

VOORWOORD

'In-house': "a blessing or a curse?" Een vraag die het afgelopen decennium naar alle waarschijnlijkheid veel lokale besturen in Europa heeft bezig gehouden, spookte het voorbije jaar ook door mijn gedachten.

'In-house' is natuurlijk een begrip dat als onderwerp voor de masterscriptie tot de verbeelding spreekt. Het college grondige studie bestuursrecht had er één les aan gewijd en ik vond het best wel spannend. Mijn keuze was dan ook snel gemaakt. Spannend vind ik het nu des te meer, maar om eerlijk te zijn had ik indertijd geen flauw benul van waar ik aan begonnen was. Ik moest mezelf doorheen vijftien jaar rechtensrecht wurmen. Dat bestond uit een pittige cocktail van bestuursrecht, mededingingsrecht en aanbestedingsrecht, aangelengd met de eigen interpretatie van het Europees Hof van Justitie.

Een uitdaging was het zeker en het heeft me ongetwijfeld tot een onderzoekend jurist gevormd. Al moet ik toegeven dat de complexe rechtspraak, waarbij een kleine nuance al snel een groot verschil betekent, soms procrastinatie in mij opwekte. Het duurde dan ook even voor mijn intellect de materie baas was. Leren beperken, leren hypothesen maken en leren interpreteren... het hoorde er allemaal bij, zoals een masterscriptie hoort te zijn. Maar wat ik vooral heb geleerd is dat om het brein in beweging te krijgen, mijn lichaam ook moest bewegen: *mens sana in corpore sano*. Op inspiratieloze momenten was onze prachtige Limburgse natuur, waar ik naar hartenlust ging joggen, steeds mijn trouwe trouwe toeverlaat. Net zoals mijn vriendin Michelle die als het hoofd te heet werd, niet meer dan een oogwenk nodig had om me op ontspannende gedachten te brengen.

Voor de intellectuele bijdrage bedank ik natuurlijk professor Alexander De Becker. Zijn colleges bestuursrecht wekte mijn interesse voor deze materie. Tijdens de begeleiding van mijn masterscriptie wist hij me op de juiste paden te brengen, was hij zeer geduldig en altijd bereikbaar. Zijn onderbouwde kennis van de relevante rechtsdomeinen en de overzichtelijkheid waarmee hij dit wist over te brengen, maakte een diepe indruk op me.

Uiteraard gaat mijn dank ook uit naar de gemeentefunctionarissen die mij inzage boden in de benodigde stukken, waardoor ik de ontwikkelde theorie kon toetsen aan de praktijk. Ik vermeld tevens mijn goede vriend en vertrouwenspersoon Geert, die zelf ook een masterscriptie aan het schrijven was en met wie ik vele momenten in stereo heb kunnen ventileren. Ten slotte hoeft iets niet te doen niet noodzakelijk negatief te zijn, dus bedank ik mijn ouders om me met rust te laten... Dat is voor hen ongetwijfeld de moeilijkste opdracht geweest. Vanzelfsprekend betekenen ze meer voor me, teveel om hier op te noemen, en dat zullen ze ook altijd blijven doen.

Dus 'in-house': "a blessing or a curse?" Voor mezelf kan ik stellen dat het een 'blessing' is geworden. Wie graag wil weten wat de lokale besturen ervan denken, nodig ik vriendelijk uit om de pagina om te slaan.

SAMENVATTING

In deze masterscriptie wordt geprobeerd om de aanbestedingsrechtelijke grenzen die kleven aan de publiek-publieke samenwerking (PuPuS) in kaart te brengen. Wanneer overheden de vervulling van hun openbare taken gezamenlijk wensen te verzorgen, spreekt men van PuPuS. Meer specifiek dient het begrip hier als de generieke term voor alle mogelijke samenwerkings- en verzelfstandigingsinitiatieven die de lokale overheden kunnen aangaan of oprichten.

Ruim 15 jaar geleden zorgde het Hof van Justitie voor grote opschudding met het *Teckal*-arrest. Dit was het eerste van een lange rij arresten die in de rechtsleer beter bekend staan onder de noemer 'in-house'. Het gaat daarbij over de vraag in welke mate overeenkomsten binnen de overheids sfeer onderworpen zijn aan de overheidsopdrachtenreglementering. Het principiële uitgangspunt in *Teckal* was namelijk dat opdrachten tussen overheden op dezelfde wijze aan die regels zijn onderworpen als opdrachten tussen overheden en private partijen. Het gevolg hiervan is dat wanneer gemeenten elkaar taken toewijzen of van elkaars diensten gebruik maken, dit moet voorafgaan door een bevraging van de markt middels het organiseren van een aanbesteding. Het Europees recht kwam aldus plots te voorschijn op een terrein waar men het niet meteen had verwacht: het beheer en de organisatie van de openbare dienstverlening.

Tegelijk werden in *Teckal* twee criteria geformuleerd die het principiële uitgangspunt moesten verzachten. Deze zijn tot op de dag van vandaag nog steeds het voorwerp van een verschillende interpretatie in de lidstaten. De vraag "wat is 'in-house' en wat is het niet?" speelt het Hof, maar ook de nationale rechters, al jarenlang parten. Deze masterscriptie spitst zich toe op de evolutie in die Europese rechtspraak. Daarbij is het uitgangspunt de tweestrijd tussen verschillende belangen: enerzijds de organisatievrijheid van de lokale besturen in het kader van hun openbare dienstverplichtingen en anderzijds de doelstellingen van de overheidsopdrachtenwetgeving - en bij uitbreiding de mededingingsregels - die een eengemaakte en concurrentiële markt binnen de Unie nastreven.

De benadering van het onderwerp gebeurt nagenoeg uitsluitend vanuit het Europees recht, met uitzondering van enkele toepassingen in de Belgische rechtspraak en het laatste hoofdstuk, waarin het 'in-house'-leerstuk concreet wordt toegepast op de gemeentelijke verzelfstandigingsvorm van het autonoom gemeentebedrijf. Tijdens de analyse van de Europese 'in-house'-rechtspraak wordt uiteraard bijzondere aandacht besteed aan de recent in werking getreden nieuwe richtlijn overheidsopdrachten (Richtlijn 2014/24/EU 'Klassieke Sectoren'), want die voorziet de 'in-house'-uitzondering immers voor het eerst in zijn geschiedenis van een wettelijke basis. De uitzondering van de horizontale samenwerking komt eveneens aan bod. De bedoeling is om de krijtlijnen van de rechtspraak van het Hof van Justitie van beide uitzonderingen, af te zetten tegen de nieuwe regelgeving en te achterhalen wat uiteindelijk de deelverzameling is geworden. Hoe de toekomst er zal uitzien, is niet te voorspellen. Deze kwestie onderging de laatste jaren op Europese niveau wijzigingen aan de lopende band, wat meteen ook de gevoeligheid van de kwestie aantoont. Het resultaat moet de lezer een antwoord bieden op de vraag over wanneer opdrachten die de overheids sfeer niet verlaten, mogen worden inbesteed of net moeten worden aanbesteed. Om die vraag zinvol te kunnen beantwoorden, zal blijken dat de aard van de betrokken opdracht niet zozeer het relevante kenmerk is, maar wel de wijze waarop de uitvoering ervan is geregeld.

INHOUDSOPGAVE

VOORWOORD	1
SAMENVATTING	2
INHOUDSOPGAVE	3
1 INLEIDING	5
1.1 Probleemstelling en onderzoeksvraag	5
1.2 Relevantie van het onderzoek	9
1.3 Methodologie	11
1.4 Onderzoeksplan	12
1.5 Terminologische bemerking	14
2 JURIDISCH KADER	15
2.1 Europa	15
2.1.1 Europese Verdragen	15
2.1.1.1 Doelstellingen	16
2.1.1.2 Interne Markt	16
2.1.1.3 Mededinging	17
2.1.1.4 Regionaal en lokaal zelfbestuur	18
2.1.2 Algemene beginselen	19
2.1.2.1 Situering	19
2.1.2.2 Oorsprong	20
2.1.2.3 Gelijkheid en niet-discriminatie	21
2.1.2.4 Transparantie	21
2.1.3 Aanbestedingsrichtlijnen	23
2.1.3.1 Situering	23
2.1.3.2 Totstandkomingsgeschiedenis	24
2.1.3.3 Vigerende aanbestedingsrichtlijnen	24
2.2 België	26
2.3 Toepassingsvoorwaarden	27
3 PUPUS IN HET EUROPEES AANBESTEDINGSRECHT	29
3.1 Inleiding	29
3.2 Principiële toepassing van het aanbestedingsrecht	31
3.2.1 Uitgangspunt	31
3.2.2 Overeenkomst	32
3.2.2.1 Het bestaan van een overeenkomst	32
3.2.2.2 De niet-contractuele toewijzing van taken	33
3.2.2.3 Taken uitgeoefend met eigen middelen	37

3.3 Uitzonderingen op de principiële toepassing	39
3.3.1 Overzicht	39
3.3.2 Verticale samenwerking of 'in-house'	40
3.3.2.1 Teckal-criteria	40
3.3.2.2 Aard van het kapitaal: verbod op privé-participatie(s)	42
3.3.2.3 Controlecriterium: toezicht zoals op zijn eigen diensten	46
3.3.2.4 Activiteitscriterium: merendeel van de werkzaamheden	56
3.3.2.5 Opwaartse 'in-house' en zijwaartse 'in-house'	60
3.3.2.6 Verticale samenwerking: stappentoets	63
3.3.2.7 Beschouwing	64
3.3.2.8 Toepassingen in de Belgische praktijk	66
3.3.3 Horizontale samenwerking	69
3.3.3.1 Oorsprong	69
3.3.3.2 Hamburg-criteria	69
3.3.3.3 De nieuwe regelgeving	71
3.3.3.4 Beschouwing	74
3.4 Besluit	75
4 'IN-HOUSE' EN HET AGB	77
4.1 Inleiding	77
4.2 Het AGB	77
4.2.1 Kenmerken	77
4.2.2 Toetsing	79
4.2.2.1 Aandachtspunten	79
4.2.2.2 Kennismaking	79
4.2.2.3 Eerste vraag: vereist de oprichting van een AGB marktbevraging?	80
4.2.2.4 Tweede vraag: is de onderlinge samenwerking een overheidsopdracht?	82
4.2.3 Opwaartse en zijwaartse 'in-house'	
4.3 Besluit	87
5 SLOTBESCHOUWING	89
BIBLIOGRAFIE	91

1 INLEIDING

1.1 Probleemstelling en onderzoeksvraag

1. Eind 2005 verscheen er in het tijdschrift *Lokaal* een artikel dat opviel omwille van zijn titel, die luidde: "Mogen gemeenten asjeblief samen ook nog iets doen?".¹ Aanleiding was een toenemende bezorgdheid van de Vereniging van Vlaamse Steden en Gemeenten over de houding van de Europese instanties ten aanzien van de intergemeentelijke en interbestuurlijke samenwerking. Volgens de auteurs hield het Europees Hof van Justitie, en in navolging daarvan ook de Europese Commissie, een (te) enge visie na op de mogelijkheid van gemeenten om samen structureel werk te maken van hun openbare dienstverlening. Immers, als gemeenten aan elkaar taken toevertrouwen of van elkaars diensten gebruikmaken, zou dat volgens Europa in principe moeten voorafgaan door een bevraging van de markt en dit middels het organiseren van een openbare aanbesteding. Aldus komt het Europees recht tevoorschijn op een terrein waar men het niet meteen verwacht: het beheer en de organisatie van de openbare dienstverlening. Het traditionele juridisch kader waarin die normaliter geschiedde moest plots worden herdacht en naast rechtsonzekerheid, voelden overheden zich vooral gefnuikt in hun organisatievrijheid.

2. Het begrip 'openbare dienst' dekt een dubbele lading. In zijn organieke betekenis verwijst het naar een organisme van publiek recht dat belast is met een taak van algemeen belang. In zijn functionele betekenis wordt enkel de taak van algemeen belang bedoeld. De maatstaf voor elk overheidsoptreden is steeds de behartiging van dit algemeen belang.² Deze studie gaat niet over wat die taken van algemeen belang juist inhouden. Dat behoeft veeleer politieke invulling en is om die reden een evolutief gegeven.³ Waar juridisch wel een antwoord op gezocht kan worden, is de vraag hoe een overheid haar taken van algemeen belang vervult. Om te kunnen functioneren in haar openbare dienstverplichting heeft zij nood aan gebouwen, middelen en mensen. Daartoe werken overheden samen met derden en sluiten zij overeenkomsten. Het zijn dergelijke situaties die relevant zijn voor het onderwerp van deze studie.

3. Elke aanbestedende dienst in de Europese Unie, die voor het verrichten van werken, leveringen of diensten een beroep doet op de markt en daartoe een overeenkomst onder bezwarende titel sluit met een derde, moet de overheidsopdrachtenreglementering naleven. Deze materie wordt gedomineerd door Europese richtlijnen die overheden verplichten om hun opdrachten bekend te maken, transparante procedures te volgen en opdrachtnemers te kiezen op basis van vooraf bepaalde niet-discriminatoire en meegedeelde criteria. Doelstelling is de gelijkheid onder geïnteresseerden en dus een daadwerkelijke mededinging waarborgen. Op grond van de beginselen van niet-discriminatie, gelijke behandeling en transparantie, afgeleid uit het primair EU-recht (art. 18, 49 en 56 VWEU) en waarvan de richtlijnen slechts een bijzondere uitdrukking zijn, heeft het Hof van Justitie de essentie van die verplichtingen ook toepasselijk geacht op andere overheidsovereenkomsten die buiten het toepassingsgebied van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, zoals bijvoorbeeld opdrachten onder de drempelwaarde.⁴

¹ B. DE WACHTER en C. DELATTER, "Mogen gemeenten asjeblief samen ook nog iets doen?", *Lokaal* 2005, afl. 20, 20.

² A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, nrs. 3 en 66, 5 en 105.

³ F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en Private Rechtspersonen*, Brugge, Die Keure, 2004, nr. 43, 53.

⁴ Het is immers mogelijk dat ook buitenlandse contractanten geïnteresseerd zijn in een bepaalde opdracht, zelfs al is de opdrachtwaarde laag. Dit komt vaak voor in de grensgebieden.

4. Nochtans is een overheid niet verplicht om een beroep te doen op een derde. Zij kan haar taken, nodig voor de verwezenlijking van het algemeen belang, steeds vervullen door gebruik te maken van haar eigen personeel en middelen.⁵ In dat geval geldt er geen verplichting tot aanbesteden, maar is er sprake van een opdracht 'in regie', ook wel 'inbesteding'⁶ of 'in-house'-opdracht⁷ genoemd.⁸ De uitvoering betreft dan een zuiver interne aangelegenheid en de niet-toepasbaarheid van het aanbestedingsrecht vloeit voort uit het ontbreken van een overeenkomst: geen overeenkomst betekent dus geen overheidsopdracht. Zowel opdrachtgever als opdrachtnemer zijn immers onderdeel van een en dezelfde rechtspersoon en een contract sluiten met zichzelf is onmogelijk.

Denk bijvoorbeeld aan de gemeentelijke groenvoorziening: als de gemeente zelf voldoende materiaal en personeel 'in huis' heeft om groenopdrachten uit te voeren, hoeft zij geen beroep te doen op een derde. Besluit zij daarentegen om over te gaan tot de aankoop van werktuigen voor haar groendienst of beslist zij om deze dienst te laten uitvoeren door een onderneming op de markt, dan is er wel sprake van een overheidsopdracht. Dit betekent dat de gemeente, op voorwaarde dat het bedrag van de betrokken opdracht de wettelijke drempelwaarden overschrijdt, een aanbestedingsprocedure moet volgen waarbij in concurrentie een onderneming wordt geselecteerd die de opdracht mag uitvoeren.

5. De aanbestedingsrichtlijnen laten de keuze om taken al dan niet te externaliseren onverlet. Die beslissing behoort traditioneel tot de organisatievrijheid waarover een overheid beschikt om haar beleid zo efficiënt mogelijk vorm te geven.⁹ Eens van toepassing, dient het aanbestedingsrecht te worden gerespecteerd. Dat dwingt de overheid die wil samenwerken met een derde in een bepaald keurslijf, zodat de vrijheid waarmee zij haar openbare taken vervult *de facto* minder groot is dan men in eerste instantie zou vermoeden. De probleemstelling van voorliggend onderzoek situeert zich dan ook in de werkingssfeer van het aanbestedingsrecht en haar invloed op de publieke organisatievrijheid.

6. De vraag rees immers of die beperkingen ook gelden wanneer de derde geen private onderneming, maar een andere overheid is? Als bijvoorbeeld twee naburige gemeenten besluiten dat hun groendienst efficiënter kan door samen te werken en deze dienst vervolgens onderbrengen in een afzonderlijk publiek orgaan, moet dat dan voorafgaan door een aanbesteding? De dienst verlaat in dat geval de rechtspersoon van de aanbestedende overheid, omdat zij beroep doet op een orgaan buiten haar structuur. Indien zij de opdracht rechtstreeks, dus zonder eerst de markt te consulteren, zou toevertrouwen aan een andere overheid of publiekrechtelijke rechtspersoon, ontnemt zij private ondernemingen de kans om op gelijke wijze mee te dingen. Dat kan leiden tot marktverstoring en gaat daarom in tegen de doelstellingen van de aanbestedingsrichtlijnen, die de markt voor overheidsopdrachten binnen Europa voor concurrentie willen openstellen en de toekenning van dergelijke opdrachten willen objectiveren.¹⁰

⁵ HvJ 11 januari 2005, C-26/3, *Stadt Halle*, r.o. 48; HvJ 13 oktober 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, r.o. 61; HvJ 13 november 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, r.o. 48-49; HvJ 9 juni 2009, C-480/06, *Commissie t. Duitsland*, r.o. 45. Zie ook RvS 11 januari 2000, nr. 84.604, Algemeen Belgisch Ontrattingsbedrijf.

⁶ J.C.E. ACKERMANS-WIJN, "De overheidsonderneming en Europese aanbesteding", in S.C.J.J. KORTMAN (ed.) e.a., *Overheid en onderneming. Tussen publiek en privaat ondernemen*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1998, 274.

⁷ S. ARROWSMITH, "Some problems in Delimiting the Scope of the Public Procurement Directives. Privatisations, Purchasing Consortia and In-house Tenders", *PPLR* 1997, 203.

⁸ C. DE KONINCK, *Encyclopedie van het overheidsopdrachtenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 401.

⁹ K. WAUTERS, "Samenwerking tussen overheden: Europeesrechtelijke invloeden?" in K. WAUTERS (ed.), *Feestbundel Monard-D'Hulst 20 jaar. Diversiteit in eenheid*, Gent, Larcier, 2010, 281.

¹⁰ HvJ 3 oktober 2000, C-380/98, *University of Cambridge*, r.o. 17; HvJ 27 november 2001, C-285/99 en C-286/99, *Lombardini en Mantovani*, r.o. 34; HvJ 12 december 2002, C-470/99, *Universale-Bau e.a.*, r.o. 89.

7. Wanneer overheden de vervulling van hun openbare taken gezamenlijk wensen te verzorgen, spreekt men van publiek-publieke samenwerking (PuPuS).¹¹ Het begrip 'PuPuS' is in feite een politiek begrip, maar wordt hier benaderd vanuit het Europees aanbestedingsrecht. Voor het verdere verloop van dit onderzoek dient het als generieke term voor de diverse samenwerkings- en verzelfstandigingsinitiatieven die, voor wat lokale overheden betreft, mogelijk zijn onder het decreet intergemeentelijke samenwerking, het Gemeentedecreet en de OCMW-Wet. Onderstaande casus verduidelijkt waarover het precies zal gaan.

Een middelgrote gemeente (30.000 - 60.000 inwoners) heeft een repro afdeling, die helaas meer kosten dan baten heeft voor de gemeente. Door het feit dat elke afzonderlijke dienst van de gemeente over eigen printers en kopieermachines beschikt, is de werkdruk afgenomen en dat heeft zich vertaald in minder gemotiveerde werknemers. De gemeenteraad zoekt naar een oplossing en denkt eraan om van de repro afdeling een extern bedrijf te maken dat weliswaar dezelfde opdrachten voor de gemeente uitvoert, maar daarnaast ook andere partijen als klanten heeft. Door de repro afdeling op de markt te brengen, worden de werknemers gemotiveerd om efficiënter te werken en is de gemeente een kostenpost kwijt. Het initiatief zou echter pas rendabel zijn als ook andere gemeenten deelnemen. Vervolgens wordt er overlegd gepleegd met twee andere gemeenten en het plan krijgt stilaan handen en voeten. De repro afdelingen van de gemeenten worden samen ondergebracht in een afzonderlijke rechtspersoon en elke gemeente bezit één derde van de aandelen. Het bedrijf zal vanaf nu reprodiensten uitvoeren voor de deelnemende gemeenten, maar ook voor niet-deelnemende gemeente en andere private ondernemingen.

Met welke aanbestedingsrechtelijke verplichtingen moeten de oprichtende gemeenten rekening houden?

8. Over de al dan niet toepasselijkheid van het aanbestedingsrecht op dergelijke situaties is er de afgelopen jaren voortdurend discussie geweest. Die rechtsonzekerheid is te wijten aan het feit dat de aanbestedingsrichtlijnen lange tijd geen soelaas boden, zodat de problematiek nagenoeg uitsluitend voorwerp is geweest van Europese rechtspraak. Deze rechtspraak, die in de rechtsleer bekend staat als de 'in-house'-rechtspraak, is gedurende meer dan vijftien jaar in ontwikkeling geweest en het eindpunt lijkt nog niet meteen in zicht. Bij de recente hervorming van het aanbestedingsrecht is deze rechtspraak weliswaar gecodificeerd, waardoor PuPuS eindelijk over een wettelijke basis beschikt.¹² De periode daarvóór wordt echter gekenmerkt door een brede waaier aan casuïstiek die niet altijd uitblinkt in overzichtelijkheid en consistentie, zelfs in die mate dat het Hof van Justitie wel eens werd verweten voor meer vragen dan antwoorden te zorgen.¹³

9. De huidige stand van het recht in verband met PuPuS kan worden samengevat als volgt. Het uitgangspunt is dat contractuele verhoudingen tussen overheden onder dezelfde regeling vallen als die tussen overheden en private ondernemingen. Het Hof van Justitie oordeelde dat voor het bestaan van een overeenkomst "*volstaat [...] in beginsel, dat de overeenkomst is gesloten tussen een territoriaal*

¹¹ SEC(2011)1169 def., Werkdocument betreffende de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht op de betrekkingen tussen aanbestedende diensten ("publiek-publieke samenwerking"), 3. Zie ook B. SCHUTYSER, "De publiekrechtelijke verplichtingen van gemeentelijke verzelfstandigings- of samenwerkingsinitiatieven bij het sluiten van contracten", in S. VAN GARSSE, *Verzelfstanding en samenwerking op lokaal vlak*, Brussel, VVSG/Politea, 2007, I.5.

¹² De drie nieuwe richtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU traden in werking op 18 april 2014 en de implementatietermijn is vastgelegd op 24 maanden. Deze komen verder nog uitvoerig aan bod (*infra*, nr. 49).

¹³ P. QUERTAINMONT, "Avant-Propos" in F. GOSSSELIN (ed.) e.a., *Les modes de coopération des services publics locaux au regard du droit européen: contractualisation, mise en concurrence, marché public et exception "in house"*, Mechelen, Kluwer, 2008, nr. 35, 30.

lichaam en een persoon die daar rechtens van onderscheiden is".¹⁴ Het Hof gebruikt dus de onderscheiden rechtspersoonlijkheid als criterium voor het bestaan van een overeenkomst. Bijgevolg zijn ook overeenkomsten tussen overheden kwalificeerbaar als overheidsopdracht en moeten de desbetreffende richtlijnen worden nageleefd. Hieruit kan *a contrario* worden afgeleid dat als de verhouding niet steunt op een contractuele grondslag, er geen sprake is van een overheidsopdracht. Hoger werd al gewezen op de mogelijkheid om een openbare taak uit te voeren met eigen middelen. Het Hof heeft de niet-contractuele toewijzing van taken aan een andere rechtspersoon evenwel ook aanvaard wanneer deze laatste niet de vrijheid heeft om de opdracht te weigeren of over de vergoeding daarvan te onderhandelen.¹⁵

10. Vervolgens heeft het Hof van Justitie criteria opgesteld die toelaten dat bepaalde vormen van samenwerking tussen overheden kunnen worden vrijgesteld van het toepassingsgebied van de aanbestedingsrichtlijnen. Het gaat dan om contractuele verhoudingen die wel degelijk kwalificeerbaar zijn als overheidsopdrachten omdat alle noodzakelijke toepassingsvoorwaarden zijn vervuld, zowel wat betreft de opdrachtgever (aanbestedende dienst) als de opdracht (overeenkomst onder bezwarende titel voor een werk, levering of dienst), maar desalniettemin zijn vrijgesteld. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen enerzijds de verticale samenwerking en anderzijds de horizontale samenwerking.

Verticale samenwerking neemt de vorm aan van deelname in en controle op een afzonderlijke rechtspersoon die met de uitvoering van een taak is belast. Een of meerdere aanbestedende diensten - de moeders - houden toezicht op een dochterentiteit (controlecriterium), terwijl de dochter tegelijkertijd het merendeel van haar activiteiten voor de moeder(s) verricht (activiteitencriterium). Die zogenaamde *Teckal*-criteria, afkomstig van het gelijknamige arrest¹⁶, veronderstellen dat de dochter op een dusdanig nauwe wijze gelieerd is alsof het gaat om een taak aan haar interne diensten. Zij is in dat geval geen derde, waardoor er geen overeenkomst in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen wordt gesloten. Deze uitzondering wordt daarom ook wel de 'in-house'- of inbestedingsexceptie genoemd.

Horizontale samenwerking is een relatief nieuwe uitzonderingsmogelijkheid, ontstaan als gevolg van het *Hamburg*-arrest.¹⁷ Het betreft de situatie waarin meerdere aanbestedende overheden zich ten aanzien van elkaar engageren met als doel de gezamenlijke vervulling van een gemeenschappelijke taak van algemeen belang. In tegenstelling tot de verticale samenwerking, die ook steeds berust op een contractuele grondslag, geschiedt dit samenwerkingsverband zuiver op grond van een overeenkomst en dus niet via de oprichting van of deelname in een afzonderlijke rechtspersoon.

11. Het Hof van Justitie heeft uitdrukkelijk bevestigd dat beide vormen van samenwerking voorwerp zijn van een verschillende rechtspraak.¹⁸ Dit betekent dat er voor elke uitzondering aparte criteria gelden. Bovendien is er hoger op gewezen dat het Hof het EU-recht niet heeft beperkt tot samenwerkingsvormen die onder het toepassingsgebied van de aanbestedingsrichtlijnen vallen. Ook wanneer een overheid een derde belast met een economische prestatie dient zij rekening te houden met de Verdragsbeginselen en meer bepaald met het algemeen beginsel van niet-discriminatie en gelijke behandeling en de daaruit

¹⁴ HvJ 18 november 1999, C-107/98, *Teckal*, r.o. 50.

¹⁵ HvJ 19 april 2007, C-295/05, *Asemfo*, r.o. 54.

¹⁶ HvJ 18 november 1999, C-107/98, *Teckal*, r.o. 49-50.

¹⁷ HvJ 9 juni 2009, C-480/06, *Commissie t. Duitsland*, r.o. 37 en 47.

