geen sprake van samenwerking wanneer er door een van de partijen enkel een vergoeding wordt betaald voor de verwerking van restafval.

³⁰ Zaak C-480/06 *Stadtreinigung Hamburg* ECLI:EU:C:2009:357, §38.

³¹ Overweging 33 Richtlijn 2014/24/EU. Zie tevens Zaak C-796/18 *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung* ECLI:EU:C:2020:395, §57-58.

³² Zaak C-159/11 *Ordine degli Ingegneri* ECLI:EU:C:2012:817, §37; Zaak C-386/11 *Piepenbrock* ECLI:EU:C:2013:385, §36.

algemeen belang gezamenlijk rust op de openbare lichamen. Deze rechtspraak, die gebaseerd is op de vorige Richtlijn 2004/18/EG³³ lijkt strenger te zijn dan hetgeen het huidige artikel 12(4)(b) eist, namelijk dat de aanbestedende overheden de samenwerking aangaan om gemeenschappelijke doestellingen te verwezenlijken en dat de samenwerking werd aangegaan in het algemeen belang. Het is in ieder geval uitgesloten dat aanbestedende diensten voor de uitvoering van deze samenwerking -zonder overheidsopdracht te plaatsen³⁴- kunnen beroep doen op derden, zoals particuliere dienstverrichters, aangezien deze derden dan bevoordeeld kunnen worden tegenover andere ondernemingen die op dezelfde markt actief zijn.³⁵

2.3. De activiteiten waarop de samenwerking is gericht betreffen een nevenactiviteit voor de aanbestedende diensten

Tot slot vereist artikel 12(4)(c) dat de deelnemende aanbestedende diensten op de open markt niet meer dan 20% van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening nemen. Dit heeft tot reden om marktafscherming te voorkomen en de mededinging te vrijwaren. Hoewel het Hof van Justitie in *Informatikgesellschaft*³⁶ oordeelde dat nu de samenwerking betrekking kan hebben op 'alle soorten activiteiten', zij ook betrekking kan hebben op een nevenactiviteit van een openbare dienst voor zover deze nevenactiviteit bijdraagt aan de daadwerkelijke verwezenlijking van de taak van algemeen belang die het voorwerp vormt van de samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten, dient te worden aangemerkt dat deze passage niet betrekking heeft op het 20% vereiste, doch tot doel heeft te verwoorden dat het niet vereist is dat alle deelnemende diensten de nakoming van de voornaamste contractuele verplichtingen op zich nemen, zolang er maar sprake is van verbintenissen om in een samenwerkingsverband bij te dragen tot het verrichten van de openbare dienst in kwestie.³⁷

3. Conclusie

Wanneer aan de voorwaarden van artikel 12(4) Richtlijn 2014/24/EU is voldaan, valt de opdracht zoals gezegd buiten het toepassingsgebied van de Richtlijn. Hieruit zou afgeleid kunnen worden dat zulke opdrachten niet aan de markt kenbaar gemaakt dienen te worden. In *Irgita*³⁸ oordeelde het Hof echter dat de vrijheid waarover de lidstaten beschikken om te beslissen hoe zij de uitvoering van werken of het verrichten van diensten het best beheren

³³ 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* K 134, 30.4.2004, pp. 114-240.

³⁴ Zaak C-796/18 *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung* ECLI:EU:C:2020:395, §74.

³⁵ Zaak C-386/11 *Piepenbrock* ECLI:EU:C:2013:385, §37; Zaak C-159/11 *Ordine degli Ingegneri* ECLI:EU:C:2012:817, §238.

³⁶ Overweging 33 Richtlijn 2014/24/EU.

³⁷ Zaak C-796/18 *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung* ECLI:EU:C:2020:395, §60.

³⁸ Zaak C-285/18 *Irgita* ECLI:EU:C:2019:829, §48 en 61.

niet onbeperkt kan zijn. Integendeel, zij moet worden uitgeoefend met inachtneming van de fundamentele regels van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie, met name het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten, alsmede de daaruit voortvloeiende beginselen, zoals gelijke behandeling, non-discriminatie, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie. Dit brengt met zich mee dat wanneer een bepaalde transactie buiten de werkingssfeer van de richtlijn valt, noch de lidstaten, noch de aanbestedende diensten, zijn ontslaan van de verplichting om bovenvermelde beginselen in acht te nemen.³⁹ Een algemene centrale overheid die zonder aanbestedingsprocedure in het kader van een studieopdracht gebruik wenst te maken van de diensten van een meer gespecialiseerde overheid zal dan ook niet enkel de voorwaarden van artikel 12(4) strikt dienen te controleren maar zal ook steeds moeten nagaan of de samenwerkingsovereenkomst voldoende transparant is zodat particuliere ondernemers in de mogelijkheid zijn te toetsen of er voldaan werd aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht en zodoende niet ongelijk werden behandeld en/of onterecht van mededinging werden uitgesloten.⁴⁰ Het is duidelijk dat aanbestedende diensten, zelfs wanneer er voldaan is aan al de voorwaarden van artikel 12(4), niet zomaar de schouders mogen ophalen of opgelucht adem kunnen halen.

³⁹ Zaak C-796/18 *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung* ECLI:EU:C:2020:395, §69. Zo zal er bijvoorbeeld steeds moeten worden nagegaan of een aanbestedende dienst, door het sluiten van een samenwerkingsovereenkomst met een andere aanbestedende dienst, waarvan het voorwerp overlapt met dat van een eerdere overheidsopdracht die aan een particuliere ondernemer werd toegekend, haar behoeften wel voldoende duidelijk heeft omschreven, met name door geen minimumhoeveelheid diensten te garanderen aan de opdrachtnemer, of indien deze transactie een wezenlijke wijziging van de algemene opzet van de aan de particuliere ondernemer gegunde opdracht vormt.

⁴⁰ Zaak C-285/18 *Irgita* ECLI:EU:C:2019:829, §63.