¹⁸ HvJ 19 december 2012, C-159/11, *ASL Lecce*, r.o. 31; HvJ 13 juni 2013, C-386/11, *Piepenbrock*, r.o. 33.

afgeleide transparantieplicht, ongeacht of die derde zelf een overheid is of niet.¹⁹ In die zin heeft het Hof zijn rechtspraak in verband met PuPuS getransponeerd op overheidsovereenkomsten die buiten het toepassingsgebied van de overheidsopdrachtenrichtlijnen vallen.

12. Wat beide uitzonderingen met elkaar gemeen hebben, is dat ze zich bevinden in de schemerzone van de toepassings sfeer van het aanbestedingsrecht en, eenmaal vervuld, de gunning van een opdracht zonder voorafgaande mededinging rechtvaardigen. De achterliggende redenering is dat het Hof van Justitie een onderscheid heeft willen maken tussen activiteiten die relevant zijn voor de markt en andere (nationale) regelingen waarover EU-lidstaten en overheden beschikken om hun taken van algemeen belang zo efficiënt mogelijk uit te voeren. De codificatie van deze uitzonderingen ging gepaard met een aantal verduidelijkingen, wijzigingen en uitbreidingen.²⁰ Teneinde een juist begrip van hun respectievelijke toepassing te kunnen vormen, is een analyse van de desbetreffende rechtspraak noodzakelijk. De jurisprudentiële ontwikkeling van PuPuS en haar recente wettelijke verankering behoren daarom tot de kern van mijn onderzoek, met als centrale onderzoeksvraag:

“Welke zijn de aanbestedingsrechtelijke grenzen aan de publiek-publieke samenwerking?”

1.2 Relevantie van het onderzoek

13. Volgens berekeningen van de Europese Commissie bedraagt de waarde van overheidsopdrachten in Europa sinds 2009 jaarlijks ongeveer 20% van het BBP van de Unie.²¹ De deelname door overheden aan het economisch verkeer, in de rol van aankoper van goederen of verwerver van diensten, is daarmee aanzienlijk en maakt van hen een belangrijke marktpeler.²² Gelet op het economisch belang van deze aankopen, beschouwt Europa het openstellen van de aanbestedingsmarkt voor een vrije en onvervalste mededinging als een van de wezenlijke voorwaarden om de interne markt te realiseren.²³ In dat opzicht stelde de Europese Commissie reeds in 1998 *“dat een stabiel wettelijk kader van essentieel belang is voor het soepel functioneren van de markt voor overheidsopdrachten en voor het behoud van het vertrouwen van de marktactoren in de doeltreffendheid van het systeem”*.²⁴

14. Wat betreft PuPuS is die stabiliteit echter lange tijd uitgebleven. Het onevenredig aantal geschillen op dit gebied waarover het Hof van Justitie zich heeft gebogen sinds de zaak *Teckal* getuigen daarvan. De door het Hof gehanteerde functionele interpretatie van de aanbestedingsrichtlijnen in die rechtspraak, met als doel een zo ruim mogelijke mededinging, illustreert een verre gaande doorwerking van het communautair recht in de nationale rechtsordes.²⁵ Door te stellen dat het voor de toepassing van de mededingingsregels, en meer specifiek de richtlijnen inzake overheidsopdrachten, niet uitmaakt of een

¹⁹ HvJ 13 oktober 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, r.o. 61-62.

²⁰ Wat betreft de overheidsopdrachten zijn de verticale en horizontale samenwerking opgenomen in art. 12.1-12.3 en art. 12.5 resp. art. 12.4 van Richtlijn 2014/24/EU (de ‘Klassieke Richtlijn’).

²¹ SWD(2014) 262 def., Staff Working Document Annual Public Procurement Implementation Review 2013, 5.

²² P. QUERTAINMONT, “Le rôle économique et social des marchés publics”, in D. BATSELÉ (ed.) e.a., *Les marchés publics à l’aube du XXIème siècle*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 101.

²³ COM(85)310 def., Witboek betreffende de voltooiing van de interne markt, 23.

²⁴ COM(1998)143 def., Mededeling over de overheidsopdrachten in de Europese Unie, 3.

²⁵ K. WAUTERS, “In house: tussen hamer en aambeeld”, in C. DE KONINCK (ed.) e.a., *Jaarboek overheidsopdrachten 2007-2008*, Brussel, EBP, 2008, nr. 33, 352.

opdrachtnemer privaat dan wel publiek is, legt het Hof onrechtstreeks verplichtingen op aan overheden, buiten elke wettekst om. Men kan zich afvragen of het wel de taak is van een rechtscollège om het toepassingsgebied van een reglementering zo gevoelig uit te breiden. Dat resulteert immers in een 'gouvernement de juges' en is niet bevorderlijk voor het democratisch gehalte van de Unie.

15. De rechtspraak in verband met PuPuS is daarnaast ook bijzonder vanwege de constant aanwezige spanningsverhouding tussen twee tegengestelde belangen, met name enerzijds de vrije marktprincipes van Europa en anderzijds de organisatievrijheid van de nationale overheden.²⁶ Die vrijheid, waaronder de mogelijkheid om met andere overheden samen te werken, maakt naar intern Belgisch recht deel uit van de wijze waarop overheden hun openbare dienst beheren. Een domein dat traditioneel behoort tot het nationaal bestuursrecht en in beginsel niet tot de bevoegdheid van de Europese Unie. Op indirecte wijze, namelijk via de toepassing van het aanbestedingsrecht, laat Europa bijgevolg toch zijn invloed gelden.²⁷ In die zin is er sprake van een conflict. Het lijkt alsof het Hof van Justitie door middel van de twee uitzonderingen deze belangen met elkaar heeft trachten te verzoenen.²⁸ Uit de analyse van die rechtspraak zal blijken dat het Hof geregeld het geweer van schouder verandert, zodat het niet steeds duidelijk is of de uitzonderingen dienst doen als een opening voor of inperking van de organisatievrijheid.

16. De Europese ontwikkelingen rond PuPuS zijn in de praktijk ten slotte enorm relevant voor de lokale besturen en dit omwille van twee redenen.

Ten eerste zou het merendeel van de overheidsopdrachten in de lidstaten zijn toe te schrijven aan deze instanties.²⁹ Zij komen daarom het meest in aanraking met het aanbestedingsrecht, dat als een complexe materie ervaren wordt en waarvan de concrete toepassing frequent voor juridische problemen zorgt. Dit leidt tot dure en trage aanbestedingen, waarbij dikwijls de prioriteit wordt gegeven aan wettelijke zekerheid in plaats van aan beleidsbehoeften. Bijkomende onzekerheden over het toepassingsgebied op het vlak van PuPuS dreigen dan ook de efficiëntie van de regelgeving nog meer in gevaar te brengen.

Ten tweede is er een sterk engagement tot samenwerken aanwezig bij deze instanties. Als laagste bestuursniveau zijn zij vaak beperkt in omvang en middelen en staan zij het dichtst bij de burger. In hun streven naar een kwaliteitsvolle dienstverlening kan de bundeling van krachten en expertise tal van voordelen bieden. Verscheidene van die openbare diensten vertonen naast een algemeen belang, tevens een economisch belang. Het zijn allerlei diensten die verband houden met handel, industrie, cultuur, sport, gezondheid, leefmilieu etc. en die zich, vooral vanuit financiële overwegingen, lenen tot samenwerking.³⁰ Hierbij valt te denken aan het ophalen en verwerken van huisvuil, parkeerbeleid, havens, ziekenhuizen, verdeling van water, gas en elektriciteit of radio- en televisiedistributie.

²⁶ *Ibid.*, nr. 3, 330.

²⁷ A.L. DURVIAUX, "Les pouvoirs locaux et le droit dérivé des marchés publics: la théorie de l'in house", *o.c.*, 85.

²⁸ Het Hof van Justitie ziet toe op de eerbiediging en de toepassing van het Europees recht (art. 19, lid 1, 1e al. VEU) en doet daarbij enkel uitspraak over concrete geschillen. Omdat de rechters verder geen uitleg geven aan hun rechtspraak, is het enigszins raden naar de achterliggende intentie.

²⁹ H. RÜHLE, *Verslag over nieuwe ontwikkelingen bij overheidsopdrachten*, (2009/2175(INI)), 10 mei 2010, 16-17.

³⁰ P. QUERTAINMONT, *Droit administratif de l'économie: l'interventionnisme économique des pouvoirs publics*, Diegem, Kluwer, 2000, nrs. 79-80, 82-83.

17. Toen de 'in-house'-rechtspraak tijdens het vorige decennium zijn opgang maakte, was het grote schokeffect dat dergelijke samenwerkingsinitiatieven voortaan onverbiddeijk aan het marktmechanisme zouden worden onderworpen. Er zijn nochtans situaties waarin de mededinging van ondergeschikt belang is, zoals wanneer een gemeente overgaat tot het verzelfstandigen van bepaalde activiteiten. In dat geval worden taken, die voorheen in eigen beheer werden behartigd, om budgettaire en beheerskundige redenen toevertrouwd aan een reeds bestaande of specifiek daartoe opgerichte afzonderlijke rechtspersoon, waarin vervolgens een of meerdere gemeenten deelnemen. De verzelfstandiging heeft dan niet tot doel om de markt te raadplegen, maar kadert in de reorganisatie en/of optimalisatie van het bestuur teneinde een efficiëntere dienstverlening te bekomen.³¹ De aanbesteding van deze taken zou tot gevolg hebben dat de verzelfstandigde dienst om de gunning ervan te verkrijgen moet concurreren met ervaren marktpartijen en daarbij het onderspit zou kunnen delven. In Nederland spreekt men ook wel van de 'bruidsschatproblematiek'.³²

18. Dat die vrees niet onterecht was, bleek al snel uit de houding van de Europese Commissie. Die liet immers, naar aanleiding van een ambtshalve onderzoek in alle lidstaten naar de verschillende vormen van het beheer van lokale diensten, de kans niet onbenut om ook België in 2002 en 2003 in gebreke te stellen waarin ze zonder meer stelt dat de praktijk van de lokale Belgische instanties die rechtstreeks, dus zonder bekendmaking of openstelling voor mededinging, opdrachten van economische aard aan een lokaal gemeentebedrijf, een intercommunale maar ook aan een vzw toewijzen, in strijd is met de regels inzake overheidsopdrachten.³³ Als antwoord hierop hebben de verschillende Gewestregeringen vervolgens via ministeriële omzendbrieven richtsnoeren aangereikt om de 'in-house'-betrokkingen tussen gemeenten en de aan hen verbonden entiteiten in overeenstemming te brengen met de Europese rechtspraak.³⁴

1.3 Methodologie

19. Centraal staan de aanbestedingsrechtelijke grenzen aan PuPuS. Waar moeten overheden rekening mee houden als ze elkaar taken toevertrouwen? Kunnen overeenkomsten binnen de overheidsfeer ontsnappen aan de aanbestedingsregels? Meer bepaald wordt onderzocht in hoeverre de huidige stand van het aanbestedingsrecht, en bij uitbreiding de regelgeving betreffende de mededinging en de interne markt, overheden de vrijheid laat om aan elkaar opdrachten toe te vertrouwen of van elkaars diensten gebruik te maken, zonder voorafgaandelijk beroep op de markt. Daarbij wordt steeds rekening gehouden met de eigen doelstelling van de overheid, namelijk de behartiging van het algemeen belang. Deze bijzondere taak verlangt dat de overheid zelf enige controle behoudt op de manier waarop zij zich organiseert. Het spelen van de concurrentie is dan minder van tel. Het onderzoek wil daarom uitmaken of de uitzonderingen van de verticale en horizontale samenwerking het juiste evenwicht weerspiegelen tussen enerzijds de vrije markt en anderzijds het algemeen belang. De (veel te) lange weg die hun ontwikkeling heeft doorlopen, met als (voorlopig) eindpunt de codificatie ervan, doet evenwel soms denken aan een sisyfusarbeid en bewijst de gevoeligheid van het vraagstuk.

³¹ P. BLONDIAU, "Intercommunales et régies communales autonomes", *Mouv. comm.* 2000, 15.

³² E. MANUNZA, *EG-aanbestedingsrechtelijke problemen bij privatiseringen en bij de bestrijding van corruptie en georganiseerde criminaliteit*, Deventer, Kluwer, 2001, 155.

³³ V. RAMELOT, Nieuwsbrief 2004/3 - april 2004, 13, te raadplegen op <http://www.avcb-vsgb.be>.

³⁴ BS 27 juli 2006, 36756; BS 13 oktober 2006, 54834; BS 4 oktober 2007, 52175; BS 2 oktober 2008, 52728.

20. Voor het onderzoek is hoofdzakelijk gebruik gemaakt van Europese rechtsbronnen. Dat is het gevolg van de zogenaamde 'onstuitbare Europeanisering' van het overheidsopdrachtenrecht, waardoor de Belgische reglementering³⁵ steeds meer onder invloed van Europa is komen te staan.³⁶ De relevante Europese Verdrags- en wetsbepalingen, rechtspraak en 'soft law'-initiatieven van de Commissie zijn bestudeerd, geanalyseerd en geïnterpreteerd. De Belgische rechtspraak over PuPuS is slechts dun gezaaid. Deze was overigens vaak al snel achterhaald vanwege het hoge tempo aan wijzigingen die de rechtspraak onderging op Europees niveau. Het zijn vooral de rechtsacademici en praktijkjuristen die zich over de problematiek hebben gebogen en de mogelijke samenwerkingsverbanden tussen overheden aan de Europese rechtspraak hebben getoetst, zodat de meeste moeilijkheden preventief werden opgevangen. Deze rechtsleer is het voorwerp geweest van een uitgebreide literatuurstudie. Er is bij de selectie van de literatuur bewust gekozen voor gezaghebbende auteurs en actuele publicaties in vakgerelateerde handboeken en tijdschriften.

21. Het onderzoek krijgt ten slotte een praktische betekenis door de bevindingen toe te passen op de context van verzelfstandiging bij lokale overheden. Omdat het merendeel van de rechtspraak in verband met PuPuS handelt over de verticale samenwerking, is de keuze voor externe verzelfstandiging, waarbij een afzonderlijke rechtspersoon wordt opgericht, aannemelijk.³⁷ In die categorie beperk ik mij tot het autonoom gemeentebedrijf (AGB). Dat is een dienst opgericht door de gemeente en belast met een welbepaalde taak van gemeentelijk belang. De populariteit van AGB's is de laatste jaren fel gestegen en ze vervullen functies op het gebied van onder andere stadsontwikkeling, sport en cultuur. Het doel is om na te gaan of de samenwerking tussen een gemeente en haar AGB in overeenstemming is met de overheidsopdrachtenreglementering. De toepasselijke bepalingen van het Gemeentedecreet³⁸ dienen hiervoor als basis. Om het theoretisch gehalte van de toetst te overstijgen, is daarenboven concreet veldwerk verricht bij twee gemeenten. Via inzage en analyse van de relevante stukken zoals de statuten en de beheersovereenkomst, wordt nagegaan hoe de ontwikkelingen rond PuPuS, en meer bepaald de 'in-house'-uitzondering, toepasbaar zijn op de verhouding tussen een gemeente en het AGB.

1.4 Onderzoeksplan

22. De beantwoording van de centrale onderzoeksvraag, namelijk "Welke zijn de aanbestedingsrechtelijke grenzen aan de publiek-publieke samenwerking?", zal verlopen in de volgende fases.

Te beginnen met het wettelijk kader inzake overheidsopdrachten. De rechtsgrondslag en de doelstelling van deze regelgeving wordt aan de hand van de Europese Verdragen nader toegelicht. Ook de voor de onderzoeksvraag relevante kenmerken van een overheidsopdracht, zoals opgesomd in de richtlijnen en de Belgische wetgeving, worden overlopen om het toepassingsgebied ervan te definiëren (*hoofdstuk 2*).

³⁵ Wet van 15 juni 2006 overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, *BS* 15 februari 2007. Hierna aangeduid als Overheidsopdrachtenwet.

³⁶ P. FLAMME, M.A. FLAMME en C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Brussel, Larcier, 2009.

³⁷ Interne verzelfstandiging behelst de operationele autonomie van een dienst binnen dezelfde rechtspersoon.

³⁸ Art. 225-244 Gemeentedecreet, *BS* 31 augustus 2005.

Vervolgens ligt de focus op de samenwerking tussen overheden en haar evolutie in de rechtspraak van het Hof van Justitie. Het vertrekpunt van deze analyse is het begrip 'overeenkomst'. In het mijlpaalarrest *Teckal* gaf het Hof aan dit begrip immers een eigen, functionele uitlegging om uit te maken wat 'een derde' precies is en reikte het vervolgens ook criteria aan om te bepalen wie die derde kan zijn. Tijdens het verdere verloop van de 'in-house'-rechtspraak zijn die criteria stelselmatig geherinterpreteerd door ze nu eens in te perken en dan weer uit te breiden. Met aandacht voor de evoluties in de rechtspraak, kunnen niettemin indicaties worden afgeleid op grond van dewelke PuPuS mogelijk is zonder toepassing van het aanbestedingsrecht. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen de gevallen waarin voor de samenwerking een nieuwe aparte structuur met rechtspersoonlijkheid wordt opgericht (verticaal) en die waarbij de samenwerking louter contractueel vorm wordt gegeven (horizontaal). Een duidelijk inzicht in die rechtspraak is onontbeerlijk om de recente codificatie ervan te evalueren. Met de nieuwe regelgeving krijgt de samenwerking tussen overheden immers een tweede adem. Deze zal worden afgezet en vergeleken met de gevestigde rechtspraak. De jurisprudentiële uitzonderingen zijn immers niet letterlijk overgenomen, maar voorzien van verduidelijkingen, modificaties en ook uitbreidingen. De verklaring en de vergelijking van de desbetreffende bepalingen maakt het mogelijk om de actuele stand van het recht inzake PuPuS in te schatten (*hoofdstuk 3*).

Aansluitend wordt de theorie getoetst aan de wijze waarop twee specifieke gemeenten vorm geven aan hun AGB. Een gemeente die beslist om een AGB op te richten, moet zich met betrekking tot de toepassing van het aanbestedingsrecht twee vragen stellen. Moet de beslissing om een AGB op te richten voorafgaan door een bevraging van de markt? Zijn de rechtshandelingen tussen de gemeente en haar AGB te kwalificeren als een overheidsopdracht? Op basis van die vragen wordt de concrete praktijk van dit lokale samenwerkingsverband doorgelicht (*hoofdstuk 4*).

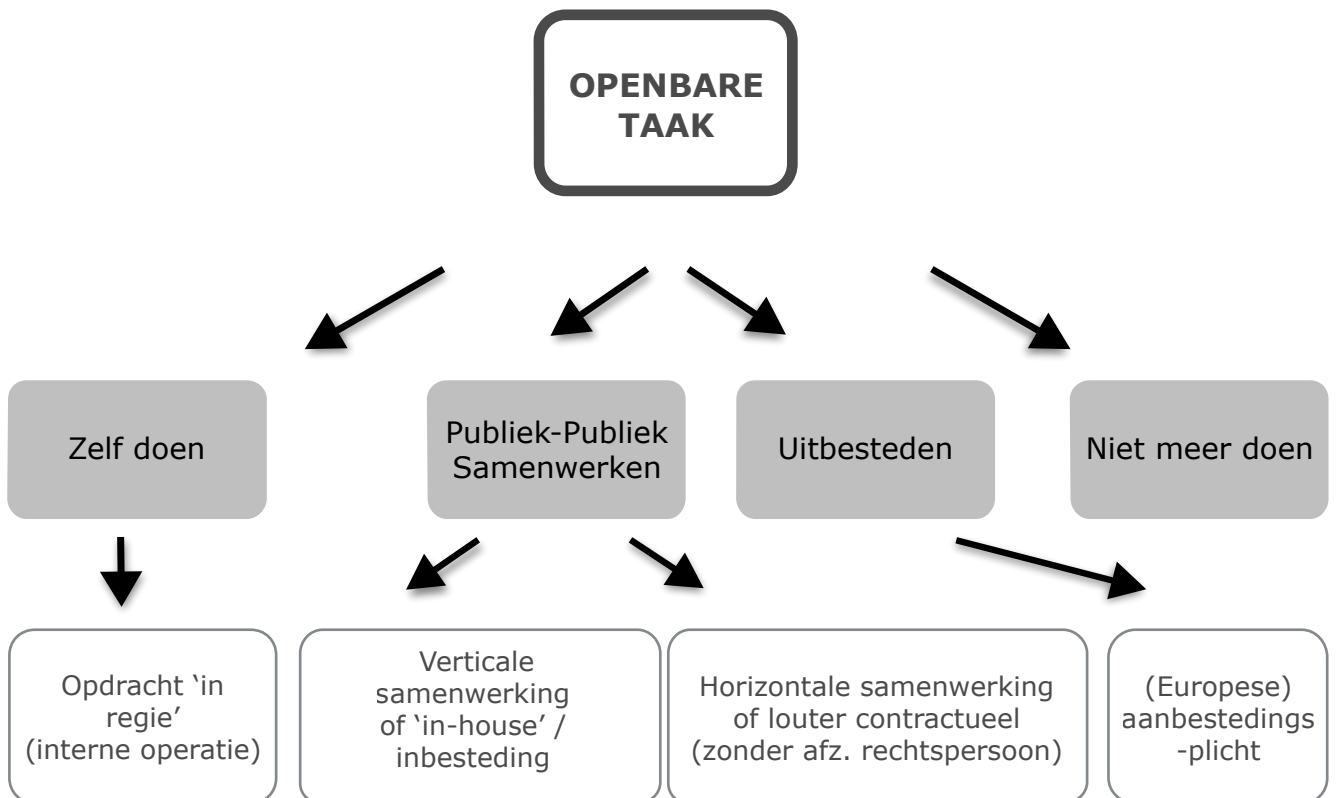
Wegens de vooropgestelde omvang van het onderzoek worden de specifieke wettelijke uitzonderingen op de aanbestedingsrichtlijnen buiten beschouwing gelaten.³⁹ Hetzelfde geldt voor het uitgebreide luik over de rechtsbescherming inzake overheidsopdrachten. Op de vraag van wat de in het ongelijk gestelde kandidaten kunnen ondernemen indien een aanbestedende dienst een opdracht onrechtmatig gunt aan een (publieke) ondernemer, zal bijgevolg niet worden ingegaan. Het algemeen beginsel van gelijke behandeling en de daaruit afgeleide transparantieplicht, die aan bod komen tijdens de bespreking van het wettelijk kader, zijn uiteraard wel een vorm van preventieve rechtsbescherming. Tenslotte wordt het fenomeen PuPuS enkel benaderd vanuit het aanbestedingsrecht. Dat betekent dat de mededingings- en staatssteunrechtelijke problemen die hiermee gepaard verder niet zullen worden behandeld.

³⁹ Meer bepaald opdrachten voor diensten gegund op basis van een alleenrecht en de regeling voor aankoopcentrales (art. 11 resp. art. 37 Richtlijn 2014/24/EU; art. 18, 1^o resp. art. 15 Overheidsopdrachtenwet), alsmede de gunning aan verbonden ondernemingen in de nutssectoren (art. 29 Richtlijn 2014/25/EU; art. 52, 3^o Overheidsopdrachtenwet).

1.5 Terminologische bemerking

23. Wie de literatuur erop naslaat, zal merken dat opdrachten 'in regie' ook worden aangemerkt als 'in-house'-opdrachten of inbesteding (*supra*, nr. 4). Om het onderscheid te maken met de gevallen waarbij een aanbestedende dienst een overeenkomst onder bezwarende titel sluit met een overheid of andere publieke entiteit die over eigen rechtspersoonlijkheid beschikt, maar waarop zij een zekere controle uitoefent, wordt dan gesproken van 'quasi-in-house'-opdrachten, *quasi*-inbesteden, 'in-house'-opdrachten *sensu lato* enzovoort. In voorliggend onderzoek worden deze laatste opdrachten vanaf nu aangeduid als 'in-house' of 'inbesteding' zonder meer.⁴⁰

Schematisch kan het een en ander als volgt worden weergegeven:



⁴⁰ De term 'in-house' doelt op de relatie tussen de opdrachtgever en de uitvoerder, terwijl met 'inbesteding' de actie van het toewijzen van een opdracht wordt bedoeld.

2 JURIDISCH KADER

2.1 Europa

2.1.1 Europese Verdragen

24. Als het gaat over de aanbestedingsrechtelijke grenzen aan PuPuS, wordt hiermee bedoeld dat het een uitzondering op de algemene regels betreft. Zoals bekend, vindt de overheidsopdrachtenwetgeving zijn oorsprong in de aanbestedingsrichtlijnen die op hun beurt grondslag vinden in de Europese Verdragen. De doelstellingen van de aanbestedingsregels moeten aldus daar worden gezocht en zijn mede bepalend om te begrijpen waarom de rechtspraak er uitzonderingen op heeft aangebracht. Deze uitzonderingen zijn immers enkel maar te verantwoorden als er tezelfdertijd ook andere belangen spelen die een onverkorte toepassing van de algemene regels in bepaalde gevallen onwenselijk zou maken.

De economische doelstellingen van het aanbestedingsrecht komen steeds terug in de rechtspraak rond PuPuS. Zo benadrukte het Hof van Justitie al van meet af aan in de zaak *Stadt Halle*⁴¹, bij de motivering van de 'in-house'-uitsondering, uitdrukkelijk: "[...] zij in de eerste plaats herinnert aan het hoofddoel van de gemeenschapsregels inzake overheidsopdrachten [...] het vrij verkeer van diensten en de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten. Dit impliceert dat elke aanbestedende dienst de relevante gemeenschapsregels moet toepassen wanneer is voldaan aan de daarin gestelde voorwaarden" (r.o. 44).

Uit datzelfde arrest blijkt overigens dat tevens niet-economische overwegingen aan de grondslag van de 'in-house'-uitsondering liggen: "Een overheidsorgaan, dat een aanbestedende dienst is, kan zijn taken van algemeen belang vervullen met zijn eigen administratieve, technische en andere middelen, zonder dat hij een beroep hoeft te doen op externe lichamen die niet tot zijn diensten behoren. In dat geval kan er geen sprake zijn van een overeenkomst onder bezwarende titel met een lichaam dat juridisch van de aanbestedende dienst onderscheiden is. De gemeenschapsregels inzake overheidsopdrachten behoeven dan ook niet te worden toegepast" (r.o. 48).⁴² In het kader van de horizontale samenwerking preciseerde het Hof in de zaak *Commissie t. Duitsland* bovendien ook nog dat: "... het gemeenschapsrecht de overheidsinstanties geen bijzondere rechtsvorm voorschrijft voor de gemeenschappelijke uitoefening van hun taken van algemeen belang ...".⁴³

25. Alvorens deze rechtspraak verder te analyseren, is het nodig eerst de relevante doelstellingen en taken van de EU te onderzoeken, zoals neergelegd in de Verdragen (beginsel van niet-discriminatie, de interne markt en de vrije verkeersbepalingen, de mededingingsregels en het recht op regionaal en lokaal zelfbestuur) en vervolgens de doelstellingen en de relevante bepalingen van de aanbestedingsrichtlijnen.

⁴¹ HvJ 11 januari 2005, C-26/3, *Stadt Halle*.

⁴² Zie ook HvJ 13 november 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, r.o. 48.

⁴³ HvJ 9 juni 2009, C-480/06, *Commissie t. Duitsland*, r.o. 47.

2.1.1.1 Doelstellingen

26. De hoofddoelstellingen van de EU staan opgesomd in artikel 3 VEU.⁴⁴ Daarin wordt onder andere gewezen op "... *de duurzame ontwikkeling van Europa, op basis van een evenwichtige economische groei, een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen die gericht is op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang ...*". Deze bepaling vermeldt ook de middelen ter verwezenlijking daarvan, met name het tot stand brengen van de interne markt en het instellen van een economische en monetaire unie. Het Protocol nr. (27) betreffende de interne markt en de mededinging voegt daaraan toe dat "*de interne markt een regime omvat dat verzekert dat de mededinging niet wordt vervalst*".⁴⁵

Deze doelstellingen scheppen geen concrete rechten of verplichtingen. Ze zijn echter wel een belangrijke interpretatiebron voor de andere Europese Verdragsregels. Zo moet het optreden van de EU altijd in het licht van deze doelstellingen beoordeeld worden en dienen ze tevens om de draagwijdte van concrete Verdragsbepalingen voor overheden te duiden (zoals onder meer de regels inzake het vrij verkeer).⁴⁶

2.1.1.2 Interne Markt

27. Eén van de kerntaken van de EU is het tot stand brengen van de interne markt. Deze wordt gedefinieerd als "*een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd volgens de bepalingen van de Verdragen*" (art. 26, lid 2 VWEU). Zij behelst "*de afschaffing van alle belemmeringen van het intracommunautaire handelsverkeer teneinde de nationale markten te verenigen tot één enkele markt die de omstandigheden van een binnenlandse markt, zoveel mogelijk benadert*"⁴⁷; een gebied met één gemeenschappelijke buitengrens (douane-unie) waarbinnen productiefactoren (goederen, personen, diensten en kapitaal) vrijelijk kunnen bewegen. In een interne markt zijn lidstaten afhankelijk van elkaar, wat hen aanzet om vreedzaam samen te werken.

28. In het kader van overheidsopdrachten zijn hoofdzakelijk de bepalingen inzake het vrij verkeer van goederen (art. 28 VWEU), de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU) en het vrij verrichten van diensten (art. 56 VWEU) van belang. Als instrumenten van 'negatieve integratie' verbieden deze bepalingen nationale regelingen die door handelsbeperkingen de grenzen in stand zouden houden of herinvoeren, zodat elke marktdeelnemer over de 'binnengrenzen' heen goederen kan afzetten en afnemen, diensten kan verrichten en ontvangen of op duurzame wijze economische activiteiten kan ontplooiën. De vrije toegang tot de markt is gegarandeerd en onderdanen uit andere lidstaten hebben gelijke toegang. Deze bepalingen zijn daarom een bijzondere uitdrukking van het algemene beginsel volgens hetwelk binnen de werkingssfeer van de Verdragen elk onderscheid op grond van nationaliteit verboden is (art. 18 VWEU).⁴⁸

⁴⁴ Deze doelstellingen moeten in samenhang worden gelezen met de aanvullende doelstellingen die zijn neergelegd in de 'algemeen toepasselijke bepalingen' van Titel II van het VWEU.

⁴⁵ Protocol nr. (27) betreffende de interne markt en de mededinging, *Pb.C.* 115, 9 mei 2008.

⁴⁶ M. FALLON, *Droit matériel général*, Brussel, Bruylant, 2002, 17 met verwijzing naar HvJ 11 maart 1992, C-79/90, *Compagnie commerciale de l'Ouest*; HvJ 18 juni 1991, C-260/89, *ERT*.

⁴⁷ HvJ 5 februari 1982, C-15/81, *Schul*, r.o. 33.

⁴⁸ K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, nr. 170, 136.

29. In sommige gevallen kunnen verschillen in wetgeving of bestuursrechtelijke maatregelen, die als zodanig niet onverenigbaar zijn met het recht van Unie, leiden tot een ongelijke concurrentiepositie voor de marktdeelnemers. Daarom heeft de EU ook de algemene taak van 'positieve integratie', die bestaat uit het dichterbij elkaar brengen van de nationale wetgevingen en waarbij de administratieve formaliteiten worden vereenvoudigd (art. 113-117 VWEU).⁴⁹ Zulke harmonisering laat het Europees recht doorwerken in materies die niet rechtstreeks tot de bevoegdheid van Unie behoren, maar waarvoor een eenvormig beleid in de lidstaten wel noodzakelijk is teneinde een goede werking van de interne markt te verzekeren. In het kader van overheidsopdrachten is dat gebeurd op grond van de artikelen 26, lid 1 en 114 VWEU. Als gevolg van deze harmonisering dienden lidstaten hun administratieve rechtsregels ter zake aan te passen aan het coördinerend beleid van de aanbestedingsrichtlijnen, dat erop gericht is om het vrij verkeer van goederen, personen en diensten bij de gunning van overheidsopdrachten te verzekeren.⁵⁰

2.1.1.3 Mededinging

30. De Unie is gebaseerd op een open markteconomie met vrije mededinging, waarbij een doelmatige allocatie van middelen wordt bevorderd (art. 120 en 127, lid 1 VWEU).⁵¹ Het mededingingsbeleid van de EU zorgt voor een eerlijke concurrentie op de interne markt. Dat bevordert ondernemerschap en biedt consumenten een ruimere keuze aan producten en diensten tegen de beste prijs-kwaliteitverhouding. Een werkzame mededinging is onontbeerlijk voor de economische integratie. Hoewel in een interne markt, door middel van negatieve en positieve integratie, de binnengrenzen geen hinderpalen meer vormen voor het vrije handelsverkeer, dan nog kunnen concrete handelingen van zowel het bedrijfsleven als de overheid de concurrentie ontwrichten en zodoende belemmerend werken.⁵² Het mededingingsrecht omvat daarom regels die concurrentievervalsing door ondernemingen verbieden (art. 101-106 VWEU) en regels die staatssteun aan ondernemingen beperken (art. 107-109 VWEU).

31. Zo mogen ondernemingen geen concurrentieverstorende afspraken maken (art. 101 VWEU) of hun machtspositie misbruiken om concurrenten uit de markt te drukken (art. 102 VWEU). Overheidsdeelname aan het economisch verkeer door ondernemingen in handen van de overheid ('openbare bedrijven') of waaraan de overheid bijzondere of exclusieve rechten verleent, is toegestaan op voorwaarde dat de regels van de Verdragen, in het bijzonder de vrije verkeersregels en de mededingingsregels, geëerbiedigd worden (art. 106, lid 1 VWEU). Afwijkingen op die regels zijn enkel mogelijk via een beroep op de uitzondering uit artikel 106, lid 2 VWEU voor ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen belang.⁵³ Het betreft bijvoorbeeld vervoer, (tele)communicatie, postdiensten, energie en andere nutsvoorzieningen. De uitzondering geldt voor zover de toepassing van de Verdragsregels de vervulling van de hun toevertrouwde bijzondere taak zou verhinderen.⁵⁴

⁴⁹ *Ibid.*, nr. 173, 137-138.

⁵⁰ K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees Recht In Hoofdpijnen*, Antwerpen, Maklu, 2003, nr. 253, 269-270.

⁵¹ Zie ook art. 119, lid 1 en 2 VWEU, waarin de inachtneming van het beginsel van een open markteconomie in het beleid van de lidstaten en de Unie in verband wordt gebracht met de doelstellingen uit art. 3 VEU.

⁵² K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, nr. 172, 137.

⁵³ Art. 106 VWEU wordt gezien als een Europees instrument tot liberalisering van de markten van openbare nutsvoorzieningen in Europa. Een bespreking van het begrip 'diensten van algemeen (economisch) belang' valt echter buiten het bestek van deze bijdrage. Zie daarover: Diensten van algemeen belang in Europa, *Pb.C.* 1996, 281/4; Mededeling betreffende diensten van algemeen belang in Europa, *Pb.C.* 2000, 17/4; COM(2001)598 def., Verslag aan de Europese Raad van Laken - Diensten van algemeen belang; COM(2003)270 def., Groenboek over diensten van algemeen belang; COM(2004)374 def., Witboek over diensten van algemeen belang; COM(2007)725 def., Mededeling betreffende de diensten van algemeen belang, inclusief de begeleidende stukken SEC(2007)1514, 1515 en 1516.

⁵⁴ K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, nr. 321, 252-253.

Deze bepaling is relevant omdat sommige auteurs menen dat gedecentraliseerde instellingen, zoals intergemeentelijke verenigingen en AGB's, in vele gevallen worden belast met zulke diensten van algemeen belang.⁵⁵ Vermits de richtlijnen inzake overheidsopdrachten als afgeleid recht zowel de principes als de uitzonderingen van de Verdragen moeten naleven, zien de auteurs voor zulke instellingen die voldoen aan de voorwaarden van artikel 106, lid 2 VWEU een mogelijkheid om eventueel te kunnen ontsnappen aan de overheidsopdrachtenreglementering.

32. De aanbestedingsprocedures zijn erop gericht om, waar mogelijk, de mededinging zoveel mogelijk te bevorderen en aanbestedende diensten ervan te weerhouden zich schuldig te maken aan favoritisme.⁵⁶ De noodzakelijke voorwaarden, opdat bij het gunnen van overheidsopdrachten de gelijke behandeling is gegarandeerd, worden door de regelgeving verwezenlijkt via verschillende maatregelen die onder andere voorzien in: de voorafgaande bekendmaking van opdrachten; het verbod op discriminerende criteria; een gelijke behandeling van alle kandidaat-inschrijvers doorheen de hele procedure; en de transparantieplicht alsmede de rechtsbescherming om te controleren dat de regels worden gevolgd.⁵⁷

Wanneer een opdracht op grond van PuPuS is uitgezonderd van de aanbestedingsprocedures, kunnen er bijgevolg problemen rijzen op (onder meer) staatssteunrechtelijk vlak. Het is niet omdat bepaalde samenwerkingsvormen aanbestedingsrechtelijk zijn vrijgesteld, er geen andere rechtsregels meer spelen wanneer overheden de markt betreden. Zo verbieden de Europeesrechtelijke staatssteunregels (art. 107-109 VWEU) overheden om aan ondernemingen, publiek dan wel privaat, een ongerechtvaardigd niet-marktconform voordeel te verschaffen, teneinde de normale marktwerking niet in gevaar te brengen. Waar het organiseren van een aanbestedingsprocedure normaliter voldoende garanties biedt voor marktconforme overeenkomsten, is dit niet meer zo vanzelfsprekend eenmaal die verplichting wegvalt.

2.1.1.4 Regionaal en lokaal zelfbestuur

33. Het recht op regionaal en lokaal zelfbestuur is door het Verdrag van Lissabon voor de eerste maal erkend in het primair recht van de EU (art. 4, lid 2 VEU), terwijl ook het subsidiariteitsbeginsel in die zin is versterkt (art. 5, lid 3 VEU). Dit recht is nauw verwant met de diensten van algemeen belang.⁵⁸ Eerder werd de vrijheid waarmee een overheid haar openbare dienst beheert reeds erkend door het Europees Handvest inzake lokale autonomie.⁵⁹ Dit Handvest richtte zich echter enkel tot de toetredende lidstaten, die het recht op lokaal zelfbestuur moesten erkennen in het nationale recht. Vermits de EU zelf nooit is toetredende, gold er geen vergelijkbare verplichting voor de Unie en haar instellingen. Het Europees recht diende dus geen rekening te houden met de autonomie op de gedecentraliseerde niveaus.⁶⁰

⁵⁵ Het betreft een louter theoretische stelling die als dusdanig nooit door het Hof van Justitie is gevolgd. Zie A.L. DURVIAUX en N. THIRION, "Les modes de gestion des services publics locaux, la réglementation relative aux marchés publics et le droit communautaire", *JT* 2004, nr. 38-43, 25-26.

⁵⁶ Uit de tweede overweging *in fine* van Richtlijn 2014/24/EU blijkt dat deze richtlijn ook het volgende doel dient: "Voor overheidsopdrachten met een waarde boven een bepaald drempelbedrag moeten echter bepalingen worden opgesteld die nationale procedures voor aanbestedingen coördineren om te waarborgen dat deze beginselen in de praktijk worden geëerbiedigd en dat overheidsopdrachten worden opengesteld voor mededinging."

⁵⁷ M. MEULENBELT, "Mededinging: een leidend principe in het aanbestedingsrecht", *MM* 2005, afl. 2, 53.

⁵⁸ Zie ook art. 1 van Protocol nr. (26) betreffende de diensten van algemeen belang, *Pb.C.* 115, 9 mei 2008, waarin gewezen wordt op "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".

⁵⁹ The European Charter on Local Self-Government, opgesteld door de Raad van Europa op 15 oktober 1985.

⁶⁰ A. ROSENKOTTER en T. WUERSIG, *The impact of the Lisbon Treaty in the field of Public Procurement*, Brussel, European Parliament DG for Internal Policies, PE 429.988, January 2010, 6.

De nieuwe Verdragsregels hebben uiteraard gevolgen voor PuPuS. Onderdeel van het recht op zelfbestuur is immers de mogelijkheid voor besturen om zelf te bepalen hoe zij hun taken van algemeen belang het beste kunnen organiseren, waaronder de mogelijkheid tot samenwerken, opdat deze zoveel mogelijk aanleunen bij de behoeftes van het publiek. De expliciete erkenning van dat recht in artikel 4, lid 2 VEU betekent dat het steeds in overweging moet worden genomen bij de toepassing en interpretatie van de andere Verdragsbepalingen en het daarvan afgeleide recht, zoals de aanbestedingsrichtlijnen.⁶¹

34. De tijden waarin de belangen van regionale en lokale bestuursniveaus steeds moesten wijken voor de economische doelstellingen van marktintegratie en mededinging zijn sinds de wijzigingen door het Verdrag van Lissabon betreffende het regionaal en lokaal zelfbestuur definitief voorbij. Deze maken duidelijk dat de overheid steeds over een discretionaire bevoegdheid beschikt om zelf taken uit te voeren in samenwerking met anderen. De burger heeft recht op een efficiënte dienstverlening en dit noodzaakt dat een overheid controle behoudt op haar organisatie. De tegenpool is evenwel dat het niet mag leiden tot marktverstoring. Dit zijn dé twee tegenstrijdige belangen die aan de basis van de 'in-house'-rechtspraak liggen en die ten tijde van Lissabon het Hof al een tiental jaren in bedwang hielden.

De arresten *Coditel Brabant*, *Commissie t. Duitsland* en *Sea* dateren van dezelfde periode als het Verdrag van Lissabon en zorgden op vlak van PuPuS voor een ware opsteker in de tot dan toe vrij restrictieve rechtspraak.⁶² Dit gegeven lijkt erop te wijzen dat het Hof van Justitie de nieuwe versterkte rol van de regionale en lokale besturen heeft geïncorporeerd in zijn jurisprudentie, wat kan worden toegejuicht.⁶³

2.1.2 Algemene beginselen

2.1.2.1 Situering

35. Vooraleer de aanbestedingsrichtlijnen zelf aan bod komen, wordt eerst kort stilgestaan bij de algemene beginselen die het Hof van Justitie heeft afgeleid uit het primair EU-recht. Naar aanleiding van zijn rechtspraak met betrekking tot concessies van openbare dienst heeft het Hof uit deze Verdragsregels namelijk een aantal verplichtingen afgeleid die een overheid verplichten om actief de concurrentie op te roepen wanneer zij een derde belast met economische prestaties. De reden voor deze functionele interpretatie was simpel: concessies van openbare dienst zijn geen overheidsopdrachten met als gevolg dat de aanbestedingsrichtlijnen geen toepassing konden vinden. Het gemis aan bekendmaking ontnam mogelijk geïnteresseerde kandidaten uit andere lidstaten de kans om eraan mee te dingen.

⁶¹ De opname van het regionale en lokale niveau in het subsidiariteitsbeginsel van artikel 5, lid 3 VEU houdt een uitbreiding in van het decentralisatiecriterium waaraan het optreden van de Unie wordt getoetst op vlak van de gedeelde bevoegdheden tussen de EU en de lidstaten: zij mag enkel tussenkomen als zij in staat is doeltreffender op te treden dan EU-landen op hun nationale, maar nu ook regionale of lokale niveau. Daarenboven wordt sinds Lissabon ook het Comité van de Regio's betrokken bij het toezicht op het subsidiariteitsbeginsel. Net zoals de nationale parlementen kan het Comité van de Regio's een wetsbesluit aanvechten voor het Hof van Justitie als zij vindt dat het subsidiariteitsbeginsel niet wordt nageleefd. Zie art. 8, tweede alinea van Protocol nr. (2) betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid, *Pb.C.* 83, 30 maart 2010.

⁶² HvJ 13 november 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*; HvJ 9 juni 2009, C-480/06, *Commissie t. Duitsland*; HvJ 10 september 2009, C-573/07, *Sea*.

⁶³ A. ROSENKOTTER en T. WUERSIG, *The impact of the Lisbon Treaty in the field of Public Procurement*, Brussel, European Parliament DG for Internal Policies, PE 429.988, January 2010, 8-10.

Op grond van de Europese Verdragen wordt daarom alsnog een voorafgaande bevraging van de markt vereist, tenzij deze overheidsbeslissingen in aanmerking komen voor de uitzonderingen van verticale of horizontale samenwerking. Inbesteden reikt dus verder dan enkel overheidsopdrachten en dat is de reden waarom deze beginselen de aandacht verdienen. Bedoeld worden de beginselen van niet-discriminatie, gelijke behandeling en de eraan ontleende transparantieplicht. Deze beginselen worden wel hernomen in de Europese aanbestedingsrichtlijnen en de nationale overheidsopdrachtenwetgeving, maar daar betreft het slechts de loutere formulering. Hun werkelijke invulling gebeurt via de rechtspraak van het Hof.

2.1.2.2 Oorsprong

36. Overheidsinstellingen zijn voor wat betreft al hun handelen, dus ook bij het plaatsen van opdrachten, onderworpen aan de fundamentele regels van het VWEU inzake het vrij verkeer. Hieruit volgt dat deze Verdragsbepalingen ook gelden voor overheidsbeslissingen die niet of slechts gedeeltelijk onder het toepassingsgebied van de aanbestedingsrichtlijnen vallen.⁶⁴ Het Hof van Justitie heeft in zijn rechtspraak consequent gesteld dat wanneer overheden overeenkomsten sluiten, zij “*de fundamentele regels van het [VWEU] in het algemeen en het verbod van discriminatie naar nationaliteit in het bijzonder*” in acht moeten nemen.⁶⁵ Het gaat over de regels van vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten.⁶⁶

Meer in het algemeen, dient elke handeling waarbij een overheidsinstelling het verlenen van een economische activiteit toevertrouwt aan een derde - of het nu gaat om een overeenkomst of een eenzijdige rechtshandeling - en waarin ondernemingen uit andere lidstaten mogelijk geïnteresseerd kunnen zijn, te worden gezien in het licht van de fundamentele Verdragsregels.⁶⁷ Hieruit heeft het Hof de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie en de eraan ontleende transparantieplicht afgeleid, daarin gevolgd door de Europese Commissie, welke overheden verplichten om actief concurrentie op te roepen bij het gunnen van overeenkomsten van zodra deze overeenkomsten economische prestaties omvatten die relevant zijn voor de interne markt.⁶⁸ Aangezien voor zulke opdrachten dus ook een (mildere) vorm van mededinging en bekendmaking is vereist, behouden de uitzonderingen voor PuPuS hun relevantie.⁶⁹

⁶⁴ K. WAUTERS, J. GHYSELS en J. ANTHIERENS, *Overheidsopdrachten - Rechtspraak Hof van Justitie 2001-2007*, Brussel, Larcier, 2008, nr. 8-32, 6.

⁶⁵ HvJ 7 december 2000, C-324/98, *Telaustria*, r.o. 60; HvJ 3 december 2001, C-59/00, *Vestergaard*, r.o. 20.

⁶⁶ Art. 49 resp. 56 VWEU, die slechts een uitzondering zijn van het algemeen discriminatieverbod in art. 18 VWEU.

⁶⁷ C(2007)6661, Interpretatieve mededeling van de Commissie over de toepassing van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten op geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerking, 5.

⁶⁸ Een aantal auteurs heeft kritiek geleverd op deze ‘exorbitante’ interpretatiemethode omdat het Hof van Justitie verplichtingen die in de lijn liggen van hetgeen in de aanbestedingsrichtlijnen is geregeld, ook toepasselijk acht op andere overheidsvereenkomsten en dit via de omweg van de fundamentele Verdragsregels. Zie S. ARROWSMITH, *The Law of public and utilities procurement*, London, Sweet & Maxwell, 2005, 196-199 en 424-434; P. TREPTE, *Public Procurement in the EU*, Oxford University Press, 2007, 19-22.

⁶⁹ Tot voor kort waren de concessies van openbare dienst het typevoorbeeld van zulke overeenkomsten. Deze waren expliciet uitgesloten van het toepassingsgebied van de vroegere aanbestedingsrichtlijnen. Sinds de nieuwe Richtlijn 2014/23/EU beschikken concessies echter over hun eigen regime. Het primair EU-recht heeft uiteraard steeds een aanvullende werking voor gevallen die niet (of niet uitputtend) door de richtlijnen zijn geregeld. Daaronder horen opdrachten waarvan de geschatte waarde minder bedraagt dan de drempelbedragen of andere categorieën van opdrachten die van de richtlijnen zijn uitgesloten (bv. domeinconcessies of koop/verkoop van goederen).

2.1.2.3 Gelijkheid en niet-discriminatie

37. Het Hof van Justitie heeft reeds ruimschoots bevestigd dat het beginsel van gelijke behandeling een van de grondprincipes vormt van de Unie en dat het verbod op discriminatie naar nationaliteit slechts een bijzondere uitdrukking ervan is.⁷⁰ Krachtens dit beginsel mogen gelijke omstandigheden niet verschillend worden behandeld, tenzij dat verschil in behandeling objectief gerechtvaardigd is.

38. Toegepast op de gunning van overheidsvereenkomsten houdt dit beginsel in dat alle potentiële kandidaten op gelijke wijze moeten behandeld worden. Het Hof heeft in zijn rechtspraak gepreciseerd dat het gelijkheidsbeginsel tot doel heeft alle inschrijvers bij het formuleren van hun aanbieding dezelfde kansen te bieden, ongeacht hun nationaliteit.⁷¹ Daartoe moeten de spelregels op voorhand bij alle kandidaten gekend zijn en voor iedereen op dezelfde wijze worden toegepast. Voorts moet de keuze van de gegadigden gebeuren op basis van objectieve criteria en vooraf vastgelegde procedurevoorschriften. Bij gebrek aan specifieke bepalingen, moet de keuze minstens op objectieve wijze gebeuren.

39. Hoewel de hierboven aangehaalde rechtspraak betrekking had op zuivere overheidsopdrachten, nam de Commissie deze ook als uitgangspunt ter invulling van het beginsel van de gelijkheid en de niet-discriminatie bij concessieovereenkomsten.⁷² Terecht zo blijkt, want het Hof van Justitie heeft deze zienswijze enkele jaren later bevestigd.⁷³ De in die context gedane vaststellingen gelden *mutatis mutandis* ook voor de gunning van andere opdrachten die buiten het bereik van de richtlijnen vallen. Naleving van het gelijkheidsbeginsel in zulke gevallen veronderstelt van de overheid geen toepassing van de bepalingen van de Europese of nationale overheidsopdrachtenwetgeving. Wel is zij gehouden om, op een pragmatische wijze en aangepast aan de opdracht in kwestie, de gelijkheid van de kandidaten, de transparantie van de procedure en de objectiviteit bij de toekenning als norm te hanteren.⁷⁴

2.1.2.4 Transparantie

40. Een systeem van eerlijke concurrentie vereist transparantie. Op de gelijke behandeling, tijdens het bestuur haar zoektocht naar samenwerking, moet de burger kunnen toezien en in laatste instantie ook de rechter. Doorzichtige procedures maken dergelijke controle op het handelen van de overheid mogelijk.

41. Het Hof van Justitie heeft de transparantieplicht erkend als zijnde een logisch uitvloeisel van het gelijkheidsbeginsel.⁷⁵ Deze plicht beoogt gelijke kansen voor alle deelnemers bij het formuleren van hun offerte door te zorgen voor niet-vervalste concurrentieomstandigheden, zodat de markt openstaat voor mededinging. De transparantie van de gunningswijze moet de overheid en de deelnemers in staat stellen om *a posteriori* na te gaan of er al dan niet sprake was van een discriminerende behandelingswijze.⁷⁶

⁷⁰ Art. 2 VEU; HvJ 19 oktober 1977, C-117/76 en C-16/77, *Ruchdeschel*; HvJ 8 oktober 1980, C-810/79, *Überschär*.

⁷¹ HvJ 22 juni 1993, C-243/89, *Storebaelt*; HvJ 25 april 1996, C-87/94, *Commissie t. België*.

⁷² Interpretatieve mededeling over concessieovereenkomsten in het communautaire recht, *Pb.C.* 2000, 121/2.

⁷³ HvJ 13 oktober 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, r.o. 48; HvJ 6 april 2006, C-410/04, *ANAV*, r.o. 21-23.

⁷⁴ D. D'HOOGHE en S. JOCHEMS, "De gunning van overheidsopdrachten in het algemeen", in D. D'HOOGHE (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 2009, nr. 95, 61.

⁷⁵ HvJ 25 april 1996, C-87/94, *Commissie t. België*; HvJ 22 juni 1993, C-243/89, *Storebaelt*.

⁷⁶ HvJ 18 november 1999, C-275/98, *Unitron Scandinavia*, r.o. 31; bevestigd door: HvJ 7 december 2000, C-324/98, *Telaustria*, r.o. 61; HvJ 18 oktober 2001, C-19/00, *Siac Construction*, r.o. 41; HvJ 12 december 2002, C-470/99, *Universale Bau e.a.*, r.o. 91.

42. Toegepast op de gunning van overheidsovereenkomsten kan er slechts sprake zijn van transparantie indien opdrachten voorafgaandelijk en op voldoende toegankelijke wijze worden bekendgemaakt.⁷⁷ Volgens het Hof van Justitie staat dat niet gelijk aan het organiseren van een aanbestedingsprocedure.⁷⁸ Het Hof heeft het over een “*passende mate van openbaarheid*” voor opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang.⁷⁹ Wat moet worden verstaan onder een ‘passende mate van openbaarheid’?

43. Dit begrip wordt niet verder ingevuld door het Hof, zodat de juiste draagwijdte ervan onduidelijk is. Volgens de Commissie moet die ‘passende mate van openbaarheid’ worden beoordeeld in het licht van de relevantie van de opdracht voor de markt: hoe groter het belang van de opdracht voor potentiële inschrijvers uit andere lidstaten, hoe meer ruchtbaarheid zij verdient.⁸⁰ Bovendien is het aan de overheid om zelf de relevantie voor de markt te beoordelen.⁸¹ Zij moet zich bij haar beslissing baseren op de concrete omstandigheden van het geval, en meer bepaald het onderwerp en de geschatte waarde van de opdracht, de kenmerken van de sector (de omvang en structuur van de markt, handelspraktijken etc.) alsmede de geografische ligging van de plaats van uitvoering (wat van belang is in de grensgebieden).⁸² Anderzijds wil dit zeggen dat wanneer de opdracht slechts van geringe waarde is, men niet kan verwachten dat de overheid hoge kosten maakt om voor bekendmaking ervan te zorgen.

Een ander mogelijk motief om openbaarheid te weigeren, een dat overigens direct verband houdt met de onderzoeksvraag, is uiteraard de omstandigheid dat een overheid legitiem meent beroep te kunnen doen op een van de uitzonderingen van de verticale of horizontale samenwerking. Stel dat zij bijvoorbeeld in het geval van de verticale samenwerking één, twee of zelfs meerdere organen controleert volgens de ‘in-house’-criteria, dan hoeft zij helemaal niets van de opdrachten die worden toegewezen aan de ‘in-house’-organen, bekend te maken aan het brede publiek. De uitzondering maakt het mogelijk dat de opdracht wordt onttrokken aan zowel de aanbestedingsrichtlijnen als de fundamentele Verdragsregels en dus buiten enige vorm van mededinging kan worden gegund aan een derde. Mocht een geïnteresseerde onderneming zich hierdoor in het ongelijk gesteld voelen, zou een ‘passende mate van openbaarheid’ in de tegenovergestelde zin kunnen worden begrepen. Daarmee wordt bedoeld dat de overheid bijvoorbeeld via de regels van openbaarheid van bestuur inzage geeft in de nodige stukken die haar rechtspositie ondersteunen, zodat op die manier mogelijkwijs een beroep op de rechter vermeden wordt.

⁷⁷ Zie voor een uitgebreide analyse van het gelijkheidsbeginsel en de transparantieplicht bij de toewijzing van overheidsovereenkomsten: A.L. DURVIAUX, “Le principe d’égalité de traitement et l’obligation de transparence dans l’attribution des marchés et contrats publics”, in K. WAUTERS (ed.), *Contrats Publics*, Limal, Anthemis, 2014, 7-65.

⁷⁸ HvJ 21 juli 2005, C-231/03, *Coname*, r.o. 19-21.

⁷⁹ HvJ 7 december 2000, C-324/98, *Telaustria*, r.o. 60-62; HvJ 13 oktober 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, r.o. 46-49; HvJ 6 april 2006, C-410/04, *ANAV*, r.o. 21; HvJ 13 november 2007, C-507/03, *Commissie t. Ierland*, r.o. 29; HvJ 21 februari 2008, C-412/04, *Commissie t. Italië*, r.o. 66; HvJ 13 april 2010, C-91/08, *Wall A.G.*, r.o. 33-36.

⁸⁰ Geschikte media zijn: internet, nationale staats-, dag- en vakbladen, lokale media, het EU-publicatieblad.

⁸¹ Interpretatieve mededeling over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, *Pb.C.* 2006, 179/3-5.

⁸² Zie ook HvJ 15 mei 2008, C-147/06 en 148/06, *SECAP*, r.o. 24.

2.1.3 Aanbestedingsrichtlijnen

2.1.3.1 Situering

44. Voor de dagdagelijkse overheidsopdrachtenpraktijk zijn evenwel niet de Verdragsbepalingen, maar de tot het secundaire Unierecht behorende aanbestedingsrichtlijnen van primordiaal belang. Via het instrument van de richtlijn⁸³ heeft de Unie namelijk wetgeving vastgesteld die gericht is op de coördinatie van de nationale aanbestedingsregels. Ingevolge deze regelgeving zijn aanbestedende diensten verplicht hun uitnodiging tot inschrijving bekend te maken en bij de toetsing van offertes objectieve criteria te hanteren. De achterliggende doelstellingen zijn gekend: de openstelling van de markten, het verhogen van de concurrentie en het bekomen van een betere prijs-kwaliteitverhouding.⁸⁴

45. Overheden en private ondernemingen kunnen in hun deelname aan het economisch verkeer niet zomaar op dezelfde leest worden geschoeid. Het winstbejag behoort niet tot de finaliteit van de overheid. Publieke doelstellingen staan voorop en zij wil daarbij zoveel mogelijk maatschappelijk waarde creëren. Economische motieven die gangbaar zijn in de private sector opdat activiteiten rendabel blijven, hebben niet dezelfde impact op het beleid van de overheid. Deze beschikt naast inkomsten uit eventuele marktactiviteiten immers over een belangrijke andere inkomstenbron, namelijk belastingen en heffingen.

46. In het verleden gaven overheden vaak de voorkeur aan eigen ondernemingen (nationaal favoritisme). Overheidsaankopen vonden nagenoeg uitsluitend plaats op de binnenlandse markt, meestal zonder al te veel aandacht voor criteria die de beste prijs-kwaliteitverhouding moesten garanderen. Bijgevolg genoten nationale ondernemingen een hoge mate van zekerheid, wat de ontwikkeling van hun concurrentiekracht belemmerde. Samen met het gebrek aan commerciële overwegingen in het aankoopbeleid van de overheid leidde dit tot extra kosten voor de rekening van de niets vermoedende belastingbetaler.⁸⁵ Wanneer overheden daarentegen kiezen voor bedrijven op de Europese markt die het beste presteren, ongeacht hun plaats van vestiging, leidt dit tot een verscherpte concurrentie waar zowel de vraag- als de aanbodzijde baat bij hebben. Het bekomen van de beste prijs-kwaliteitverhouding zorgt voor een rationelere besteding van openbare middelen, terwijl Europese ondernemingen op hun beurt in staat zijn tot schaalvergroting en verruiming van de afzetmarkt. Ook de burger heeft recht op een kwaliteitsvolle dienstverlening die gepaard gaat met een transparant en verantwoord gebruik van overheidsgelden.⁸⁶

47. Hoewel de richtlijnen ontegensprekelijk bijdragen tot een betere marktwerking, zijn er ook bezwaren. Enerzijds zorgt hun toepassing voor omvangrijke transactiekosten, die niet altijd opwegen tegen de verwachte efficiëntiewinsten. Anderzijds bemoeilijkt het telkenmale in concurrentie plaatsen van opdrachten de ontwikkeling van een bestendige commerciële en vertrouwensrelatie tussen beide partijen, hetgeen afhankelijk van de activiteiten soms een betere basis kan zijn voor een goede dienstverlening.⁸⁷

⁸³ Een richtlijn is een vorm van EU-wetgeving waarbij een bepaalde doelstelling wordt vastgelegd. Het is een flexibel instrument dat vooral wordt gebruikt als middel om nationale wetten te harmoniseren. De lidstaten zijn verplicht het vooropgestelde resultaat te bereiken, maar zij mogen zelf de wetgeving vaststellen om dat te doen (art. 288 VWEU).

⁸⁴ S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, London, Sweet and Maxwell, 2005, 119-123.

⁸⁵ COM(96)583 def., Groenboek betreffende de overheidsopdrachten in de Europese Unie: beschouwingen over een toekomstig beleid", nr. 2.2, 4.

⁸⁶ A.L. DURVIAUX en T. DELVAUX, *Précis de droit des marchés et contrats publics*, Brussel, la Charte, 2014, 19-23.

⁸⁷ H. PIJNACKER, G. VAN DER BEND en J. VAN NOUHUYS, *Aanbestedingsrecht: handboek van het Europese en het Nederlandse aanbestedingsrecht*, Den Haag, SDU, 2009, 5-6.

2.1.3.2 Totstandkomingsgeschiedenis

48. De eerste initiatieven van de Europese instellingen op het vlak van overheidsopdrachten resulteerde tijdens de jaren 70 in twee richtlijnen strekkende tot coördinatie van de nationale procedures voor overheidsopdrachten voor werken respectievelijk leveringen.⁸⁸ Deze werden, na enkele wijzigingen in het kader van het 'programma gericht op de voltooiing van de interne markt', gecoördineerd in de jaren 90.⁸⁹ Daarnaast kwamen ook nieuwe richtlijnen tot stand voor opdrachten die tot dan toe van de werkingssfeer waren uitgesloten: het verrichten van diensten en opdrachten door aanbesteders in de nutssectoren.⁹⁰

Met de publicatie van een Groenboek eind 1996 wou de Commissie een breed debat openen om het EU-beleid inzake overheidsopdrachten te verbeteren.⁹¹ Mede in het licht van de reacties op dit Groenboek heeft de Commissie vervolgens een mededeling gepubliceerd waarin zij haar prioriteiten voor toekomstig beleid samenvatte: de vereenvoudiging, verduidelijking en modernisering van de bestaande richtlijnen.⁹² Dit voornemen leidde in 2004 tot een ingrijpende wijziging door de werken, leveringen en diensten in één richtlijn op te nemen (Richtlijn 2004/18/EG).⁹³ De regeling voor opdrachten in de nutssectoren bleef het voorwerp van een afzonderlijke richtlijn (Richtlijn 2004/17/EG).⁹⁴

2.1.3.3 Vigerende aanbestedingsrichtlijnen

49. Intussen zijn we aanbeland bij de vierde generatie aanbestedingsrichtlijnen. In het Publicatieblad van de Europese Unie werden op 28 maart 2014 twee nieuwe richtlijnen gepubliceerd:

- 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 (de 'Klassieke Richtlijn');
- Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van richtlijn 2004/17/EG (de 'Richtlijn Nutssectoren').⁹⁵

⁸⁸ Richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, *Pb.L.* 1971, 185/5.

Richtlijn 77/62 van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, *Pb.L.* 1977, 13/1.

⁸⁹ COM(85)310 def., Witboek betreffende de voltooiing van de interne markt.

Richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, *Pb.L.* 1993, 199/1.

Richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, *Pb.L.* 1993, 199/54.

⁹⁰ Richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, *Pb.L.* 1992, 209/1.

Richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, *Pb.L.* 1993, 199/84.

⁹¹ COM(96)583 def., Groenboek betreffende de overheidsopdrachten in de Europese Unie: beschouwingen over een toekomstig beleid.

⁹² COM(1998)143 def., Overheidsopdrachten in de Europese Unie.

⁹³ 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.* 2004, 134/114.

⁹⁴ Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, *Pb.L.* 2004, 134/1.

⁹⁵ Referentie *Pb.L.* 94/65 resp. 94/243. In hetzelfde publicatieblad werd ook Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (de 'Richtlijn Concessies') gepubliceerd, *Pb.L.* 94/1.

50. Deze laatste hervorming maakt deel uit van de 'Europa 2020-strategie', het tienjarenplan voor de groei van de EU dat de Commissie begin 2010 publiceerde.⁹⁶ Overheidsopdrachten spelen in de Europa 2020-strategie een belangrijke rol en zijn een van de marktinstrumenten die kunnen worden ingezet om een slimme, duurzame en inclusieve groei te bereiken en tegelijkertijd overheidsmiddelen zo efficiënt mogelijk te besteden. Met het oog daarop zijn de aanbestedingsrichtlijnen herzien en gemoderniseerd.⁹⁷ De belangrijke rol van de aanbestedingsmarkt in de economie van de lidstaten maakt dat wijzigingen aan het juridisch kader cruciaal zijn voor een optimaal functionerende interne markt binnen de sociale markteconomie, zoals de EU zich eigen heeft gemaakt sinds het Verdrag van Lissabon (art. 3, lid 3 VEU). De wijzigingen moeten het daarom mogelijk maken om overheids gelden doelmatiger te besteden, in het bijzonder door de bevordering van deelname door kmo's aan overheidsopdrachten. Daarnaast voorzien de richtlijnen in ruimere juridische mogelijkheden voor aanbestedende diensten om secundaire doelen na te streven, zoals het milieubeleid, sociale integratie en innovatie.⁹⁸

51. Een opvallend verschil met de vorige hervorming in 2004 is dat de Europese wetgever dit keer op grote schaal de door het Hof van Justitie ontwikkelde aanbestedingsrechtelijke theorieën heeft geïncorporeerd. Men kon immers niet zomaar voorbij aan de enorme jurisprudentiële evolutie die het aanbestedingsrecht gedurende het afgelopen decennium heeft doorgemaakt. Veel van die arresten handelen trouwens over het toepassingsbereik van de richtlijnen en waren bijgevolg meermaals maatgevend voor de praktijk.⁹⁹ Dat geldt *a fortiori* voor de vraag in hoeverre de aanbestedingsregels moeten worden toegepast op opdrachten tussen overheden.¹⁰⁰ De dienaangaande rechtspraak van het Hof wordt door de lidstaten en door de aanbestedende diensten op uiteenlopende wijze geïnterpreteerd. De nieuwe bepalingen in artikel 12 van Richtlijn 2014/24/EU willen die rechtsonzekerheid verhelpen door te verduidelijken in welke gevallen de aanbestedingsregels niet van toepassing zijn op binnen de openbare sector gesloten overeenkomsten.^{101 102}

52. Alle goede bedoelingen ten spijt lijkt het niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid en het economisch klimaat dat zulke belangrijke reglementering op 20 jaar tijd reeds drie substantiële hervormingen heeft moeten doorstaan. Ironisch genoeg begint het aanbestedingsrecht daardoor zelf veel weg te hebben van een permanente bouwverf en dit tot ontsteltenis van de vele practici.¹⁰³ Zo krijgt een systeem niet de kans om haar nut aan te tonen en dienen overheden en ondernemingen zich constant aan te passen.

⁹⁶ COM(2010)2020 def., Europa 2020: Een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei; COM(2011)15 def., Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten.

⁹⁷ Voor een uitgebreide bespreking van de nieuwe 'Klassieke Richtlijn', zie C. DE KONINCK en P. FLAMEY, *Europees Overheidsopdrachtenrecht. De Nieuwe Richtlijn Overheidsopdrachten Klassieke Sectoren*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, nr. 5 e.v., 5. Voor een andere Europese moderniseringsvisie, zie A. ARROWSMITH, "Modernising the EU's Public Procurement Regime: a Blueprint for Real Simplicity and Flexibility", *PPLR* 2012, 71-82.

⁹⁸ Richtlijn 2014/24/EU, 2de considerans.

⁹⁹ Ter vergelijking: in 2002 startte de Commissie slechts acht inbreukprocedures, terwijl de volgende jaren steeds een gemiddelde haalden van circa 20 tot 30 inbreuken. Ook het aantal prejudiciële verwijzingen is toegenomen. Zie H. STERGIOU en D. WOLTERS RÜCKERT, "'À la carte' codificatie in het Europees aanbestedingsrecht. Van verduidelijking door het Hof van Justitie EU naar (on)duidelijkheid in de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen?", *SEW* 2013, 204.

¹⁰⁰ Richtlijn 2014/24/EU, consideransen 31-32.

¹⁰¹ Deze nieuwe regels voor PuPuS komen verderop uitgebreid aan bod (*infra*, hoofdstuk 3).

¹⁰² Hoewel de 'in-house'-doctrine op dat moment nog in zijn kinderschoenen stond, ondernam de Commissie bij de hervorming van de richtlijnen in 2004 al een poging om deze uitzondering als gevolg van het *Teckal*-arrest te codificeren. De Raad verwierp echter het tekstvoorstel zonder duidelijke motivering. De meest plausibele verklaring is dat de lidstaten het onderling niet eens geraakten over een simpele bewoording ervan, gelet op de grote variëteit in publieke organisationele structuren doorheen de Unie. Zie K. WELTZIEN, "Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to an In-House Entity: The Scope of the Procurement Directives in the Classical Sector", *PPLR* 2005, 252.

¹⁰³ Een verzuchting die veel eerder al door wijlen professor M.A. FLAMME werd geuit in *Praktische commentaar bij de Reglementering van de Overheidsopdrachten*, Addendum nr. 1, Brussel, NCB, 1993, 3.

53. Voor de nieuwe richtlijnen, die in werking zijn getreden op 17 april 2014, is de implementatietermijn vastgesteld op 24 maanden. Concreet betekent dit dat de lidstaten tot 18 april 2016 de tijd hadden voor de omzetting ervan in de nationale rechtsorde. Teneinde de rechten van particulieren te beschermen erkent het Hof van Justitie dat richtlijnen in bepaalde gevallen een rechtstreekse werking hebben wanneer een lidstaat verzuimt om deze binnen de gestelde termijn in het nationale recht ten uitvoer te leggen of wanneer zij dit op onjuiste wijze doet.¹⁰⁴ Daarmee wordt bedoeld dat een particulier of onderneming de bepalingen van een richtlijn die onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn, rechtstreeks kan invoeren voor de nationale rechter met als doel hieruit rechten te putten.¹⁰⁵ Er zal dus steeds geval per geval moeten worden nagegaan of de betrokken bepalingen inhoudelijk onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn om door een particulier tegen de in gebreke blijvende overheid te kunnen worden ingeroepen.¹⁰⁶ De rechtstreekse invoerbaarheid van bepalingen betreffende de gunningsprocedures werd bovendien in het kader van de oude richtlijnen reeds uitdrukkelijk erkend door het Hof.¹⁰⁷

2.2 België

54. De Belgische reglementering betreffende overheidsopdrachten dateert van ruim vóór de eerste Europese initiatieven ter zake. Voorschriften van toepassing op het sluiten van overeenkomsten voor rekening van de Staat waren reeds opgenomen in de wet van 18 mei 1846 op de Rijkscomptabiliteit.¹⁰⁸ Deze bepalingen beoogden naast het bestrijden van corruptie, ook een systeem van eerlijke concurrentie omdat de wetgever dat toen al zag als een garantie voor de meest voordelige prijs. De wet van 4 maart 1963, opgevolgd door de wet van 14 juli 1976, bracht een eerste volwaardig juridisch kader tot stand.¹⁰⁹

55. Met de totstandkoming van de eengemaakte Europese markt in 1992 werd de greep van Europa op het overheidsopdrachtenrecht totaal. Deze onstuitbare Europeanisering leidde dan ook tot de wet van 24 december 1993 betreffende overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.¹¹⁰ Na de aanbestedingsrichtlijnen van 2004 werd het wenselijk geacht de volledige Belgische wetgeving te vervangen teneinde de coherente structuur en logische samenhang van de wetsbepalingen te behouden.¹¹¹ Dat is gebeurd met de wet van 15 juni 2006 overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten.¹¹² Deze wet heeft in zijn actuele gedaante nog maar gelding sinds 1 juli 2013 en zal binnenkort vervangen worden door de nieuwe wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten.¹¹³ Deze laatste is de omzetting van de richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU, maar de uiteindelijke datum van inwerkingtreding moet nog bij koninklijk besluit worden vastgelegd.

¹⁰⁴ HvJ 4 december 1974, 41/74, *Van Duyn*; HvJ 26 februari 1986, 152/84, *Marshall*.

¹⁰⁵ Een principe dat overigens ook geldt voor primair EU-recht, zie HvJ 5 februari 1963, 26/62, *Van Gend & Loos*.

¹⁰⁶ D. D'HOOGHE en S. JOCHEMS, "De gunning van overheidsopdrachten in het algemeen", in D. D'HOOGHE (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 2009, nr. 40, 25.

¹⁰⁷ HvJ 20 september 1988, 31/87, *Gedr. Beentjes BV*; HvJ 22 juni 1989, 103/88, *Fratelli Constanzo*. Deze uitspraken kunnen *mutatis mutandis* worden doorgetrokken naar de nieuwe richtlijnen; *Ibid.*, nr. 41, 26.

¹⁰⁸ BS 19 mei 1846.

¹⁰⁹ Zie voor een uitgebreid overzicht: D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2003, 106.

¹¹⁰ BS 22 januari 1994.

¹¹¹ P. FLAMME, M.A. FLAMME en C. DARDENNE, *Les marchés publics Européens et Belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Brussel, Larquier, 2009, nr. 5-12, 17.

¹¹² BS 15 februari 2007.

¹¹³ BS 7 juli 2016. De bepalingen over PuPuS in deze wet zijn terug te vinden in artikel 30 en 31 en betreffen een letterlijke overname van artikel 12 van de richtlijn 2014/24/EU.

2.3 Toepassingsvoorwaarden

56. Het is geenszins de bedoeling om een exhaustief overzicht te geven van het toepassingsgebied van de overheidsopdrachtenreglementering. Het afbakenen van de personen en handelingen waarop de regels van toepassing zijn, is immers een bijzonder complexe aangelegenheid.¹¹⁴ Wel is het nuttig om beknopt in te gaan op de noodzakelijke toepassingsvoorwaarden voor het bestaan van een overheidsopdracht.

57. Opdat een overeenkomst onder de werking van Richtlijn 2014/24/EU zou vallen, moeten er drie voorwaarden vervuld zijn. Allereerst moet de geraamde opdrachtwaarde gelijk aan of hoger zijn dan de drempelwaarden (art. 4).¹¹⁵ De tweede (materiële) voorwaarde is dat het moet gaan om een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel voor het uitvoeren van werken, het leveren van producten of het verrichten van diensten (art. 2.5).¹¹⁶ De derde (personele) voorwaarde stelt dat de opdrachtgever een 'aanbestedende dienst' moet zijn in de zin van de richtlijn (art. 2.1).¹¹⁷ Dit begrip wordt verder ingedeeld in twee categorieën. Enerzijds zijn er de traditionele publieke actoren, met name de Staat en de regionale en lokale overheidsinstanties. Anderzijds worden ook 'publiekrechtelijke instellingen' aangemerkt als een aanbestedende dienst. Dit is de restcategorie die op haar beurt drie cumulatieve criteria veronderstelt: zulke entiteiten moeten (1) over rechtspersoonlijkheid beschikken, (2) onder een determinerende overheidsinvloed staan en (3) zijn opgericht voor het specifieke doel te voorzien in andere behoeften van algemeen belang dan die van industriële of commerciële aard (art. 2.4).

Als deze drie voorwaarden zijn vervuld, dan is er sprake van een overheidsopdracht en moeten de volgens de Europese en nationale wetgeving beschreven procedures tot bekendmaking nageleefd worden, tenzij de richtlijn zelf of de rechtspraak voorziet in een uitzondering. Dit is onder meer het geval voor de betrekkingen tussen aanbestedende diensten in het kader van PuPuS.

58. Elke wettekst blijft noodgedwongen vaag. Met het oog op harmonisering en dus een uniforme toepassing van de Europese regelgeving in alle lidstaten, heeft het Hof van Justitie de gewoonte om een functionele interpretatie aan bepalingen van de richtlijnen te geven. Begrippen als 'overeenkomst', 'werk' of 'aanbestedende dienst' krijgen daardoor een autonome Europese betekenis, los van elke kwalificatie naar nationaal recht. Het Hof gaat daarbij de context en doelstellingen van de bepaling na om het nuttige effect van de regelgeving te verzekeren.¹¹⁸ Specifiek voor overheidsopdrachten heeft het Hof die doelstelling omschreven als het verzekeren van de vrije vestiging en het vrij dienstenverkeer teneinde deze opdrachten voor een daadwerkelijke mededinging open te stellen.¹¹⁹ Wil men daarom het precieze toepassingsgebied van het Europese, maar ook het nationale aanbestedingsrecht nagaan, is het noodzakelijk om naast de wetgeving tevens de bijhorende rechtspraak van het Hof te raadplegen.

¹¹⁴ Voor een complete weergave van het desbetreffende toepassingsgebied, zie F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, "Toepassingsgebied", in D. D'HOOGHE (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 2015, 49-199.

¹¹⁵ Deze verschillen naargelang de aard van de opdracht. Het staat vrij aan de lidstaten om lagere drempels toe te passen, zodat alsnog de nationale aanbestedingsregels van toepassing kunnen zijn.

¹¹⁶ Art. 4, 1^o Overheidsopdrachtenwet.

¹¹⁷ Art. 2, 1^o Overheidsopdrachtenwet. Deze bepaling spreekt van een 'aanbestedende overheid', maar omdat ook een private rechtspersoon een 'aanbestedende dienst' kan uitmaken, verdient deze laatste term de voorkeur. Het Hof van Justitie heeft namelijk gesteld dat het onderscheid tussen publieke en private rechtspersonen voor de kwalificatie van een entiteit als aanbestedende dienst niet relevant is. Zie HvJ 16 oktober 2003, C-283/00, *Commissie t. Spanje*.

¹¹⁸ Dergelijke functionele en vaak ruime betekenis is nodig om te vermijden dat overheden de reglementering al te gemakkelijk zouden omzeilen. Zie HvJ 27 februari 2003, C-373/00, *Adolf Truley*, r.o. 40; S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, London, Sweet and Maxwell, 2005, 284.

¹¹⁹ HvJ 12 juli 2001, C-399/98, *Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi*, r.o. 52.

3 PUPUS IN HET EUROPEES AANBESTEDINGSRECHT

3.1 Inleiding

59. In wat volgt wordt de problematiek van de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht op de relaties tussen aanbestedende diensten onder de loep genomen. In een klassieke rechtsverhouding gunt een aanbestedende dienst een opdracht aan een private onderneming. Het is echter tevens courant dat de toewijzing van opdrachten de overheids sfeer niet verlaat. Wanneer overheden de vervulling van hun taken gezamenlijk wensen te verzorgen, spreekt men van publiek-publieke samenwerking (PuPuS).¹²⁰

60. Sinds de opmars van de verzorgingsstaat na WOII is de overheid steeds meer taken naar zich beginnen toetrekken die worden gekwalificeerd als taken van algemeen belang. Het uitdijende pakket van overheidstaken maakte een decentralisatie van bevoegdheden noodzakelijk. Decentralisatie kan twee vormen aannemen: territoriaal (overdracht van bevoegdheden naar lagere overheden) en functioneel (overdracht van bevoegdheden naar verzelfstandigde organen). Kenmerkend voor decentralisatie is dat een rechtspersoon met eigen beslissingsrecht (autonomie) ontstaat.¹²¹ Dit gegeven is essentieel, want de hier onderzochte problematiek veronderstelt immers het bestaan van twee afzonderlijke rechtspersonen.

Deze verzelfstandigingstendens en de ermee gepaard gaande uitbreiding van het overheidsapparaat heeft de behoefte aan samenwerking tussen overheden en haar instellingen alleen maar doen toenemen.¹²² Allerlei uitvoerende en ondersteunende diensten bij de overheid zoals afvalbeheer, uitbating van infrastructuur, gebiedsontwikkeling, personeelsselectie, informatica etc. werden op grote schaal ondergebracht in afzonderlijke rechtspersonen, vaak in verenigingsverband met andere overheden of openbare instellingen. Ook het opzetten van publiek-private samenwerking (PPS) kadert in die evolutie. De redenen hiervoor zijn talrijk: diversiteit aan overheidstaken, introductie van managementtechnieken, economische overwegingen, financiële tekorten, informatisering...¹²³

61. Indien er een onverkorte toepassing van het EU-aanbestedingsrecht zou gelden, is het gevolg van deze praktijk dat wanneer een overheid beroep doet op een andere overheid voor de uitvoering van een taak en daar een tegenprestatie voor levert, ze al snel een overheidsopdracht plaatst. De vraag of zulke opdrachten te pas en te onpas aan de mededinging moeten worden onderworpen, is het resultaat van een delicate belangenweging.¹²⁴ Enerzijds is het logisch dat overheden bij hun deelname aan het economisch verkeer het vrij verkeer van goederen en diensten respecteren en dus aan dezelfde marktprincipes worden onderworpen als private ondernemingen. Er kan echter evenzeer worden gesteld dat een overheid bij het behartigen van haar taken van algemeen belang over een zekere vrijheid moet beschikken om te kiezen welk organisatie model voor een bepaalde activiteit het meest aangewezen is.

¹²⁰ SEC(2011)1169 def., Werkdocument betreffende de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht op de betrekkingen tussen aanbestedende diensten ("publiek-publieke samenwerking"), 3 (hierna: 'Werkdocument PuPuS').

¹²¹ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, nr. 87-88, 117.

¹²² Deze verzelfstandigingsgolf werd reeds in de jaren 90 vastgesteld en uitgebreid in kaart gebracht. Zie A. ALEN en W. DEVROE, *Preadvies. Verzelfstandiging van bestuurszaken in België*, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1999, 10.

¹²³ K. WAUTERS, "Samenwerking tussen overheden: Europeesrechtelijke invloeden?" in K. WAUTERS (ed.), *Feestbundel Monard-D'Hulst 20 jaar. Diversiteit in eenheid*, Gent, Larcier, 2010, 286.

¹²⁴ Vanuit die optiek ook grondig geanalyseerd in K. WAUTERS, "In house: tussen hamer en aambeeld", in C. DE KONINCK (ed.) e.a., *Jaarboek overheidsopdrachten 2007-2008*, Brussel, EBP, 2008, 327-353.

62. Het Hof van Justitie heeft zich uitgebreid over de problematiek gebogen. Het betreft vaak de situatie waarbij een gemeente een opdracht rechtstreeks gunt aan een orgaan waarop zij controle uitoefent. Private ondernemingen vechten de gunning vervolgens aan bij de nationale rechter omdat zij ook in aanmerking willen komen voor de opdracht. De nationale rechter heeft in diverse gevallen prejudiciële vragen gesteld aan het Hof over de uitlegging van het EU-aanbestedingsrecht. Anderzijds heeft ook de Commissie de afgelopen jaren verwoede pogingen ondernomen om allerlei initiatieven van bestuurlijke verzelfstandiging of samenwerking onder de werking van de EU-aanbestedingsrichtlijnen te brengen.¹²⁵

In zijn rechtspraak heeft het Hof enkele speciale intra-groep excepties ontwikkeld die specifiek zijn toegesneden op de materie van overheden die weliswaar eigen diensten juridisch willen verzelfstandigen of in de uitoefening van hun openbare taken louter contractueel wensen samen te werken, maar daarmee nog niet actief willen deelnemen aan het economisch verkeer. Deze uitzonderingen gelden binnen de context van het EU-aanbestedingsrecht, de Belgische overheidsopdrachtenwetgeving en bij de toepassing van de algemene beginselen inzake niet-discriminatie, gelijkheid en transparantie zoals afgeleid uit de vrije verkeersbepalingen voor opdrachten die buiten het bereik van de richtlijnen vallen.

De invloed die het EU-recht via de tussenschakel van de reglementering inzake overheidsopdrachten sinds een 15-tal jaren op de bestuursorganisatie heeft, is terdege onmiskenbaar. De ontwikkeling van die rechtspraak heeft bovendien geleid tot een behoorlijk complex plaatje met vele nuances, waardoor de tijdswinst die besturen kunnen maken met de niet-toepassing van de reglementering niet altijd opweegt tegen de inspanning van het onderzoek of men al dan niet ressorteert onder de voorwaarden.¹²⁶

63. Dit hoofdstuk komt daarom tot de kern van de onderzoeksvraag, waarbij we op zoek gaan naar de aanbestedingsrechtelijke grenzen die kleven aan PuPuS. Aangezien deze zijn ontstaan uit de rechtspraak, vormt die daarvoor het fundament. Een actueel beeld veronderstelt echter ook een blik op de codificatie van de jurisprudentiële uitzonderingen. Deze zijn immers niet onaangetaast gebleven door de Europese wetgever en de verduidelijkingen, wijzigingen en uitbreidingen van het nieuwe artikel 12 van Richtlijn 2014/24/EU (de 'Klassieke Richtlijn') worden afgezet tegen de gevestigde rechtspraak, opdat duidelijk wordt wat voor de overheden op vlak van PuPuS nog mogelijk zal zijn of, allicht beter gezegd, wat niet.¹²⁷

De aanzet is het beginsel dat betrekkingen tussen aanbestedende diensten niet automatisch van de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht zijn uitgesloten. Dit blijkt enerzijds uit de bewoording van de richtlijnen en anderzijds uit de betekenis die de Europese rechter aan het begrip 'overeenkomst' gaf. Vervolgens wordt een onderscheid gemaakt tussen overheidsopdrachten aan de ene kant en daarnaast andere mogelijke manieren om opdrachten aan externen toe te bedelen. Het betreft in dat geval situaties waarop de regelgeving niet toepasbaar is, aangezien de relatie tussen opdrachtgever en opdrachtnemer niet kan worden gekwalificeerd als een overheidsopdracht. Kunnen betrekkingen evenwel als zodanig worden aangemerkt, dan heeft het Hof van Justitie voorzien in uitzonderingen die opdrachten binnen de overheidsfeer toch vrijstellen van een oproep tot mededinging.

¹²⁵ Het volstaat om de persberichten van de Commissie ter zake te raadplegen: http://ec.europa.eu/index_nl.htm.

¹²⁶ G. LAENEN, "Het gunnen van overheidsopdrachten tussen twee 'verbonden' publiekrechtelijke personen. NOOT - Het Asemfo-arrest- eindelijk een lichtpunt in de duisternis?", *TGEM* 2007, 337; Eenzelfde verzuchting werd geuit door het Europees Parlement in zijn vraag aan de Commissie hieromtrent meer duidelijkheid te verschaffen. Zie H. RÜHLE, *Verslag over nieuwe ontwikkelingen bij overheidsopdrachten*, (2009/2175(INI)), 10 mei 2010, 7-8.

¹²⁷ Richtlijn 2014/24/EU (de 'Klassieke Richtlijn') wordt vanaf nu aangeduid als 'nieuwe richtlijn'. De passages uit artikel 12 van de nieuwe richtlijn zullen indien nodig worden opgenomen in de tekst bij de betreffende onderwerpen.

3.2 Principiële toepassing van het aanbestedingsrecht

3.2.1 Uitgangspunt

64. Uitgangspunt is de toepassing van de aanbestedingsrichtlijnen. Zoals hoger gesteld (*supra*, nr. 57) veronderstelt een overheidsopdracht het bestaan van een overeenkomst: er moet dus gecontracteerd worden met een derde. Dat het daarbij geen verschil maakt of die derde publiek dan wel privaat is, volgt uit de toepasselijke bepalingen van de richtlijn én de rechtspraak van het Hof van Justitie.¹²⁸

De definitie van een overheidsopdracht in artikel 2.5 van de nieuwe richtlijn duidt de contractpartner van een aanbestedende dienst aan als 'ondernemer'. Artikel 2.10 omschrijft dit begrip als volgt:

"elke natuurlijke of rechtspersoon of openbaar lichaam, of een combinatie van deze personen en/of lichamen, met inbegrip van alle tijdelijke samenwerkingsverbanden van ondernemingen, die de uitvoering van werken en/of werk, de levering van producten en of het verlenen van diensten op de markt aanbiedt" (eigen onderlijning).¹²⁹

65. Het begrip 'ondernemer' dient ruim te worden opgevat: de gekozen rechtsvorm is niet relevant.¹³⁰ Het Hof van Justitie heeft dienaangaande geoordeeld dat de omstandigheid waarbij de ondernemer zelf een aanbestedende dienst is, niet hoofdzakelijk winst nastreeft, niet als onderneming is georganiseerd of niet op een regelmatige basis op de markt aanwezig is, geen rechtvaardiging vormen voor het niet toepassen van de aanbestedingsrichtlijnen.¹³¹ Uit de bewoording van het begrip 'ondernemer' in artikel 2.10 en de verduidelijkingen van het Hof volgt dan ook dat aanbestedende diensten, net zoals particuliere ondernemingen, kunnen deelnemen aan een aanbestedingsprocedure.¹³²

Het zou overigens indruisen tegen de doelstellingen van de regelgeving, namelijk het openstellen van de aanbestedingsmarkt voor een zo ruim mogelijke mededinging, indien voor de toepassing ervan een onderscheid qua juridische vorm (publiek dan wel privaat) van de opdrachtnemer gemaakt zou worden. Dergelijke openstelling beoogt de opdrachtgever de voordeligste en meest op de concrete behoeften afgestemde aanbesteding te laten kiezen.¹³³ Deze benadering strookt ook met de beginselen van vrij verkeer van goederen en diensten binnen de EU: ingeval het voorwerp van een opdracht een prestatie betreft die plaatsvindt binnen een domein waar concurrentie speelt en die kan worden uitgevoerd door zowel de private als de publieke sector, zou het voorbehouden van zulke opdrachten aan de overheid de markt voor mogelijk geïnteresseerde ondernemingen uit andere EU-lidstaten doen krimpen.^{134 135}

¹²⁸ Dit is, zoals hierna besproken, vaste rechtspraak van het Hof sinds *Teckal* (HvJ 18 november 1999, C-107/98).

¹²⁹ Art. 2.10 van Richtlijn 2014/25/EU (de 'Richtlijn Nutssectoren') bevat dezelfde omschrijving; Zie ook art. 2, 5° *juncto* art. 3, 1° Overheidsopdrachtenwet, waarin wordt gesproken van een 'overheidsinstelling'.

¹³⁰ Zie considerans 14 van de nieuwe richtlijn.

¹³¹ HvJ 19 december 2012, C-159/11, *ASL Lecce*, r.o. 26; HvJ 13 juni 2013, C-386/11, *Piepenbrock*, r.o. 29; HvJ 16 mei 2013, C-564/11, *Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia*, r.o. 27.

¹³² HvJ 7 december 2000, C-94/99, *ARGE*, r.o. 25-26; HvJ 23 december 2009, C-305/08, *CoNISMA*, r.o. 40. In dezelfde zin RvS 27 februari 2002, nr. 104.014, I.G.R.E.T.E.C.

¹³³ HvJ 18 december 2014, C-568/13, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze*, r.o. 34-35.

¹³⁴ Concl. Adv. Gen. GEELHOED van 28 september 2006, C-295/05, *Asemfo*, r.o. 55-57.

¹³⁵ M.A. FLAMME, P. MATHEÏ en P. FLAMME, *Praktische commentaar bij de regelgeving inzake overheidsopdrachten*, Brussel, NCB, 1996-1997, 78; F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, "Toepassingsgebied", in D. D'HOOGHE (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 2015, nr. 286, 165.

3.2.2 Overeenkomst

3.2.2.1 Het bestaan van een overeenkomst

66. In tegenstelling tot het begrip 'ondernemer' definieert de Europese wetgever de term 'overeenkomst' niet in de richtlijnen overheidsopdrachten. Een overeenkomst veronderstelt traditioneel twee afzonderlijke wilsuitingen, waarbij derhalve noodzakelijkerwijze twee afzonderlijke rechtssubjecten betrokken zijn.¹³⁶ Het Hof van Justitie grijpt hier ook naar terug in de zaak *Teckal* en geeft daarmee voor de eerste maal een positieve indicatie over wanneer er een overeenkomst in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen is.¹³⁷

67. Wat het bestaan van een overeenkomst betreft, dient de nationale rechter te onderzoeken of er een overeenkomst gesloten is tussen twee afzonderlijke personen: volgens de richtlijn volstaat daartoe in beginsel dat de overeenkomst is gesloten tussen een aanbestedende dienst en een persoon die daar rechtens van onderscheiden is.¹³⁸ In essentie oordeelt het Hof dat de richtlijnen van toepassing zijn: "*wanneer een aanbestedende dienst [...] een schriftelijke overeenkomst ten bezwarende titel [...] wenst te sluiten met een lichaam dat formeel van haar onderscheiden is en zelfstandig beslissingen kan nemen, ongeacht of dat lichaam zelf een aanbestedende dienst is*" (r.o. 51).

Deze formele benadering houdt in dat het voor de toepasselijkheid van de Europese en Belgische overheidsopdrachtenwetgeving volstaat dat een overeenkomst wordt gesloten tussen een aanbestedende dienst en een derde. Wat is een derde? Een van de aanbestedende dienst onderscheiden persoon.¹³⁹ Aldus hanteert het Hof het criterium van de afzonderlijke rechtspersoonlijkheid om uit te maken of er wel of niet een overeenkomst aanwezig is. Dit impliceert dat een overheidsorgaan zich bij het plaatsen van een opdracht bij een 'eigen' verzelfstandigde dienst met rechtspersoonlijkheid niet kan onttrekken aan aan de richtlijnen omwille van het publieke karakter van de opdrachtnemer. Principieel vallen de verhoudingen tussen aanbestedende diensten onderling dus onder dezelfde regeling als relaties tussen aanbestedende diensten en private opdrachtnemers. Meer nog, er is sprake van een onjuiste omzetting van de richtlijnen wanneer "*de verhoudingen die zijn aangegaan tussen overheidsinstanties, hun openbare organen, en in het algemeen niet-commerciële publiekrechtelijke lichamen, ongeacht de aard van deze verhoudingen*" in absolute termen van het nationale aanbestedingsrecht worden uitgesloten.¹⁴⁰

68. De strikte zienswijze van het Hof wordt al snel problematisch als men rekening houdt met de toenemende praktijk van verzelfstandigingsoperaties.¹⁴¹ Wegens budgettaire en beheerskundige redenen worden taken die de overheid voordien met eigen middelen en personeel behartigde, toevertrouwd aan

¹³⁶ Art. 1101 B.W.; R. DEKKERS, A. VERBEKE, N. CARETTE en K. VANHOVE, *Handboek Burgerlijk Recht. Deel III Verbintenissen. Bewijsleer. Gebruikelijke contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2007, nr. 11, 8.

¹³⁷ HvJ 18 november 1999, C-107/98, *Teckal*. Eerder hadden de advocaten-generaal LA PERGOLA en ALBER zich al in negatieve zin uitgelaten over het begrip 'overeenkomst'. Deze overwegingen lagen aan de basis van wat later de 'in-house'-rechtspraak in *Teckal* is geworden. Zie Concl. Adv. Gen. LA PERGOLA van 19 februari 1998, C-360/96, *BFI Holding*, r.o. 36-38; Concl. Adv. Gen. ALBER van 18 maart 1999, C-108/98, *RI.SAN Srl*, r.o. 49.

¹³⁸ HvJ 18 november 1999, C-107/98, *Teckal*, r.o. 49-50.

¹³⁹ Zie ook Concl. Adv. Gen. COSMAS van 1 juli 1999, C-107/98, *Teckal*, r.o. 53: "*de medecontractant van de aanbestedende dienst [...] [moet] daadwerkelijk een derde zijn, dat wil zeggen, het moet gaan om een persoon die afgescheiden is van deze dienst.*"

¹⁴⁰ HvJ 13 januari 2005, C-84/04, *Commissie t. Spanje*, r.o. 40.

¹⁴¹ Een kritiek die overigens al lang vóór *Teckal* in de rechtsleer werd geuit. Zie P.J. DELAHAUT, "Le cadre juridique general des marchés des pouvoirs locaux", in M. CORTENBOSCH, P.J. DELAHAUT, K.H. LAMBERTZ e.a., *Les marchés des pouvoirs locaux*, Services Communal de Belgique, 1981, 10-22.

een afzonderlijke entiteit.¹⁴² De gecreëerde rechtspersoon is ten aanzien van de overheid in vele gevallen niet zomaar als een derde te beschouwen, maar werd juist opgericht om ten dienste van de met haar verbonden overheid taken uit te voeren. Zij valt in wezen binnen de overheid haar organisatiestructuur. Vanuit de economische overwegingen die aan de grondslag van de richtlijnen liggen, beschouwt het Hof deze relaties in eerste instantie wel degelijk als overheidsopdrachten zodat de vrijheid van een overheid om haar openbare dienst te organiseren ernstig in het gedrang komt. In die optiek zou het afstoten van taken noodzakelijk een beroep op de markt uitlokken met als gevolg een (gedeeltelijke) privatisering.¹⁴³

Zo ver heeft de Europese rechter het evenwel niet laten komen. Tegemoetkomend aan de praktijk zijn in de rechtspraak een aantal mogelijkheden ontwikkeld die toelaten dat overeenkomsten tussen verbonden overheidsorganen van de principiële werking van de wetgeving overheidsopdrachten zijn uitgezonderd.

69. Alvorens dieper in te gaan op deze uitzonderingen, is het nuttig om op basis van de hierboven gegeven interpretatie van het begrip 'overeenkomst' enkele situaties te overlopen waarvan het Hof van Justitie heeft bepaald dat het geen overeenkomsten zijn en bijgevolg dus ook geen overheidsopdrachten. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen enerzijds de niet-contractuele toewijzing van taken en anderzijds het uitoefenen van een openbare taak met eigen middelen. In tegenstelling tot de hierna besproken uitzonderingen, betreft het in deze gevallen de niet-toepasselijkheid van de richtlijnen. Het resultaat is echter gelijk: een toebedeling van taken zonder dat er een verplichting tot aanbesteden geldt.

3.2.2.2 De niet-contractuele toewijzing van taken

70. Vermits de aanbestedingsrichtlijnen berusten op de aanname dat een overeenkomst voorhanden is, zal een samenwerking tussen twee afzonderlijke rechtspersonen die plaatsvindt zonder een contractuele grondslag, zoals een eenzijdige overheidsbeslissing (bv. wet, decreet, reglement, ...), om die reden niet onderworpen zijn aan de werkingssfeer van de overheidsopdrachtenreglementering.¹⁴⁴

Hierna worden twee zulke situaties besproken die zich van elkaar onderscheiden doordat bij de ene de bevoegdheid voor de gegeven openbare taak als zodanig wordt overgedragen, terwijl bij de andere enkel de praktische uitvoering, zonder andere verantwoordelijkheid, wordt toevertrouwd. In beide gevallen wordt evenwel beroep gedaan op externen en gebeurt de toewijzing op een niet-contractuele grondslag.

- Wettelijke overdracht van bevoegdheden

71. Als gevolg van een bestuursreorganisatie kan de bevoegdheid voor een bepaalde openbare taak worden overgedragen van de ene naar de andere overheidsinstantie. In dat geval koopt de overdragende entiteit geen enkele dienst voor zijn eigen behoefte, maar wordt de verantwoordelijkheid voor die taak overgeheveld naar een andere entiteit en zal niet zonder meer sprake zijn van een overheidsopdracht.¹⁴⁵

¹⁴² P. DELVOLVE, "Marchés publics: les critères des 'contrats-maison'", *Rev.Dr.U.E.* 2002, 53

¹⁴³ F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, "Toepassingsgebied", *o.c.*, nr. 287, 165; Concl. Adv. Gen. KOKOTT van 1 maart 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, r.o. 70-71; Concl. Adv. Gen. LA PERGOLA van 19 februari 1998, C-360/96, *BFI Holding*, r.o. 36; Concl. Adv. Gen. TRSTENJAK van 4 juni 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, r.o. 83.

¹⁴⁴ D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-Private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 72-73. Zie ook RvS 29 oktober 2013, nr. 225.272, vzw Bilzerse Ambulancedienst: als de overheid beroep doet op een bij KB bepaalde limitatieve lijst van erkende ziekenwagens kan deze verhouding niet als overheidsopdracht worden gekwalificeerd.

¹⁴⁵ F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, "Toepassingsgebied", *o.c.*, nr. 289-294, 167.

In zijn principiearrest nr. 21.624 van 2 december 1981 stelde de Raad van State dat een overeenkomst waarbij een intercommunale een opdracht uitvoert tegen vergoeding voor een aangesloten gemeente niet aan de overheidsopdrachtenwetgeving is onderworpen wanneer de intercommunale in de plaats wordt gesteld van die gemeente (substitutieeler): de gemeente moet volledige afstand hebben gedaan van zijn bevoegdheid ter zake aan de intercommunale, op voorwaarde dat die afstand wettelijk toegelaten is.¹⁴⁶ Wanneer er anderzijds geen sprake is van zulke beheersoverdracht, is de overheidsopdrachtenwetgeving automatisch van toepassing, ook al gaat het om twee publieke rechtspersonen die op een bepaalde wijze met elkaar verbonden zijn. Aldus erkende de Raad van State, reeds ruim vóór de *Teckal*-rechtspraak, dat opdrachten tussen overheidsinstanties net zo goed kwalificeerbaar zijn als overheidsopdrachten.¹⁴⁷

72. De Commissie heeft deze theorie verder uitgewerkt en aanvaardt er uitdrukkelijk een mogelijkheid in om in het kader van administratieve reorganisaties een herverdeling van wettelijke bevoegdheden tussen overheidsinstanties te laten plaatsvinden die, zolang het geen 'verkapte' overheidsopdracht uitmaakt, niet onder de werkingssfeer van het aanbestedingsrecht valt.¹⁴⁸ Vereist wordt dat de overdracht volledig is. Dit houdt in dat het officiële gezag en de bijhorende economische activiteiten worden overgedragen, zodat de begunstigde volledig in de plaats wordt gesteld en deze bevoegdheid zelfstandig en op eigen verantwoordelijkheid moet kunnen uitoefenen.¹⁴⁹ Het onderscheidend element tegenover andere vormen van opdrachtverlening is dan ook de volledigheid van de overdracht: de overdragende entiteit mag zich geen enkel zeggenschapsrecht voorbehouden en/of de materie moet zich lenen tot een zeker beleid.¹⁵⁰ Dit sluit niet uit dat de overdragende entiteit enige invloed kan blijven uitoefenen op de organisatie van de taak, als bijvoorbeeld haar ambtenaren zetelen in de bestuursorganen van de begunstigde instantie.

73. Het Hof van Justitie maakte slechts indirect melding van deze mogelijkheid in het kader van een Franse regeling over 'gedelegeerd opdrachtgeverschap' zonder mededingingsprocedure. Een opdracht inzake de vertegenwoordiging van een aanbestedende dienst zal niet als een overheidsopdracht worden beschouwd wanneer de gedelegeerde bij de uitvoering over een zodanige zelfstandigheid beschikt dat er in feite geen vertegenwoordiging maar een daadwerkelijke 'delegatie van openbaar gezag' plaatsvindt.¹⁵¹

In een andere zaak oordeelde het Hof dat er geen sprake hoeft te zijn van een overheidsopdracht wanneer een publieke instelling diensten verricht op grond van haar eigen, rechtstreeks aan de wet ontleende bevoegdheden en de geleverde prestaties binnen haar taakomschrijving passen; zelfs het

¹⁴⁶ RvS 2 december 1981, nr. 21.624, Nationale Bond der wegenbouwers, *APT* 1982, 76-90, noot P.J. DELAHAUT. Voormeld arrest heeft geleid tot de rechtsfiguur van de "opdrachthoudende intergemeentelijke vereniging" (art. 12, § 1 decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking, *BS* 31 oktober 2001). Zie *ibid.*, nr. 290, 168.

¹⁴⁷ Deze uitspraak is indertijd fel bekritiseerd in de rechtsleer, evenwel ten onrechte, als gevolg van het *Teckal*-arrest. Zie P. QUERTAINMONT, "Le concurrence du secteur public aux entreprises privés", *APT* 1982, 148-153.

¹⁴⁸ De Commissie merkt hierbij op dat het organiseren van de nationale administratie als dusdanig niet binnen de bevoegdheden van de EU valt. Zie SEC(2011)1169 def., Werkdocument PuPuS, 20-22.

¹⁴⁹ De Commissie noemt als voorbeeld de overdracht van bevoegdheden op het gebied van afvalbeheer. Het officiële gezag bestaat dan uit het recht tot bepaling van de tarieven, vaststelling van de regels voor het ophalen, sorteren en verwerken van het afval, alsmede het recht tot beheer en uitvoering van de taak overeenkomstig deze regels. 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. Vereist wordt dat de overdragende entiteit al haar invloed ter zake kwijt is (*ibid.*, 22).

¹⁵⁰ F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, "Toepassingsgebied", *o.c.*, nr. 292, 170

¹⁵¹ HvJ 20 oktober 2005, C-264/03, *Commissie t. Frankrijk*, r.o. 49. Overeenkomstig de artikelen 49 en 56 VWEU zijn de fundamentele Verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten niet van toepassing op werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag.

bestaan van een financieringsregeling staat hieraan niet in de weg.¹⁵² In dat geval is de opdracht immers niet het resultaat van een overeenkomst gesloten met en op vraag van een aanbestedende dienst.¹⁵³

74. In de nieuwe richtlijn is de overdracht van bevoegdheden opgenomen in art 1.6, dat luidt als volgt:

“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 onderhavige richtlijn geheel onverlet gelaten.”

Dit is een geheel nieuwe bepaling die vrij duidelijk oogt. Het rechtsinstrument waarmee de overdracht geschiedt is niet relevant. De nadruk wordt gelegd op de volledige afstand van elke bevoegdheid en verantwoordelijkheid over de betreffende openbare taak - en de bijhorende uitvoeringsactiviteiten - met uitsluiting van vergoeding voor contractuele prestaties. De rechtspraak zal verder moeten uitwijzen of daaronder ook een eventuele dekking van de kosten valt. Indien een bevoegdheid rechtstreeks ontleend is aan de wet heeft het Hof van Justitie in ieder geval geen bezwaar tegen een financieringsregeling.¹⁵⁴

75. Opgelet, in België kan een territoriaal lichaam nooit zijn bevoegdheid als dusdanig overdragen omdat dit zou ingaan tegen de Grondwet.¹⁵⁵ Om die reden spreekt de Raad van State niet van een delegatie of overdracht van de bevoegdheid zelf door een gemeente, maar van een indeplaatsstelling (substitutie) voor de uitoefening van de bevoegdheid alsmede het eenzijdig beslissingsrecht dat ermee gepaard gaat.

- Louter administratiefrechtelijke verhouding

76. Een overeenkomst berust op wilsovereenstemming, hetgeen inhoudt dat de contractpartijen kunnen beslissen of zij de contractuele band wensen aan te gaan of te verbreken.¹⁵⁶ Wordt de rechtsverhouding evenwel gekenmerkt door een formeel eenzijdig karakter waardoor een entiteit die met de praktische uitvoering van een taak wordt belast niet op zelfstandige wijze beslissingen kan nemen, dan neemt het Hof dit in aanmerking om te besluiten dat er geen derde en gevolglijk geen overeenkomst voorhanden is.

77. Zo oordeelde het Hof dat indien een overheidsbedrijf krachtens de toepasselijke nationale wet wordt verplicht om de opdrachten van de aanbestedende dienst uit te voeren en het daarvoor opgelegde tarief te aanvaarden, er nog maar bezwaarlijk sprake kan zijn van een derde.¹⁵⁷ Niet veel later oordeelde het Hof daarentegen in een andere zaak dat de enkele verplichting om bepaalde diensten te leveren tegen vastgestelde tarieven niet automatisch tot gevolg heeft dat er geen overeenkomst zou zijn gesloten.¹⁵⁸

¹⁵² HvJ 18 december 2007, C-532/03, *Commissie t. Ierland*, r.o. 37 (i.c. ambulancediensten voor spoedhulp).

¹⁵³ J. WIGGEN, “Public procurement rules and cooperation between public sector entities: the limits of the in-house doctrine under EU procurement law”, *PPLR* 2011, 165-167.

¹⁵⁴ Deze was weliswaar ook bij wet vastgelegd, zie HvJ 18 december 2007, C-532/03, *Commissie t. Ierland*, r.o. 8.

¹⁵⁵ Art. 33 *juncto* 41 Gw. Het komt uitsluitend aan de wet- en de decreetgever toe om over de bevoegdheid van lokale overheden te beschikken. Zie A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, nrs. 20 en 630, 20 en 594.

¹⁵⁶ *Ibid.*, 22; HvJ 18 november 1999, C-107/98, *Teckal*, r.o. 51.

¹⁵⁷ HvJ 19 april 2007, C-295/05, *Asemfo*, r.o. 54; D. MCGOWAN, “A contract or not?”, *PPLR* 2008, NA 204.

¹⁵⁸ HvJ 18 december 2007, C-220/06, *Asociación Profesional*, r.o. 53

Hoe verhouden deze twee uitspraken zicht tot elkaar? Het verschil zat in de feiten: in het eerste arrest presteerde het overheidsbedrijf exclusief voor zijn publieke aandeelhouders en vormde zodoende het verlengstuk ervan (*'instrumenteel middel en technische dienst'*); in de tweede zaak betrof het een publieke onderneming die de universele postdienst verzorgde, waarvan het klantenbestand bestond uit elke persoon die op de postdienst een beroep wenst te doen en het is inherent aan zulke diensten dat ze geleverd worden tegen transparante en niet-discriminerende tarieven. In dat opzicht verschillen de situaties, waarbij een publieke entiteit dan wel een particulier gebruik maakt van haar diensten, niet van elkaar. Dit zou slechts anders zijn geweest wanneer de overeenkomst in werkelijkheid een eenzijdige rechtshandeling betrof met enkel verplichtingen in hoofde van de opdrachtnemer, dus een handeling die ruim zou afwijken van de normale voorwaarden van het commerciële aanbod van deze onderneming.¹⁵⁹

Wat hieruit te onthouden? De enkele verplichting om de opdracht uit te voeren is onvoldoende om *a priori* de kwalificatie 'overeenkomst' uit te sluiten.¹⁶⁰ Voor het bestaan van een overeenkomst is het van belang dat de uitvoerende partij over de vrijheid beschikt om de opdracht te weigeren én over de eigenlijke inhoud ervan alsmede de daarop toepasselijke tarieven te onderhandelen. Bijgevolg is er geen sprake van een overeenkomst in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen als de opdrachtgever eenzijdig verplichtingen aan de uitvoerende partij oplegt, die afwijken van de contractvoorwaarden die zij gewoonlijk hanteert.¹⁶¹

78. Met bovenstaande rechtspraak wordt in de nieuwe richtlijn rekening gehouden. Considerans 34 maakt immers gewag van situaties waarin een juridische entiteit, volgens de toepasselijke bepalingen van het nationaal recht, optreedt als instrument of technische dienst voor bepaalde aanbestedende diensten, en verplicht is hun instructies uit te voeren, zonder dat dit een invloed heeft op de vergoeding van haar prestatie. Deze louter administratiefrechtelijke rechtsverhouding valt, vanwege het niet-contractuele karakter ervan, niet onder de werkingssfeer van de procedures inzake overheidsopdrachten.

79. Een wettelijke instructie tot samenwerking is echter niet zomaar gelijk te stellen aan een wettelijke machtiging om te mogen samenwerken. Het Rekenhof heeft naar aanleiding daarvan de verhouding tussen de sociale zekerheidsinstellingen en de vzw Smals onderzocht.¹⁶² Het betreft een wettelijke regeling waarbij deze instellingen zich met andere actoren van de sociale zekerheid kunnen verenigen in een vzw voor het verrichten van hun informaticadiensten. Dergelijke vzw verleent dan exclusief diensten aan haar leden die allen aanbestedende diensten zijn. In dezelfde lijn als het Rekenhof, besluiten DEBYSER en DE KONINCK terecht dat het loutere feit dat de uitvoering van een opdracht niet kadert in een contractuele relatie nog geen vrijgeleide is om de overheidsopdrachtenwetgeving buiten toepassing te laten.¹⁶³ Via de machtiging (vorm) wordt het enkel expliciet toegestaan dat de overheidsdiensten zich ter uitvoering van hun taken mogen verenigen, maar deze omvat geen eenzijdig opgelegde verplichting (inhoud) die uitsluitend haar grondslag vindt in een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling.

¹⁵⁹ *Ibid.* r.o. 51-55. Het Hof preciseerde overigens dat de zaak *Asemfo* in een specifieke context moest worden geplaatst en sloot i.c. niet uit dat de relatie tussen Correos en het Spaanse ministerie niet contractueel van aard was. Het was aan de verwijzende rechter om na te gaan of de rechtsverhouding een eenzijdig formeel karakter vertoonde.

¹⁶⁰ Ook de omstandigheid dat een aanbestedende dienst zijn contractpartner niet kan kiezen, is onvoldoende om de werking van de aanbestedings- en mededingingsregels uit te sluiten. Zie HvJ 12 juli 2001, C-399/98, *Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi*, r.o. 52; HvJ 8 mei 2013, C-197/11 en C-203/11, *Libert e.a.*

¹⁶¹ F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, "Toepassingsgebied", o.c., nr. 147-151, 90.

¹⁶² REKENHOF, informaticabedrijven van de overheid: samenwerking van de overheid met de vzw Smals, Brussel, 2009, consulteerbaar op: www.ccrek.be (rubriek: Publicaties/Federale staat).

¹⁶³ Vervolgens wordt het samenwerkingsverband getoetst aan de 'in-house'-uitzondering. Zie *ibid.*, 46 en P. DEBYSER en C. DE KONINCK, "In house-constructies en de gunning van informaticadiensten buiten mededinging", in C. DE KONINCK (ed.) *e.a.*, *Jaarboek Overheidsopdrachten 2009-2010*, Brussel, EBP, 2010, (353) 348-364.

80. Enige voorzichtigheid is dus geboden. De door partijen gegeven kwalificatie aan een overeenkomst of de kwalificatie van een overeenkomst op grond van het nationale recht zal niet zomaar *de jure* aan de toepassing van de wetgeving overheidsopdrachten in de weg staan.¹⁶⁴ In de functionele benadering van het Hof van Justitie gaat de inhoud steeds voor op de vorm (*supra*, nr. 58).¹⁶⁵ Om die reden zal het Hof, net zoals het de nationale rechter behoort, alle elementen van de rechtsverhouding in beoordeling nemen om na te gaan of er daadwerkelijk sprake is van een overheidsopdracht, en zo ja te herkwalificeren.¹⁶⁶

81. Weze er tevens aan herinnerd dat het primaire EU-recht toepasselijk is ongeacht of er sprake is van een overeenkomst (*supra*, nr. 36 e.v.). Het Hof van Justitie heeft daarover uitdrukkelijk gesteld dat de Verdragsbeginselen van niet-discriminatie, gelijke behandeling en transparantie ook van toepassing zijn indien een aanbestedende dienst "een derde belast met de verrichting van economische activiteiten".¹⁶⁷

3.2.2.3 Taken uitgeoefend met eigen middelen

82. Wanneer een aanbestedende dienst zijn openbare taken vervult met zijn eigen administratieve, technische en andere middelen, zonder dat hij hiervoor een beroep doet op externe lichamen, "kan er geen sprake zijn van een overeenkomst onder bezwarende titel met een lichaam dat juridisch van de aanbestedende dienst onderscheiden is. De gemeenschapsregels inzake overheidsopdrachten behoeven dan ook niet te worden toegepast".¹⁶⁸ Bijgevolg raakt de overheidsopdrachtenreglementering niet aan de vrijheid van een overheid om ervoor te opteren een opdracht voor werken, leveringen of diensten uit te voeren met haar eigen middelen of in eigen beheer ('in regie').¹⁶⁹ De Commissie geeft het voorbeeld van een gemeenteraad die zijn intern vervoersdepartement inzet in vervoersdiensten op zijn grondgebied.¹⁷⁰

Het Gerecht van Eerste Aanleg EU verduidelijkte nog dat opdrachten in eigen beheer mogelijk zijn door een overheid bij (bedrijfs)onderdelen die tot deze overheid behoren, zelfs als deze onderdelen autonoom beslissen. Van belang is namelijk dat er sprake is van een en dezelfde rechtspersoon.¹⁷¹ In deze zaak had de Raad van de Europese Unie het beheer van een crèche toegewezen aan het eigen bureau Infrastructuur en Logistiek (OIB). Het Gerecht oordeelde dat zowel de Raad als het OIB tot dezelfde rechtspersoon behoren, namelijk de Europese Gemeenschap. Het OIB kon dus niet worden beschouwd als een van de Raad te onderscheiden lichaam, ook al nam het op autonome wijze beslissingen.

¹⁶⁴ Zie o.m. HvJ 20 oktober 2005, C-264/03, *Commissie t. Frankrijk*, r.o. 36; HvJ 18 januari 2007, C-220/05, *Jean Auroux*, r.o. 40; HvJ 18 december 2007, C-220/06, *Asociación Profesional*, r.o. 50.

¹⁶⁵ T. KOTSONIS, "Regulation of an Contracting Entity Pursuing Activities Falling in Part within the Field of Application of Directive 2004/17 and in Part within that of Directive 2004/18: Ing. Aigner (Case C-393/06)", *PPLR* 2008, NA202.

¹⁶⁶ Ook de Raad van State neemt deze plicht vakkundig ter harte. In zijn rechtspraak ging het over overeenkomsten die uit hun aard geen overheidsopdrachten waren aangezien het voorwerp geen betrekking had op werken, leveringen of diensten. De Raad aarzelde echter niet om deze zakenrechtelijke en vennootschapsovereenkomsten genadeloos te doorprikken omdat het in werkelijkheid wel degelijk een overheidsopdracht betrof. Zie RvS 30 mei 2005, nr. 145.163, S.A. C.N.I.M.; RvS 19 juni 2009, nr. 194.417, S.A. Horizon Pleiades; RvS 24 november 2011, nr. 216.646, NV Wegrestaurant Nazareth; RvS 13 november 2012, nr. 221.389, NV Optima Group en NV Optimal Global Invest.

¹⁶⁷ HvJ 13 oktober 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, r.o. 61. Toegepast op een eenzijdige rechtshandeling, zie HvJ 3 juni 2010, C-203/08, *Sporting Exchange* (i.c. de verlening van een vergunning voor de exploitatie van kansspelen).

¹⁶⁸ HvJ 11 januari 2005, C-26/3, *Stadt Halle*, r.o. 48; HvJ 13 oktober 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, r.o. 61.

¹⁶⁹ C. DE KONINCK en P. FLAMEY, *Overheidsopdrachten: de wetten van 15 en 16 juni 2006 houdende omzetting van de Europese overheidsopdrachtenrichtlijnen algemene inleiding en tekstgeschiedenis*, Antwerpen, Maklu, 2007, nr. 93, 53.

¹⁷⁰ SEC(2011)1169 def., Werkdocument PuPuS, 6.

¹⁷¹ Ger.EU 28 januari 2009, T-125/06, *Centro Studi Antonio Manieri Srl t. Raad van de Europese Unie*.

83. In tegenstelling tot de niet-contractuele toewijzing van taken, waarbij wel gebruik wordt gemaakt van externe middelen, berust de afwezigheid van een 'overeenkomst' in de zin van de richtlijnen (of minstens het gebrek aan een bezwarende titel¹⁷²) in dit geval op de aanname dat de situatie zich voordoet binnen een en dezelfde rechtspersoon. Indien alle nodige middelen voor het vervullen van een taak binnen de eigen organisatie aanwezig zijn, hoeft de aanbestedende dienst geen beroep te doen op een afzonderlijke rechtspersoon, zodat er geen wederzijdse rechten en verplichtingen worden vastgelegd. Het ditmaal gehanteerde formele criterium van de onderscheiden rechtspersoonlijkheid heeft ook als resultaat dat het eventuele *instrumentum* van een overeenkomst voor de opdracht niet ter zake doet en de transactie buiten de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen blijft. Aangezien in deze situatie geen sprake is van een 'derde', zal er tevens geen rekening moeten worden gehouden met de Verdragsbeginselen.¹⁷³

84. Volgens professor NIHOUL moet de werkelijke impact van deze mogelijkheid worden getemperd.¹⁷⁴ Het type bestuursorganisatie waarbij de eenheid van rechtspersoonlijkheid voor politieke lichamen prevaleert, is naar zijn eigen zeggen verouderd. Het is inderdaad juist om te stellen dat de toenemende tendens tot verzelfstandiging en privatisering sinds de jaren 90 een veelheid aan overheidsorganen heeft opgeleverd, allen met eigen rechtspersoonlijkheid en vooral actief op economisch en sociaal gebied.¹⁷⁵ Betrekkingen die voorheen konden doorgaan als interne operaties nemen derhalve vandaag de dag de vorm aan van overeenkomsten met min of meer dicht aanleunende, maar evenzeer gescheiden lichamen.

85. Tot slot moet het onderscheidingscriterium van de afzonderlijke rechtspersoonlijkheid enigszins worden genuanceerd. In latere rechtspraak heeft het Hof van Justitie immers geoordeeld dat overheden hun openbare taken met eigen middelen ook "*in samenwerking met andere overheidsinstanties*" kunnen uitoefenen.¹⁷⁶ Wanneer hierbij geen sprake is van betaling of enige uitwisseling van wederzijdse rechten en plichten, is er geen dienstverlening in de zin van het aanbestedingsrecht. Op die voorwaarde kunnen aanbestedende diensten elkaar dus wederkerig helpen. De Commissie geeft als voorbeeld een afspraak tussen naburige gemeenten dat hun respectieve muziekkorpsen optreden op elkaars stadsfeesten.¹⁷⁷

¹⁷² Een overeenkomst veronderstelt een prestatie én een tegenprestatie: *do ut des*. De aanbestedende dienst betaalt voor de prestaties die geleverd worden en dit rechtstreeks aan de uitvoerder. In ruil dient de overheid het voordeel te hebben van de uitgevoerde prestaties. De tegenprestatie zal doorgaans bestaan uit een geldelijke vergoeding, hoewel de aard op grond van de richtlijnen niet belangrijk is. Zie A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système*, Brussel, Larcier, 2006, nr. 24, 45.

¹⁷³ In dezelfde zin, maar al veel eerder: concl. Adv. Gen. COSMAS van 1 juli 1999, C-107/98, *Teckal*, r.o. 54.

¹⁷⁴ P. NIHOUL, "Décentralisation fonctionnelle et droit européen de la concurrence, des aides d'Etat et des marchés publics", in P. JADOUL, B. LOMBAERT en F. TULKENS (eds.), *Le paraétatisme: nouveaux regards sur la décentralisation fonctionnelle en Belgique et dans les institutions européennes*, Brugge, Die Keure, 2010, 183.

¹⁷⁵ DEVROE, W., "Privatisering en verzelfstandiging. Een verkenning vanuit Europees en nationaal economisch recht", *Jura Falc.* 2000-01, nr. 3, 299-326.

¹⁷⁶ HvJ 13 november 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, r.o. 49. Het Hof heeft deze redenering bevestigd en doorgetrokken in een volgend arrest wat uiteindelijk heeft geleid tot de uitzondering van de horizontale samenwerking, zie HvJ 9 juni 2009, C-480/06, *Commissie t. Duitsland*, r.o. 45.

¹⁷⁷ SEC(2011)1169 def., Werkdocument PuPuS, 6.

3.3 Uitzonderingen op de principiële toepassing

3.3.1 Overzicht

86. Indien aanbestedende diensten overeenkomsten onder bezwarende titel sluiten waarin wederzijdse rechten en plichten worden vastgelegd, is de Europese rechtspraak over PuPuS - in combinatie met de bepalingen van artikel 12 van de nieuwe richtlijn - aan de orde om te bezien of de aanbestedingsrichtlijnen, en bij uitbreiding de mededingingsregels, op dergelijke opdrachten van toepassing zijn.¹⁷⁸ Ondanks het algemene uitgangspunt dat overeenkomsten tussen afzonderlijke rechtspersonen aan de werkingssfeer van het aanbestedingsrecht zijn onderworpen, is het mogelijk dat overheidsinstanties in bepaalde omstandigheden juridische structuren, al dan niet in geïnstitutionaliseerde vorm, kunnen opzetten met als doel onderling samen te werken.¹⁷⁹ Het betreft meer bepaald volgende uitzonderingen:

1. Verticale of geïnstitutionaliseerde samenwerking, waarbij een of meerdere aanbestedende diensten gebruikmaken van een derde entiteit waarop zij gezamenlijk controle uitoefenen en die met de uitvoering van een taak is belast. Dit is de 'in-house'-exceptie afkomstig van de *Teckal*-rechtspraak.
2. Horizontale of niet-geïnstitutionaliseerde samenwerking, waarbij de samenwerking louter contractueel blijft omdat er geen gebruik gemaakt wordt van een nieuwe of speciaal daartoe aangewezen entiteit. Deze uitzondering is gebaseerd op de *Hamburg*-rechtspraak van het Hof van Justitie.

¹⁷⁸ Dezelfde uitzonderingen zijn opgenomen in de nieuwe regeling voor de nutssectoren en concessieovereenkomsten. Deze worden verder buiten beschouwing gelaten, maar volledigheidshalve verwijs ik naar de betreffende bepalingen: art. 17 richtlijn 2014/23/EU ('Richtlijn Nutssectoren') en art. 28 richtlijn 2014/25/EU ('Richtlijn Concessies').

¹⁷⁹ Hierna volgt een weergave van de rechtspraak in de vorm van een samenvatting en waar nodig een toelichting van de feiten. Hiervoor heb ik mij gebaseerd op onder meer de volgende boeken en bijdragen: C. DE KONINCK en V. PETITAT, "Inbesteding zonder aanbesteding", *NJW* 2005, 1082-1089; G. LAENEN, "Aanbesteding, inbesteding, verzelfstandiging en PPS: de strenge hand van Europa en de gevolgen voor de (lokale) besturen. Een overzicht", *CDPK* 2006, 583-622; F. AVARKIOTI, "The application of EU Public Procurement Rules to 'In-house' Arrangements", *PPLR* 2007, 22-35; B. SCHUTYSER, "De publiekrechtelijke verplichtingen van gemeentelijke verzelfstandigings- of samenwerkingsinitiatieven bij het sluiten van contracten", in S. VAN GARSSE, *Verzelfstandiging en samenwerking op lokaal vlak*, Brussel, VVSG/Politea, 2007, I.5; M. VOREL en N. VAN NULAND, "Een recente ontwikkeling in het Europese aanbestedingsrecht. Hoofdpijnen uit de rechtspraak over inbesteding", *TBR* 2007, 58-64; T. KAARRESALO, "Procuring In-house: The Impact of the EC Procurement Regime", *PPLR* 2008, 242-254; K. WAUTERS, J. GHYSELS en J. ANTHIERENS, *Overheidsopdrachten - Rechtspraak Hof van Justitie 2001-2007*, Brussel, Larcier, 2008, nr. 79-97, 48; S. BAETEN, "De ongelijke behandeling van het overheidsondernemen door de wetgeving inzake overheidsopdrachten, in het licht van de richtlijnen en de rechtspraak van het Hof van Justitie ter zake", *TBP* 2008, 195-205; R. CAVALLO PERIN en D. CASALINI, "Control over In-house Providing Organisations", *PPLR* 2009, 227-240; P. NIHOUL, "Les marchés publics dans l'Union européenne", *JDE* 2009, 282-288; C. DUBOIS, "La jurisprudence in house: une évolution finalement respectueuse de la liberté des pouvoirs publics de s'organiser?", in E. GILLET (ed.), *Les pouvoirs publics dans un monde en mutation*, Waterloo, Kluwer, 2010, 99-115; C. DUBOIS, "Réorganisation administrative et 'In-house'... Pour qui sonne le glas? A propos de deux arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes", *CDPK* 2011, 96-107; K. WAUTERS en K. MAN, "Samenwerking tussen overheden: ziekenhuizen en universiteiten", in C. DE KONINCK (ed.) *e.a.*, *Jaarboek Overheidsopdrachten 2010-2011*, Brussel, EBP, 2011, 339-425; C. BOVÍS, *EU Public Procurement Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012, 325-332; S. VAN GARSSE, "Vorzelfstandiging door lokale besturen: een juridische update", *Themis* 2013, afl. 84, 1-13; A.L. DURVIAUX en T. DELVAUX, *Précis de droit des marchés et contrats publics*, Brussel, la Charte, 2014, nr. 212-240, 239; A.L. DURVIAUX en T. DELVAUX, "Les coopérations entre pouvoirs publics exemptées du droit des marchés et contrats publics: consécration par le droit dérivé de l'Union européenne", *JT* 2014, 649-654; W. JANSSEN, "The institutionalised and non-institutionalised exemptions from EU Public Procurement Law: Towards a more coherent approach?", *Utrecht Law Review* 2014, 168-186; E. SLAUTSKY en N. BRAECKEVELT, "Droit européen des marchés publics, quasi-régies et coopérations entre pouvoirs publics: l'apport des nouvelles directives", *O&O* 2014, afl. 1, 5-21; J. WIGGEN, "Directive 2014/24/EU: The New Provision on Co-operation in the Public Sector", *PPLR* 2014, 83-93. D. BATSELÉ, T. MORTIER en A. YERNA, *Réussir ses marchés publics*, Brussel, Larcier, 2015, nr. 19.5, 63; C. DE KONINCK en P. FLAMEY, "De richtlijn Overheidsopdrachten Klassieke Sectoren 2014/24/EU. Een vooruitblik op alweer een nieuwe overheidsopdrachtenwet!", *RW* 2015, 1282-1303; F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, "Toepassingsgebied", *o.c.*, nr. 288-315, 167.

Afgezien van de vorm hebben deze samenwerkingsverbanden ook een wezenlijk verschillende strekking. Bij de **verticale samenwerking** kan de afwezigheid van autonomie, zowel op organisationeel als op economisch vlak, in de gecontroleerde entiteit 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'-exceptie ziet dus toe op een overheidsopdracht voor de vervulling van een taak tegen vergoeding (met inbegrip van kosten en winstmarge), die anderszins onder die regels zou vallen. Bij de **horizontale samenwerking** is het daarentegen van belang om het onderscheid te maken met een normale overheidsopdracht. Deze samenwerking is niet-commercieel van aard en geschiedt met het oog op de vervulling van een gezamenlijke doelstelling van algemeen belang, waarbij de wederzijdse rechten en verplichtingen verder gaan dan 'het tegen betaling uitvoeren van een taak'.¹⁸⁰

87. Het Hof van Justitie heeft er meermaals op gewezen dat de enige uitzonderingen die op de toepassing van de richtlijnen zijn toegestaan, diegene zijn die daarin limitatief en uitdrukkelijk worden genoemd.¹⁸¹ Deze stelling is moeilijk te verzoenen met zijn praktijk, omdat voormelde uitzonderingen ironisch genoeg zijn ontsproten aan en verder ontwikkeld op een jurisprudentiële in plaats van een wettelijke basis.

3.3.2 Verticale samenwerking of 'in-house'

3.3.2.1 Teckal-criteria

88. In de zaak *Teckal*¹⁸² heeft het Hof van Justitie de algemene regel, dat een overeenkomst tussen een aanbestedende dienst en een afzonderlijke rechtspersoon onder de toepassing van aanbestedingsregels valt, vervolgens functioneel geïnterpreteerd. Na eerst te hebben bepaald **wat** een derde is¹⁸³, heeft het Hof immers twee criteria ontwikkeld om uit te maken **wie** die derde dan wel, of beter, niet kan zijn:

1. de aanbestedende dienst oefent op de betrokken rechtspersoon toezicht uit zoals op zijn eigen diensten (controlecriterium: organisationele afhankelijkheid); én
2. deze rechtspersoon verricht tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen (activiteitscriterium: economische afhankelijkheid).¹⁸⁴

¹⁸⁰ SEC(2011)1169 def., Werkdocument PuPuS, 18.

¹⁸¹ HvJ 18 november 1999, C-107/98, *Teckal*, r.o. 43; HvJ 11 mei 2006, C-340/04, *Carbotermo*, r.o. 45; HvJ 18 januari 2007, C-220/05, *Auroux*, r.o. 59.

¹⁸² HvJ 18 november 1999, C-107/98, *Teckal*, r.o. 50. Voor een kritische noot op dit arrest, zie P. DELVOLLE, "Marchés publics: les critères des 'contrats-maison'", *Rev.Dr.U.E.* 2002, 53-61.

¹⁸³ *Supra*, nr. 67. Het Hof had evengoed hier kunnen stoppen en besluiten dat de aanbestedingsregels in alle gevallen van toepassing zijn. In de plaats daarvan heeft het echter een uitzondering geformuleerd, wat erop wijst dat het wel degelijk beseft dat anders oordelen de organisatievrijheid van overheden in de lidstaten ernstig zou beperken.

¹⁸⁴ Sindsdien vaste rechtspraak: HvJ 8 mei 2003, C-349/97, *Commissie t. Spanje*, r.o. 204; HvJ 11 januari 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, r.o. 49; HvJ 13 januari 2005, C-84/03, *Commissie t. Spanje*, r.o. 38; HvJ 13 oktober 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, r.o. 58 en 62; HvJ 20 oktober 2005, C-264/03, *Commissie t. Frankrijk*, r.o. 50; HvJ 10 november 2005, C-29/04, *Commissie t. Oostenrijk*, r.o. 34; HvJ 12 januari 2006, C-410/04, *ANAV*, r.o. 24; HvJ 11 mei 2006, C-340/04, *Carbotermo*, r.o. 33; HvJ 18 januari 2007, C-220/05, *Auroux*, r.o. 63; HvJ 19 april 2007, C-295/05, *Asemfo*, r.o. 55; HvJ 18 december 2007, C-220/06, *Asociación Profesional*, r.o. 58; HvJ 8 april 2008, C-337/05, *Commissie t. Italië*, r.o. 36; HvJ 10 april 2008, C-323/07, *Termoraggi*, r.o. 18; HvJ 17 juli 2008, C-371/05, *Commissie t. Italië*, r.o. 22; HvJ 13 november 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, r.o. 26; HvJ 9 juni 2009, C-480/06, *Commissie t. Duitsland*, r.o. 34; HvJ 10 september 2009, C-573/07, *Sea*, r.o. 36; HvJ 15 oktober 2009, C-196/08, *Acoset*, r.o. 51; HvJ 22 december 2010, C-215/09, *Mehiläinen Oy*, r.o. 32; HvJ 29 november 2012, C-182/11 en C-183/11, *Econord*, r.o. 25; HvJ 19 december 2012, C-159/11, *ASC Lecce*, r.o. 32; HvJ 8 mei 2013, C-197/11 en C-203/11, *Libert e.a.*, r.o. 117; HvJ 13 juni 2013, C-386/11, *Piepenbrock*, r.o. 34; HvJ 8 mei 2014, C-15/13, *Datenlotsen*, r.o. 25.

89. Indachtig de bevoegdheid van overheden om zichzelf te organiseren, heeft het Hof hiermee criteria opgesteld die, indien vervuld, een zodanig nauwe band tussen een aanbestedende dienst en een formeel gescheiden, maar sterk gelieerde entiteit aantonen dat er van een overeenkomst geen sprake is. In dat geval kan de betrekking als 'in-house' worden gekwalificeerd en wordt de toewijzing van een opdracht gelijkgesteld met het door de toewijzende overheid uitoefenen van een taak met eigen middelen die, zoals hoger gesteld (*supra*, nr. 82 e.v.), niet is onderworpen aan het aanbestedingsrecht.¹⁸⁵ Bijgevolg kan er een toedracht van allerlei opdrachten tegen vergoeding plaatsvinden, waarin zowel de kosten als een winstmarge begrepen zijn, zonder dat daarbij een aanbestedingsprocedure moet worden nageleefd. De Commissie verwijst als voorbeeld naar een gemeente die voorziet in vervoer op het eigen grondgebied en daarvoor gebruikt maak van een dienst in haar volle eigendom en volledig door haar gecontroleerd.¹⁸⁶

90. Hierbij moet worden vermeld dat het etiket van 'in-house' de gecontroleerde entiteit niet ontslaat van de aanbestedingsverplichtingen voor wat betreft zijn eigen aankopen. Het vereiste toezicht zal nagenoeg altijd tot gevolg hebben dat een 'in-house'-entiteit onder voldoende overheidsinvloed staat om zelf als aanbestedende dienst te worden aangemerkt (*supra*, nr. 90).¹⁸⁷ Het bestaan van een 'in-house'-relatie brengt anderzijds niet met zich mee dat de aanbestedende dienst verplicht is het geheel van mogelijke opdrachten, die binnen de werkzaamheden van de gecontroleerde entiteit vallen, ook aan deze laatste toe te kennen. De relatie impliceert met andere woorden geen monopolie ten gunste van de uitvoerder.¹⁸⁸

91. Hoe moeten deze criteria worden geïnterpreteerd? Ten eerste zijn ze cumulatief: als aan het ene niet is voldaan, zal het Hof zich niet meer over het andere buigen en wordt het aanbestedingsrecht toegepast. Ten tweede moeten ze, zoals elke afwijking op de algemene regels, restrictief worden geïnterpreteerd en is het aan diegene die zich erop beroept om de toepasselijkheid ervan aan te tonen.¹⁸⁹ Ten derde moeten beide criteria beoordeeld worden aan de hand van alle relevante wetsbepalingen en omstandigheden.¹⁹⁰ De nationale rechter dient bijgevolg *in concreto* na te gaan of, zowel in rechte als in feite, de gelieerde entiteit op organisationeel én economisch vlak afhankelijk is ten opzichte van de aanbestedende dienst.

92. Dit laatste weerhoudt ons echter niet om in wat volgt een aantal indicaties af te leiden uit de latere rechtspraak, waarin de Teckal-criteria door het Hof van Justitie verder zijn uitgekristalliseerd. Teneinde een duidelijke systematiek in dit juridische verhaal te brengen, zie ik af van een chronologisch overzicht. Nog vóór het controle- en activiteitscriterium, komt hierbij eerst de aard van het kapitaal aan bod. Hoewel de aard van het kapitaal dient om het toezicht te beoordelen, heeft het Hof hiervan een dermate constitutief bestanddeel gemaakt dat het beschouwd moet worden als een derde cumulatief criterium.¹⁹¹

¹⁸⁵ Zie ook overweging 35 in de recente zaak *Such* (HvJ 19 juni 2014, C-574/12): "(...) de uitzondering betreffende inhousegunningen steunt op de gedachte dat de aanbestedende overheid in dat geval kan worden geacht haar eigen middelen te hebben ingezet om haar taken van algemeen belang te verrichten."

¹⁸⁶ SEC(2011)1169 def., Werkdocument PuPuS, 7.

¹⁸⁷ Al hoeft dat niet noodzakelijk zo te zijn: art. 12.1 van de nieuwe richtlijn verwijst immers naar de gunning van een opdracht aan "een andere *privaat- of publiekrechtelijke rechtspersoon*" i.p.v. 'aangebestede dienst' (*infra*, nr. 96).

¹⁸⁸ Y.R. GUILLOU, "L'exonération des relations 'in house' du régime des marchés publics", *ACCP* 2004, afl. 32, 76.

¹⁸⁹ HvJ 11 januari 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, r.o. 46; HvJ 13 oktober 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, r.o. 63; HvJ 12 januari 2006, C-410/04, *ANAV*, r.o. 26; P. NIHOUL, "Décentralisation fonctionnelle et droit européen de la concurrence, des aides d'Etat et des marchés publics", o.c., 185.

¹⁹⁰ HvJ 13 oktober 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, r.o. 65; HvJ 11 mei 2006, C-340/04, *Carbotermo*, r.o. 36; HvJ 13 november 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, r.o. 28; HvJ 10 september 2009, C-573/07, *Sea*, r.o. 65.

¹⁹¹ Als zodanig ook opgenomen in art. 12.1, c) van Richtlijn 2014/24/EU.

3.3.2.2 Aard van het kapitaal: verbod op privé-participatie(s)

93. Aangezien het Hof van Justitie zich in *Teckal* beperkte tot de loutere formulering van het controle- en activiteitscriterium, zonder verdere duiding van hun inhoud, leefde bij besturen in eerste instantie de verwachting dat onderlinge samenwerking, maar ook PPS als samenwerkingsvorm om de openbare dienst te organiseren, relatief eenvoudig buiten de werking van het aanbestedingsrecht kon worden gesteld.¹⁹² Had het Hof zodoende de doos van Pandora geopend? Een eerste generatie arresten¹⁹³ doet alleszins vermoeden dat het Hof hiervoor vreesde, want met de zeer restrictieve invulling van het controlecriterium heeft het alle gekoesterde verwachtingen in de kiem gesmoord. Haar strenge houding ten opzichte van de aard van het kapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon, maakte dat meteen duidelijk.

94. Zo oordeelde het Hof in de zaak *Stadt Halle*¹⁹⁴ dat de participatie - ook een minderheidsparticipatie - van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap, waarin ook de aanbestedende dienst participeert, bij voorbaat een 'toezicht zoals op zijn eigen diensten' uitsluit. Van een 'in-house'-relatie kan dan ook nooit sprake zijn wanneer er beroep wordt gedaan op een gemengde onderneming.¹⁹⁵ Bijgevolg zal elke PPS-constructie¹⁹⁶ of ander mogelijk samenwerkingsverband waarin privaat kapitaal zit en die een dienstverlening door een derde omvat op de toepassing van het aanbestedingsrecht stuiten.¹⁹⁷

De redenering van het Hof is tweeledig. Enerzijds wordt de verhouding tussen een overheid en haar eigen diensten gekenmerkt door specifieke overwegingen en eisen verband houdend met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang. De aanwezigheid van privékapitaal beantwoordt daarentegen aan particuliere belangen en dat streeft *ipso facto* van het algemeen belang te onderscheiden, meer bepaald commerciële, doelstellingen na. Anderzijds zou de onderhandse gunning van een opdracht aan een gemengde onderneming, dus zonder het volgen van een aanbestedingsprocedure, indruisen tegen de doelstelling van een vrije en onvervalste mededinging alsmede het beginsel van gelijke behandeling, aangezien de private partner in dat geval wordt bevoordeeld tegenover zijn concurrenten op de markt.¹⁹⁸

Deze op het eerste zicht rechttoe-rechtaan uitspraak, verdient nochtans een aantal belangrijke nuances.

¹⁹² K. WAUTERS, "Overheidsvereenkomsten in België onder invloed van het Europese Unierecht", in K. WAUTERS (ed.) e.a., *Invloed van het EU-recht op het Belgische bestuursrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 293.

¹⁹³ HvJ 11 januari 2005, C-26/03, *Stadt Halle*; HvJ 21 juli 2005, C-231/03, *Coname*; HvJ 13 oktober 2005, C-458/03, *Parking Brixen*; HvJ 10 november 2005, C-29/04, *Commissie t. Oostenrijk*; HvJ 12 januari 2006, C-410/04, *ANAV*; HvJ 11 mei 2006, C-340/04, *Carbotermo*.

¹⁹⁴ HvJ 11 januari 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, r.o. 49. Deze ongenueanceerde uitspraak heeft indertijd nogal kwaad bloed gezet bij de decentrale overheden in Europa en is daarom door het Comité van de Regio's ook fors bekritiseerd, zie noot B. HESSEL, "Grenzen aan (quasi-)inbesteden of (quasi-)in-house-opdrachten", *SEW* 2005, nr. 11, 331.

¹⁹⁵ Sindsdien vaste rechtspraak en zelfs verstrengd: HvJ 21 juli 2005, C-231/03, *Coname*, r.o. 26; HvJ 13 oktober 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, r.o. 67; HvJ 10 november 2005, C-29/04, *Commissie t. Oostenrijk*, r.o. 46; HvJ 12 januari 2006, C-410/04, *ANAV*, r.o. 31; HvJ 18 januari 2007, C-220/05, *Auroux*, r.o. 64; HvJ 8 april 2008, C-337/05, *Commissie t. Italië*, r.o. 40-41; HvJ 13 november 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, r.o. 30; HvJ 10 september 2009, C-573/07, *Sea*, r.o. 46; HvJ 15 oktober 2009, C-196/08, *Acoset*, r.o. 53; HvJ 22 december 2010, C-215/09, *Mehiläinen Oy*, r.o. 32; HvJ 19 juni 2014, C-574/12, *Such*, r.o. 40-42.

¹⁹⁶ Wat betreft PPS heeft het Hof nadien wel gepreciseerd dat voor latere werkzaamheden geen nieuwe aanbesteding vereist is wanneer de private partner eerder al vanwege zijn bekwaamheid daarvoor op basis van een aanbesteding werd geselecteerd: dubbel aanbesteden is dus niet nodig. Zie HvJ 15 oktober 2009, C-196/08, *Acoset*, r.o. 55-63.

¹⁹⁷ De Commissie verduidelijkt dat dit ook geldt voor 'zuivere kapitaalinjecties' door particulieren, zelfs zonder enige operationele bijdrage (bv. aandelenkoop, geen standaardleningen). Zie SEC(2011)1169 def., Werkdocument PuPuS, 8. Dit arrest heeft verschillende Belgische gemeenten ertoe aangezet om hun intercommunales te transformeren van een gemengd naar een zuiver publiek statuut. Zie D. BATSELÉ, T. MORTIER en A. YERNA, o.c., nr. 19.5, 64.

¹⁹⁸ HvJ 11 januari 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, r.o. 50-51. De Advocaat-Generaal stelde nochtans een genuanceerdere, meer casuïstische aanpak voor om privé-participaties te beoordelen, waarbij deze in bepaalde uitzonderlijke gevallen het toezichtscriterium niet in de weg zouden staan. Het Hof is hier echter totaal aan voorbij gegaan en kiest daarmee voor rechtszekerheid. Zie Concl. Adv. Gen. STIX-HACKL van 23 september 2004, C-26/03, *Stadt Halle*, r.o. 64-89.

- Type rechtspersoon van de gecontroleerde entiteit

95. Volgens het Hof is het type rechtspersoon (publiek of privaat) van de gecontroleerde entiteit (of haar deelnemers) op zichzelf niet beslissend om de 'in-house'-relatie te weerhouden.¹⁹⁹ Het staat een 'zuivere' overheidsinstantie immers vrij om zich te organiseren als een privaatrechtelijke rechtspersoon, hoewel het kapitaal volledig in publieke handen blijft. Doorslaggevend element is het houderschap ervan.

96. Artikel 12.1 van de nieuwe richtlijn bevestigt het principe dat de rechtsvorm van de gecontroleerde entiteit niet relevant is voor de toepassing van de 'in-house'-uitzondering. Daarin wordt gewezen op de gunning van een opdracht door een aanbestedende dienst aan "*een andere privaat- of publiekrechtelijke rechtspersoon*". De gecontroleerde entiteit moet dus beschikken over rechtspersoonlijkheid, maar of zij zelf een publiekrechtelijk lichaam is, als een aandelenvennootschap is vorm gegeven of zelfs niet eens over maatschappelijk kapitaal beschikt, vormt geen beslissende maatstaf voor haar 'in-house'-karakter.²⁰⁰

97. Vervolgens rijst de vraag hoe het verbod op private deelname moet worden toegepast op een 'in-house'-entiteit die niet over maatschappelijk kapitaal beschikt (bv. vzw). In een recente zaak oordeelde het Hof dat zulke omstandigheid niet noodzakelijk belet dat de rechtstreekse gunning van een opdracht aan een dergelijke vereniging haar particuliere leden een concurrentievoordeel zou verschaffen.²⁰¹ Het gegeven dat de betrokken deelnemers zelf geen winstoogmerk nastreven (i.c. particuliere instellingen voor sociale solidariteit) doet daarbij niets af aan het feit dat zij economische activiteiten kunnen verrichten in vrije mededinging met andere marktdeelnemers. Uiteindelijk stelde het Hof dan ook dat de 'in-house'-exceptie niet kan worden toegepast "*wanneer de voor een overheidsopdracht geselecteerde entiteit een vereniging van algemeen nut zonder winstoogmerk is waarbij ten tijde van de gunning van die opdracht niet alleen entiteiten uit de publieke sector zijn aangesloten, maar ook particuliere instellingen voor sociale solidariteit die activiteiten zonder winstoogmerk verrichten*" (r.o. 44). Zo wordt de strenge lijn uit *Stadt Halle* onverbiddeijk doorgetrokken tot elk deelnemend particulier belang.

- Relevantie van potentiële toekomstige privé-participatie

98. De algemene regel is dat de aard van het kapitaal moet worden beoordeeld op het moment van de gunning van de opdracht: omwille van de rechtszekerheid zal met een toekomstige privé-participatie enkel rekening worden gehouden indien er op dat moment een concreet kortetermijnperspectief van een dergelijke participatie voorhanden is.²⁰² De louter theoretische mogelijkheid van een toekomstige privé-participatie in de gecontroleerde entiteit (bv. omdat de statuten dit niet verbieden) is echter onvoldoende om het bestaan van een 'in-house'-relatie uit te sluiten.²⁰³

¹⁹⁹ HvJ 17 juli 2008, C-371/05, *Commissie t. Italië*, r.o. 27-28; HvJ 10 september 2009, C-573/07, *Sea*, r.o. 41. Indien een 'in-house'-entiteit de vorm aanneemt van een aandelenvennootschap, zal het Hof wel waakzamer zijn omdat dit type rechtspersoon het vereiste toezicht onzeker kan maken (*infra*, nr. 117).

²⁰⁰ *Supra*, nr. 90 waar is opgemerkt dat de vereiste overheidsinvloed die uit het controlecriterium volgt nagenoeg altijd tot gevolg zal hebben dat de gecontroleerde entiteit zelf ook aanbestedende dienst zal zijn. Voor de toepassing van de 'in-house'-criteria op een vereniging van algemeen nut zonder winstoogmerk, zie HvJ 19 juni 2014, C-574/12, *Such*, r.o. 34-41; F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, "Toepassingsgebied", o.c., nr. 295, 171-172.

²⁰¹ HvJ 19 juni 2014, C-574/12, *Such*, r.o. 39-42.

²⁰² HvJ 10 september 2009, C-573/07, *Sea*, r.o. 47-51; HvJ 13 oktober 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, r.o. 67 en 72.

²⁰³ HvJ 17 juli 2008, C-371/05, *Commissie t. Italië*, r.o. 29. Hiermee heeft het Hof zijn eerdere standpunt, waarbij het de louter theoretische mogelijkheid van een privé-participatie wel voldoende achtte om de 'in-house'-uitzondering te weerhouden, herzien. Zie HvJ 21 juli 2005, C-231/03, *Coname*, r.o. 26; HvJ 12 januari 2006, C-410/04, *ANAV*, r.o. 32.

Bijzondere omstandigheden kunnen evenwel rechtvaardigen dat feiten na de gunning van een opdracht toch in acht worden genomen. Dit geldt wanneer het kapitaal van de gecontroleerde entiteit kort na de gunning wordt opengesteld voor privé-participaties met als doel een kunstmatige constructie op te zetten om de overheidsopdrachtenregelgeving te omzeilen.²⁰⁴ Later heeft het Hof dit standpunt verfijnd door te stellen dat wanneer tijdens de looptijd van een 'in-house'-opdracht een daadwerkelijke privé-participatie plaatsvindt (afgezien van eventuele fraude), voor de opdracht alsnog een aanbestedingsplicht ontstaat.²⁰⁵

- 100% publieke participatie in de gecontroleerde entiteit

99. De omstandigheid dat het volledige kapitaal van de vennootschap aan wie de opdracht wordt toegewezen in handen is van een of meerdere aanbestedende diensten, is volgens het Hof van Justitie een aanwijzing - zonder beslissend te zijn - dat er sprake is van 'toezicht zoals op zijn eigen diensten'.²⁰⁶

Samen met hetgeen hoger is bepaald aangaande kapitaal, kan worden besloten dat het 100% publieke aandeelhouderschap van de gecontroleerde entiteit op het moment van de gunning een noodzakelijke, maar nog geen voldoende voorwaarde is om in aanmerking te komen voor de 'in-house'-exceptie. Zo zal het Hof weigeren om het vereiste toezicht te erkennen wanneer uit andere omstandigheden blijkt dat de entiteit, hoewel volledig publiek, in feite geheel onafhankelijk van de aanbestedende dienst(en) staat.²⁰⁷

- Wijzigingen aan de kapitaalvereiste in de nieuwe richtlijn

100. De kapitaalvereiste is in de nieuwe richtlijn een volwaardig derde cumulatief criterium geworden en staat beschreven in artikel 12.1, eerste lid, c) dat luidt als volgt:

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

101. Deze bepaling is een van de meest in het oog springende vernieuwingen, omdat zij helemaal afwijkt van het Hof zijn standpunt ter zake.²⁰⁸ Het is immers vaste rechtspraak dat elke private deelneming, ook al is het maar voor minder dan de helft, in het kapitaal van de gecontroleerde entiteit hoe dan ook uitsluit dat de controlerende entiteit nog een 'toezicht zoals op zijn eigen diensten' kan uitoefenen en derhalve de mogelijkheid tot inbesteden niet langer ter beschikking staat. Hoewel het principiële verbod op privékapitaal in eerste instantie is hernomen, wordt dit versoepeld door de nadien geformuleerde uitzondering.

²⁰⁴ HvJ 10 november 2005, C-29/04, *Commissie t. Oostenrijk*, r.o. 46 (i.c. een overeenkomst voor onbepaalde duur).

²⁰⁵ HvJ 10 september 2009, C-573/07, *Sea*, r.o. 48 en 53.

²⁰⁶ HvJ 11 mei 2006, C-340/04, *Carbotermo*, r.o. 37. Deze overweging wees overigens impliciet op de mogelijkheid voor meerdere overheidsdiensten om gezamenlijk aan het controlecriterium te voldoen. Eenzelfde indicatie was trouwens ook al af te leiden uit de bewoording van het activiteitscriterium: 'lichaam of lichamen die hem beheersen'. Nochtans heeft het enkele jaren geduurd vooraleer het Hof dat expliciet heeft mogelijk geacht. Zie *infra*, nr. 107 e.v. Het vermoeden uit *Carbotermo* werd nadien ook bevestigd in: HvJ 19 april 2007, C-295/05, *Asemfo*, r.o. 57; HvJ 13 november 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, r.o. 28; HvJ 10 september 2009, C-573/07, *Sea*, r.o. 65.

²⁰⁷ HvJ 13 oktober 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, r.o. 70.

²⁰⁸ Het initiële voorstel vertrok van een totaal verbod, zie COM(2011) 896 def., Voorstel Commissie, art. 11.1, 47. Over het waarom van deze koerswijziging, zie W. JANSSEN, o.c., *Utrecht Law Review* 2014, 174-176.

102. Allereerst is het van belang om een onderscheid te maken tussen directe en indirecte participaties. Het verbod spreekt namelijk enkel over een directe participatie (bv. aandelen), hetgeen uitwijst dat een **indirecte** betrokkenheid blijkbaar geen beletsel vormt voor de uitzonderingsgrond. Nergens wordt verder duidelijk gemaakt wat daaronder moet worden verstaan, maar er valt te denken aan bijvoorbeeld een standaardlening (zolang deze uiteraard niet wordt omgezet in aandelen). Bovendien is ook een **directe** participatie van privé-kapitaal toegestaan indien deze voldoet aan de volgende cumulatieve voorwaarden:

1. de participatie vormt geen controle of blokkerende macht (zodat er geen beslissende invloed op de gecontroleerde entiteit door de particuliere deelnemer kan worden uitgeoefend); én
2. de participatie is vereist krachtens nationale regelgeving (die verenigbaar is met het VEU en VWEU).

Gelet op de strenge voorwaarden moet het effect van deze uitzondering op de uitzondering niet worden overschat. Considerans 32 verduidelijkt dat participaties in overheidsorganen met *verplicht* lidmaatschap worden bedoeld, met name organisaties belast met het beheer of de uitvoering van openbare diensten. Wanneer een intercommunale een gemengd statuut heeft als gevolg van effectieve privé-participaties die krachtens nationale regelgeving zijn *toegelaten*, kan een aangesloten gemeente dan ook niet investeren. Nochtans kan niet worden ontkend dat, ook al betreft het slechts een zeer beperkt soort participaties, deze deelnemers een voordeligere positie genieten dan bij de investering in een private onderneming, zoals zekerheid over de continue vraag naar economische activiteiten vanuit de controlerende entiteit.²⁰⁹ Het Hof zal verder moeten uitwijzen hoezeer zulke private minderheidsparticipaties zonder zeggenschap een onrechtmatig concurrentieel voordeel opleveren en dienovereenkomstig mededingingsbeperkend zijn.

Daarnaast is het beslissend element de direct participatie in de **gecontroleerde** rechtspersoon. Wanneer er bijgevolg sprake is van participatie door particuliere ondernemers in het kapitaal van de controlerende aanbestedende dienst(en) (zonder voornoemde beperkingen), blijft het dus mogelijk om aan de overige 'in-house'-criteria te voldoen. Considerans 32 bevestigt dit en stelt daarover dat zulke participaties de concurrentie tussen particuliere ondernemers niet negatief beïnvloeden. Of dat daadwerkelijk ook zo is, valt moeilijk te voorspellen aangezien het Hof zich tot dusver nooit over deze kwestie heeft uitgesproken. Het lijkt in ieder geval wat kort door de bocht. Praktisch zou dit immers betekenen dat een gemengde intercommunale een opdracht rechtstreeks zou mogen gunnen aan haar operationele dochter, als deze voor 100% door haar wordt gecontroleerd.²¹⁰ Rekening houdend met het algemene standpunt van het Hof ter zake, namelijk dat de relatie tussen een overheidsinstantie en haar eigen diensten gekenmerkt wordt door overwegingen die verband houden met het algemeen belang en dat elke aanwezigheid van particuliere belangen andere doelstellingen nastreeft, lijkt een dergelijke opdracht moeilijk verdedigbaar.

103. Voor het overige zijn, hoewel deze niet worden vernoemd, de andere door het Hof aangebrachte relevante omstandigheden in aanmerking te nemen om de aard van het kapitaal te beoordelen. Hoewel participierend privékapitaal onder het nieuwe regime niet langer volledig verboden is, zal het vereiste toezicht makkelijker aantoonbaar zijn indien het kapitaal van de gecontroleerde entiteit 100% publiek is.

²⁰⁹ Voor de motivering van het principiële verbod wordt in considerans 32 immers teruggegrepen naar de *Stadt Halle*-rechtspraak (*supra*, nr. 94); F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, "Toepassingsgebied", *o.c.*, nr. 310, 184.

²¹⁰ A.L. DURVIAUX en T. DELVAUX, *o.c.*, *JT* 2014, nr. 18, 653.

3.3.2.3 Controlecriterium: toezicht zoals op zijn eigen diensten

104. Het controlecriterium wijst op de organisationele afhankelijkheid en vereist geen identiek, maar een 'toezicht **zoals** op zijn eigen diensten'. Opdat de verhouding tussen een aanbestedende dienst en een afzonderlijke rechtspersoon kan worden aangemerkt als 'in-house' moet deze laatste "onder zodanig toezicht staan dat de overheidsinstantie zijn beslissingen kan beïnvloeden. Het moet gaan om een doorslaggevende invloed, zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen".²¹¹

Op welke wijze het toezicht wordt uitgeoefend is in wezen minder van belang, wat betekent dat het kan plaatsvinden aan de hand van publieke of particuliere bevoegdheden.²¹² Volgens het Hof zijn de relevante karakteristieken dat het uitgeoefende toezicht ten alle tijde "effectief, structureel en functioneel" is.²¹³

105. Meteen wordt duidelijk dat het door het Hof van Justitie ontwikkelde concept 'toezicht' een heel eigen functionele en feitelijke toepassing krijgt als het gaat over 'in-house'-relaties. Daarom mag het niet verward worden met de gebruikelijke bestuursrechtelijke betekenis van dit begrip. Als de gecontroleerde entiteit daarenboven georganiseerd is in de vorm van een vennootschap, legt het controlecriterium een veel strengere maatstaf op dan controle in mededingingsrechtelijke of vennootschapsrechtelijke zin.²¹⁴ ²¹⁵

106. Ter beoordeling van het vereiste toezicht moeten 'alle relevante wetsbepalingen en omstandigheden' in overweging worden genomen (*supra*, nr. 91). Wat dat betreft, komt uit de systematiek van de arresten naar voren dat het Hof hierbij, naast de aard van het kapitaal, bijzondere aandacht schenkt aan de samenstelling en de (omvang van de) bevoegdheden van de beslissingsorganen alsmede de potentiële marktgerichtheid of zelfstandigheid waarover de gecontroleerde entiteit beschikt. Alvorens deze aspecten nader te beschouwen, wordt eerst verduidelijkt dat het toezicht ook gezamenlijk kan worden uitgeoefend.

- Gezamenlijk toezicht door meerdere aanbestedende diensten

107. De erkenning van het gezamenlijk toezicht behoort tot de categorie van de tweede generatie 'in-house'-rechtspraak²¹⁶ die, in tegenstelling tot de vorige, een ware verademing betekende voor PuPuS.²¹⁷ Aangezien het Hof van Justitie het mogelijk achtte dat meerdere aanbestedende diensten op bepaalde rechtspersonen het vereiste toezicht gezamenlijk konden uitoefenen, kreeg de *Teckal*-rechtspraak, naast de reguliere ad hoc-opdrachten of verzelfstandigingsinitiatieven, vanaf dan ook praktische relevantie voor de samenwerkingsverbanden tussen meerdere overheidsinstanties en een afzonderlijke rechtspersoon.²¹⁸

²¹¹ HvJ 13 oktober 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, r.o. 65; HvJ 11 mei 2006, C-340/04, *Carbotermo*, r.o. 36.

²¹² R. CAVALLO PERIN en D. CASALINI, *o.c.*, PPLR 2009, 232.

²¹³ HvJ 17 juli 2008, C-371/05, *Commissie t. Italië*, r.o. 26; HvJ 13 november 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, r.o. 46; HvJ 29 november 2012, C-182/11 en C-183/11, *Econord*, r.o. 27.

²¹⁴ Zo oordeelde het Hof in de zaak *Stadt Halle* dat er geen sprake is van toezicht indien een particuliere derde met een minderheidsbelang zonder vetorechten deel uitmaakt van de gecontroleerde entiteit (*supra*, nr. 94).

²¹⁵ Concl. Adv. Gen. KOKOTT van 13 oktober 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, r.o. 52; T. DELVAUX, "Le contrôle d'une société - Sense et contresens d'un concept polysémique", *JT* 2007, nr. 61-65, 801.

²¹⁶ HvJ 19 april 2007, C-295/05, *Asemfo*; HvJ 17 juli 2008, C-371/05, *Commissie t. Italië*; HvJ 13 november 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*; HvJ 10 september 2009, C-573/07, *Sea*.

²¹⁷ Kenmerkend voor deze generatie arresten is tevens dat het Hof telkenmale besloot tot - onder voorbehoud van verificatie van de feiten door de verwijzende rechter - het vervuld zijn van de beide *Teckal*-criteria. Daarbij laat ik de zaak *Spanje t. Commissie* (HvJ 8 mei 2003, C-349/97, r.o. 204-205) buiten beschouwing omdat deze zaak, gelet op zijn voorwerp en de summier motivering van het Hof, niet meteen geschikt lijkt als precedent op vlak van 'in-house'.

²¹⁸ B. SCHUTYSER en K. MICLOTTE, "De rechtspraak inzake in-house-opdrachten: nog eens over verzelfstandigings- en samenwerkingsinitiatieven en de werking van het aanbestedingsrecht", *TGEM* 2013, nr. 18, 140.

Bij wijze van voorbeeld verwijst de Commissie naar twee gemeenten die in vervoerdiensten op hun gebied voorzien door middel van een vervoersmaatschappij die ze gezamenlijk bezitten en controleren.²¹⁹

108. Ten aanzien van het controlecriterium heeft het Hof in diverse zaken gepreciseerd dat het feit dat meerdere aanbestedende diensten deel uitmaken van het samenwerkingsverband geen beletsel vormt voor een 'toezicht zoals op zijn eigen diensten'.²²⁰ Het toezicht op de gecontroleerde entiteit hoeft met andere woorden niet door elke aanbestedende dienst individueel te gebeuren, maar kan ook gezamenlijk.

109. De eer om in dit verband aan het controlecriterium te voldoen, viel voor de eerste maal te beurt aan het overheidsbedrijf Tragsa in de zaak *Asemfo*.²²¹ Het Hof overweegt in deze zaak, voortbouwend op het arrest *Carbotermo*, dat de omstandigheid dat overheden het volledige kapitaal van Tragsa in handen hebben erop lijkt te wijzen dat er sprake is van toezicht. *In casu* hield de centrale overheid 99% van het kapitaal aan en kwam het resterende 1% toe aan de vier autonome regio's (elk één aandeel van 0,25%). De argumentatie van Asemfo kwam erop neer dat een dergelijke symbolische deelname onvoldoende was om voor wat betreft de opdrachten toegewezen door de regio's het 'toezicht zoals op zijn eigen diensten' te aanvaarden. Het Hof oordeelde daar anders over en stelde dat het toezicht moest worden bekeken vanuit het perspectief van alle deelnemende overheden gezamenlijk en niet ten opzichte van een of meer deelnemende overheden individueel gezien.²²² Vooraleer er uit deze zaak algemene principes mogen worden afgeleid omtrent gezamenlijk toezicht, moet evenwel gewezen worden op de bijzondere aard van Tragsa als opdrachtnemer. Deze kwam reeds eerder aan bod bij de niet-contractuele toewijzing van taken (*supra*, nr. 77). Daar werd immers gesteld dat Tragsa als zijnde een 'instrumenteel middel' niet als derde kon worden beschouwd ten aanzien van zijn opdrachtgevers. Het is daarom merkwaardig dat het Hof, ondanks het niet-bestaan van een overeenkomst, alsnog deze verhouding aan de *Teckal*-criteria toetste.

110. Wat er ook van zij, het voor onze nationale praktijk zeer belangrijke arrest *Coditel Brabant*²²³ nam in ieder geval elke mogelijke twijfel weg. In deze zaak toetste het Hof de *Teckal*-rechtspraak aan de werking van de Belgische intercommunales. De gemeente Ukkel wenste rechtstreeks het beheer en de exploitatie van haar kabeltelevisienet toe te wijzen aan de zuivere intercommunale Brutélé waarin zij zou toetreden. In tegenstelling tot *Asemfo*, waar de redenering van het Hof berustte op de niet-contractuele toewijzing van taken, betrof het *in casu* een concessie van openbare dienst die ontegensprekelijk een overeenkomst met wederzijdse rechten en verplichtingen uitmaakt. Het Hof bevestigde haar voorgaande bevindingen en

²¹⁹ SEC(2011)1169 def., Werkdocument PuPuS, 7. Bij de verticale samenwerking is het daarom van belang om steeds twee scenario's voor ogen te houden. Een eerste scenario doet zich voor wanneer in het kader van een bestuurlijke reorganisatie activiteiten worden verzelfstandigd. Deze verhuizen dan naar een afzonderlijke entiteit die slechts door één aanbestedende dienst wordt gecontroleerd (bv. AGB). Een ander mogelijk scenario van verzelfstandiging bestaat uit verscheidene aanbestedende diensten die samenwerken om te voorzien in een taak van algemeen belang en daartoe een afzonderlijke entiteit oprichten. In dit geval is deze laatste niet het bezit van slechts één maar meerdere aanbestedende diensten die haar ook controleren (bv. intergemeentelijk samenwerkingsverband of intercommunale).

²²⁰ HvJ 19 april 2007, C-295/05, *Asemfo*, r.o. 56-61; HvJ 13 november 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, r.o. 47 en 50; HvJ 10 september 2009, C-573/07, *Sea*, r.o. 54-55; HvJ 29 november, C-182/11 en C-183/11, *Econord*, r.o. 28.

²²¹ HvJ 19 april 2007, C-295/05, *Asemfo*, r.o. 56-61.

²²² *Ibid.*, r.o. 59. Deze vaststelling is opvallend omdat het Hof in een eerdere zaak besloot dat de deelneming door een gemeente van 0,97% het vereiste toezicht onmogelijk maakte. Zie HvJ 21 juli 2005, C-231/03, *Coname*, r.o. 24.

²²³ HvJ 13 november 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*; RvS 3 juli 2007, nr. 173.079, *Coditel Brabant*. Hoewel het Hof in deze zaak zorgde voor een baanbrekende uitspraak, eindigde het Belgische vervolg in mineur daar de verzoekende partij afzag van een behandeling ten gronde (vastgesteld bij RvS 4 augustus 2009, nr. 195.485, *Coditel Brabant*).

oordeelde expliciet dat het toezicht niet individueel door elke gemeente moet worden uitgeoefend, doch ook gezamenlijk kan plaatsvinden.²²⁴ De verantwoording van dit standpunt verdient integrale vermelding:

"(...) Indien werd geëist dat het toezicht van een overheidsinstantie (...) individueel is, zou dit tot gevolg hebben dat in de meeste gevallen waarin een overheidsinstantie zou willen toetreden tot een groepering die uit andere overheidsinstanties bestaat, zoals een intercommunale coöperatieve vennootschap, een oproep tot mededinging moet worden gedaan. Een dergelijk resultaat zou niet overeenstemmen met de gemeenschapsregeling inzake overheidsopdrachten en concessies. Een overheidsinstantie heeft immers de mogelijkheid, haar taken van algemeen belang te vervullen met haar eigen administratieve, technische en andere middelen, zonder dat zij een beroep hoeft te doen op externe lichamen die niet tot haar diensten behoren. Van deze mogelijkheid voor de overheidsinstanties om op hun eigen middelen beroep te doen om hun openbaardienstverplichtingen te vervullen, kan gebruik worden gemaakt in samenwerking met andere overheidsinstanties." (r.o. 47-49).

Aldus erkent het Hof de zwakte van het controlecriterium in zijn letterlijke formulering, omdat elke deling van toezicht tot gevolg heeft dat er niet langer sprake is van een 'toezicht zoals op zijn eigen diensten'. Anders oordelen, zou de uitzondering van de verticale samenwerking tot een lege doos hebben gemaakt. Deze ruime interpretatie beoogt dan ook tegemoetkoming aan de realiteit en de 'in-house'-rechtsfiguur, die wordt gelijkgesteld aan de uitoefening van een opdracht met eigen middelen, tevens beschikbaar te maken voor de gevallen waarin aanbestedende diensten willen samenwerken. Het Hof bevestigt daarover, in dezelfde geest als *Stadt Halle* (*supra*, nr. 82), dat het aanbestedingsrecht zo iets niet mag verhinderen.

111. Dezelfde redenering wordt hernomen in het *Sea*-arrest.²²⁵ Het verschil met de vorige zaak is dat het Hof nu wel de kans had om de mogelijkheid van gezamenlijk toezicht te baseren op aandeelhouderschap. De intercommunale Brutélé betrof immers een coöperatieve vennootschap die geen handelskarakter heeft en waarvan de werking volledig door de wet betreffende de intercommunales wordt beheerst. Haar leden bestonden enkel uit de aangesloten gemeenten en particuliere vennoten konden er nooit tot toetreden. Dat lag evenwel anders voor de onderneming Setco, die was vormgegeven als een aandelenvennootschap maar waarvan het kapitaal uitsluitend in handen was van de aangesloten gemeenten met één daarvan als meerderheidsaandeelhouder.²²⁶ Het Hof zijn oordeel omtrent de participatiegrootte spreekt boekdelen:

"Wanneer meerdere overheidsinstanties ervoor kiezen om hun openbare dienstverplichtingen via een gemeenschappelijke vennootschap uit te voeren, is het namelijk normaal gezien uitgesloten dat een van deze instanties die slechts een minderheidsbelang in die vennootschap heeft, alleen een beslissend toezicht uitoefent op de beslissingen van die vennootschap" (r.o. 56).

Vervolgens herneemt het Hof de hierboven geciteerde overwegingen uit *Coditel Brabant* waarin het stelt dat het toezicht niet individueel hoeft te zijn, maar ook gezamenlijk kan worden uitgeoefend en besluit het met te oordelen dat:

²²⁴ HvJ 13 november 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, r.o. 46 en 50; C. DUBOIS en I. VAN KRUCHTEN, "'In-House'. Et si la solution venait de l'arrêt 'Coditel Brabant'...?", *CDPK* 2009, 100-108.

²²⁵ HvJ 10 september 2009, C-573/07, *Sea*, r.o. 56-58 (i.c. samenwerkingsverband 'Setco' voor afvalverwijdering).

²²⁶ Hoger werd al verduidelijkt dat niet de rechtsvorm van de gecontroleerde entiteit, maar de aard van het kapitaal doorslaggevend is voor de toepasselijkheid van 'in-house' en dat bij de beoordeling daarvan moeten worden uitgegaan van het moment van de gunning (*supra*, nr. 95 e.v.). Dat werd in dit arrest expliciet aangegeven: *ibid*, r.o. 41 en 51.

"(...) Wanneer een overheidsinstantie minderheidsaandeelhouder 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." (r.o. 63).

Aldus stelt het Hof onomwonden dat het voor een 'toezicht zoals op zijn eigen diensten' niet is vereist dat een van de aangesloten overheidsinstanties op grond van haar meerderheidsparticipatie in het kapitaal van de gecontroleerde entiteit een doorslaggevende invloed over deze laatste moet kunnen uitoefenen. Een deelnemende overheid kan, ook al beschikt zij omwille van haar minderheidsparticipatie niet over een individueel beslissend toezicht, dergelijk toezicht toch gezamenlijk met andere overheden uitoefenen. Daarenboven is, aldus het Hof, de besluitvormingsprocedure die de controlerende overheden gebruiken bij de uitoefening van het (gezamenlijk) toezicht, bijvoorbeeld bij meerderheidsbeslissing, irrelevant.²²⁷ Hoewel het Hof met deze redenering opnieuw de conceptuele zwakte van het controlecriterium aantoonde, kan het belang ervan voor publieke (lokale) samenwerkingsinitiatieven niet genoeg benadrukt worden.²²⁸

112. Let wel, er is nog niets gezegd of er ook werkelijk een 'toezicht zoals op zijn eigen diensten' is. Hoewel het toezicht op de gecontroleerde entiteit niet individueel dient te gebeuren, heeft het Hof in de zaken *Coditel Brabant* en *Sea* uitdrukkelijk gesteld dat het toezicht wel effectief moet zijn.²²⁹ Alvorens hierop in te gaan, loont het om een tussentijdse conclusie omtrent het controlecriterium te formuleren.

- Tussentijdse conclusie inzake het gezamenlijk toezicht

113. De hierboven besproken rechtspraak maakt duidelijk dat het controlecriterium niet uitsluitend moet worden beoordeeld in hoofde van de aanbestedende dienst die bij de opdracht in kwestie betrokken is, hetgeen er anderszins toe zou leiden dat de opdrachtverlening dan weer wel en dan weer niet als 'in-house' zou worden gekwalificeerd en dit afhankelijk van de rechtspositie van de aangesloten leden.²³⁰

In het verlengde daarvan kan worden gesteld dat ook bij een kleine(re) deelname in het kapitaal van de gecontroleerde entiteit aan het criterium van 'toezicht zoals op zijn eigen diensten' kan zijn voldaan op voorwaarde dat het toezicht, dat gezamenlijk met de overige overheidsinstanties plaatsvindt, effectief is.

²²⁷ HvJ 13 november 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, r.o. 51; HvJ 10 september 2009, C-573/07, *Sea*, r.o. 60.

²²⁸ B. SCHUTYSER en K. MICLOTTE, o.c., *TGEM* 2013, nr. 21-22, 141. Beide auteurs merken overigens op, wel in het kader van een later arrest maar de redenering blijft hetzelfde, dat dit zelfs al komt ze van het Hof een zeer gewaagde stelling is omdat het Hof "de gedachte verdedigt dat met tien beslissen hetzelfde is als alleen beslissen" (*ibid.*, nr. 30). Specifiek voor de Vlaamse gemeentelijke en intergemeentelijke sector, zie F. VANDENDRIESSCHE, S. JOCHEMS en E. DE RAEYMAECKER, "Inbesteding: volstaat gezamenlijk toezicht?", *RABG* 2009, afl. 6, nr. 6, 399.

²²⁹ HvJ 13 november 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, r.o. 46; HvJ 10 september 2009, C-573/07, *Sea*, r.o. 55. Zie ook: HvJ 29 november 2012, C-182/11 en C-183/11, *Econord*, r.o. 27.

²³⁰ Deze aanname geldt overigens ook voor het activiteitscriterium, zie *infra*, nr. 131; Vergelijk ook met P. NIHOUL, "Décentralisation fonctionnelle et droit européen de la concurrence, des aides d'Etat et des marchés publics", o.c., 190.

- Concrete modaliteiten van het controlecriterium

114. Wanneer er daadwerkelijk sprake zal zijn van een 'toezicht zoals op zijn eigen diensten' hangt af van de concrete feiten en omstandigheden. Over het algemeen zal de invulling van dit criterium neerkomen op het aantonen van de afwezigheid van operationele autonomie in hoofde van de gecontroleerde entiteit. Volgens het Hof moet deze laatste immers onder een zodanig toezicht staan dat de aanbestedende dienst haar beslissingen kan beïnvloeden, hetgeen inhoudt dat deze minstens een doorslaggevende invloed kan uitoefenen, zowel op de strategische doelstellingen als de belangrijke beslissingen van die entiteit.^{231 232}

In de recente zaak *Econord*²³³ overweegt het Hof van Justitie over het bovenstaande nog het volgende: "(...) *Met andere woorden, de aanbestedende dienst moet op die entiteit een structureel en functioneel toezicht kunnen uitoefenen. Het Hof vereist eveneens dat dit toezicht effectief is.*" (r.o. 27).

Aldus zal het Hof een doorslaggevende invloed kwalificeren als een 'structureel en functioneel' toezicht. De effectiviteit van het toezicht kwam hoger al ter sprake naar aanleiding van het gezamenlijk toezicht: het uitgeoefende toezicht hoeft niet individueel te zijn, maar het moet wel effectief zijn. Mijns inziens maakt het Hof de zo al zeer ingewikkelde aangelegenheid inzake de aflijning van het vereiste toezicht nodeloos complexer door zulke nuances aan de dag te leggen. Het verwijst weliswaar bij elke zinsnede naar het onderliggend arrest, maar afgezien van de context (gezamenlijk toezicht of niet) maakt hun lezing niet duidelijk waar juist de inhoudelijke grens tussen 'structureel en functioneel' of 'effectief' ligt.²³⁴ Om die reden zie ik niet in wanneer het uitgeoefende toezicht wel 'structureel en functioneel' zou kunnen zijn zonder dat het tegelijk ook 'effectief' is of *vice versa*. Omdat de inhoud belangrijker is dan het etiket, laat ik deze incoherentie voor wat het is en volgen nu de concrete modaliteiten van het controlecriterium.

- Samenstelling en bevoegdheid van de besluitvormingsorganen

115. Om aan het controlecriterium te voldoen is vereist dat de aanbestedende dienst voldoende toezicht behoudt om de operationele autonomie of marktgerichtheid van de gecontroleerde entiteit te beperken. Hoger is er reeds op gewezen dat de volledige publieke aard van het kapitaal van de gecontroleerde entiteit een *conditio sine qua non* uitmaakt - afgezien van de toegelaten minderheidsparticipatie zonder zeggenschap in de nieuwe richtlijn - opdat ook maar sprake zou kunnen zijn van een 'toezicht zoals op zijn eigen diensten' (*supra*, nrs. 94 en 102). Meer nog, dit kan een aanwijzing vormen - zonder evenwel beslissend te zijn - voor het vereiste toezicht, zelfs wanneer het slechts een minderheidsbelang betreft. Indachtig deze omstandigheid, welk gevolg heeft de effectieve deelname door de overheidsinstantie(s) in de statutaire organen van de gecontroleerde entiteit dan voor het vervuld zijn van het controlecriterium?

²³¹ *Supra*, nr. 104 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

²³² Los van de hierna te bespreken aanwijzingen die in de rechtspraak van het Hof naar boven komen, kan voor wat betreft de 'strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen' in de eerste plaats gedacht worden aan zaken zoals de strategisch meerjarenplanning, de marktbenadering, de goedkeuring van de begroting en de jaarrekeningen, het ontslaan en benoemen van sleutelfiguren, transacties met zakelijke rechten op onroerend goed, investeringen, etc.

²³³ HvJ 29 november 2012, C-182/11 en C-183/11, *Econord*.

²³⁴ Voor 'structureel en functioneel', zie HvJ 17 juli 2008, C-371/05, *Commissie t. Italië*, r.o. 26; Voor 'effectief', zie HvJ 13 november 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, r.o. 46. In beide zaken betrof het een samenwerkingsverband dat bestond uit meerdere overheidsinstanties, met het enige verschil dat de mogelijkheid van gezamenlijk toezicht pas expliciet door het Hof erkend werd in *Coditel Brabant*. Dat weerhield het Hof echter niet om al in *Commissie t. Italië* de 'in-house'-relatie goed te keuren en het bepalend element hiervoor was, afgezien van het feit dat het kapitaal volledig publiek was, net zoals in *Coditel Brabant*, de omstandigheid dat de overheden over een voldoende vertegenwoordiging in de bestuursorganen van de gecontroleerde entiteit beschikten om een doorslaggevende invloed uit te oefenen.

116. Uit de rechtspraak blijkt dat het Hof veel belang hecht aan de samenstelling en de (omvang van de) bevoegdheid van de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde entiteit. Indien deze organen bestaan uit vertegenwoordigers van de aangesloten overheden zodat de werkzaamheden nauwlettend gevolgd en gecoördineerd kunnen worden, wijst dit voor het Hof op het bestaan van een doorslaggevende invloed.²³⁵

117. Het type rechtspersoon van de gecontroleerde entiteit is op zich niet beslissend, maar kan een teken zijn van meer of minder overheidsinvloed.²³⁶ Zo beschikken bepaalde rechtspersonen naar nationaal recht over een ruime bevoegdheidsmarge ten opzichte van de aandeelhouders, wat op zijn beurt wijst op een grotere onafhankelijkheid of handelingsvrijheid die het vereiste toezicht alsnog onzeker kan maken. Hoewel het Hof principieel geen onderscheid maakt, lijkt het toch een zekere argwaan te koesteren indien de gecontroleerde entiteit is georganiseerd in de vorm van een aandelenvennootschap. Dienaangaande oordeelde het Hof dat wanneer het uitgeoefende toezicht in wezen overeenkomt met de marge waarover de meerderheid van de aandeelhouders krachtens het vennootschapsrecht beschikt, de mogelijkheid om de beslissingen te beïnvloeden aanzienlijk wordt beperkt.²³⁷ Zo bleek het niet voldoende dat de gemeente de meerderheid van de leden van de raad van bestuur kon benoemen, gelet op de aanzienlijk ruime bevoegdheden van deze laatste voor het beheer van de vennootschap.²³⁸ Ook een niet-rechtstreekse uitoefening van het toezicht, via participatie in een holdingmaatschappij boven de gecontroleerde entiteit, kan naar gelang de omstandigheden een sterke verzwakking van het vereiste toezicht teweeg brengen.²³⁹

118. Vervolgens lijken de 'tweede generatie'-arresten *Coditel Brabant* en *Sea* toch voor een verandering in perspectief te zorgen. Uit de overwegingen van het Hof blijkt namelijk dat de vraag niet langer is of de besluitvormingsorganen over een grote zelfstandigheid beschikken, maar wel of deze zelfstandigheid het bestaan van een 'toezicht zoals op zijn eigen diensten' onmogelijk maakt.²⁴⁰ Dit getuigt samen met de erkenning van het gezamenlijk toezicht weer van een groter vertrouwen in PuPuS in hoofde van het Hof.

Zo brachten de uitgebreide bevoegdheden van de raad van bestuur van Brutélé, zoals het vaststellen van de tarieven, het vereiste toezicht niet in gevaar. Het Hof benadrukte dat deze niet was opgericht als een aandelenvennootschap die onafhankelijk van haar aandeelhouders doelstellingen kan nastreven. Brutélé was daarentegen opgericht als een coöperatieve vennootschap die, krachtens de toepasselijke wet, geen handelskarakter heeft. Uit de organieke regelgeving - zoals aangevuld door de statuten - volgt dus dat het statutaire doel zich beperkte tot de behartiging van de opgedragen taken van gemeentelijk belang en dat Brutélé daarom geen ander belang kan nastreven dan dat van de bij haar aangesloten gemeenten.²⁴¹

²³⁵ HvJ 17 juli 2008, C-371/05, *Commissie t. Italië*, r.o. 25-26; HvJ 13 november 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, r.o. 34; HvJ 10 september 2009, C-573/07, *Sea*, r.o. 82-86.

²³⁶ *Supra*, nr. 95. Daar kwam het type rechtspersoon al aan bod om aan te geven dat dit niet bepalend is om de aard van het kapitaal als privaat dan wel publiek te bestempelen. Hier wordt het type rechtspersoon evenwel benaderd in het kader van de omvang van de bevoegdheid van de bestuursorganen van de gecontroleerde entiteit.

²³⁷ HvJ 13 oktober 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, r.o. 69; HvJ 11 mei 2006, C-340/04, *Carbotermo*, r.o. 38.

²³⁸ HvJ 13 oktober 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, r.o. 67-69 (i.c. kon de raad van bestuur zonder voorafgaande toestemming van de aandeelhouders elke handeling verrichten die hij nodig achtte voor het maatschappelijk doel en zekerheden stellen ten belope van vijf miljoen euro, wat volgens het Hof op een ruime zelfstandigheid wees).

²³⁹ HvJ 11 mei 2006, C-340/04, *Carbotermo*, r.o. 39 (i.c. beschikte de raad van bestuur over de ruimste bevoegdheid).

²⁴⁰ F. JUDO, "Inbesteden in Luxemburg en in Brussel. Een arrest van de Raad van State over de toepassing van een weerbarstig leerstuk", *TA* 2012, afl. 2, 103-104.

²⁴¹ HvJ 13 november 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, r.o. 35-39. Het Hof besteedde ook aandacht aan het gegeven dat de raad van bestuur bepaalde aangelegenheden kon delegeren aan zogenaamde sector- of ondersectorcomités, waarin dan opnieuw vertegenwoordiging mogelijk was (r.o. 17 en 40). Zie ook A.L. DURVIAUX en N. THIRION, "Un simple répit ou une réelle revalorisation pour la coopération intercommunale en droit européen?", *JT* 2009, 178 e.v.

In de zaak *Sea* ging het wel om een aandelenvennootschap als gecontroleerde entiteit. Het Hof heeft bijgevolg een omstandig onderzoek gewijd aan de bevoegdheden van de aangesloten overheidsinstanties teneinde het bestaan van een doorslaggevende invloed te verifiëren.²⁴² De uiteenzetting daarvan zou ons te ver leiden, maar beslissend was in ieder geval dat *in casu* was voorzien in bijzondere en versterkende controlebevoegdheden die veel verder gingen dan het toezicht waarover aandeelhouders krachtens het vennootschapsrecht beschikken.²⁴³ In dezelfde geest als *Coditel Brabant* oordeelde het Hof ook hier dat de aangesloten instanties een voldoende overheidsinvloed op de gecontroleerde entiteit uitoefenden om ten alle tijde hun gemeenschappelijke belangen in haar werkzaamheden te laten doorwegen.

119. Samenvattend kan worden gesteld dat het voor een 'toezicht zoals zijn eigen diensten' lijkt te volstaan dat de gemeenrechtelijke controle (denk bijvoorbeeld aan de aanstelling van de bestuursleden) wordt aangesterkt met specifieke toezichtmechanismen. Als dat zo is, hoeft de ruime bevoegdheid van de bestuursorganen niet noodzakelijk een beletsel te zijn, omdat zij afdoende kunnen worden gecontroleerd.

- Uitholling gezamenlijk toezicht door 'louter formele deelneming'

120. Is de positie van een aanbestedende dienst in een gemeenschappelijke entiteit zodanig dat hij geen enkele mogelijkheid heeft om deel te nemen aan het toezicht, dan is zijn toezicht op die entiteit niet effectief en zal bijgevolg niet voldaan zijn aan het controlecriterium. Hoewel gezamenlijk toezicht is toegelaten, mag het niet worden uitgehold. Het aanbestedingsrecht zou (te) makkelijk kunnen worden omzeild wanneer een 'louter formele deelneming' in een dergelijke entiteit of in een bestuursorgaan ervan, de aanbestedende dienst zou vrijstellen van het organiseren van een aanbestedingsprocedure, ook al zou deze in het geheel niet deelnemen aan het 'toezicht zoals op zijn eigen diensten' op die entiteit.²⁴⁴

In casu betrof het een samenwerkingsverband waarbij één gemeente 99,81% van het kapitaal in handen had en het resterende gedeelte was verdeeld over 36 andere gemeenten. Deze laatste konden samen slechts één lid van de raad van toezicht en de raad van bestuur benoemen. Zulke omstandigheden deden het Hof overwegen dat de toezichtbevoegdheid van de opdrachtverlenende gemeenten enkel berustte op het toezicht van de gemeente met het meerderheidsbelang en dus niet voldeed aan het controlecriterium.

121. Het valt te betreuren dat het Hof niet duidelijk de grens stelt tussen effectief en uitgehold toezicht. Duidelijk is wel dat indien kleine aandeelhouders een louter formele aanwezigheid in de bestuursorganen hebben, zij zich niet kunnen beroepen op de 'in-house'-uitzondering.²⁴⁵ Als hieruit ook moet worden afgeleid dat één overheid binnen het samenwerkingsverband geen al te groot overwicht mag verwerven, lijkt het dat de *Teckal*-rechtspraak wordt teruggeschroefd en herzielt het Hof zijn standpunt uit *Asemfo*.²⁴⁶

²⁴² HvJ 10 september 2009, C-573/07, *Sea*, r.o. 82-86. Voor de specifieke toezichtmechanismen, zie r.o. 16-18.

²⁴³ *Ibid.*, r.o. 16-18. Het betrof o.m. de vertegenwoordiging in de bestuursorganen vergezeld van stemrecht ongeacht de participatiegrootte, advies- en instructiebevoegdheid, voorafgaande goedkeuring van bepaalde handelingen, etc.

²⁴⁴ HvJ 29 november 2012, C-182/11 en C-183/11, *Econord*, r.o. 30-31 (voor de feiten, zie r.o. 11 e.v.).

²⁴⁵ Uit de lezing van het dispositief kan overigens worden opgemaakt dat het niet om twee cumulatieve voorwaarden gaat - én deelname in het kapitaal én deelname in de bestuursorganen - zodat het controlecriterium vervuld kan zijn zonder dat er sprake is van een deelname in het kapitaal, maar een overheidsinstantie effectief toezicht uitoefent via de bestuursorganen. Hoger werd eveneens al betoogd dat het feit dat een 'ondernemer', zoals bv. een VZW, niet over maatschappelijk kapitaal beschikt de toepassing van de 'in-house'-uitzondering niet verhindert (*supra*, nrs. 65 en 97).

²⁴⁶ *Supra*, nr. 109. Afgezien van de bijzondere omstandigheden van deze zaak was een aandeel van 0,25% geen beletsel om aan het controlecriterium te voldoen. Een bijkomend element dat wijst op herziening van dit standpunt is dat het Hof in *Econord* zelf verwijst naar *Coname*, waarin een aandeel van 0,97% onvoldoende bleek (*ibid.*, r.o. 31). Zie ook B. SCHUTYSER en K. MICLOTTE, o.c., *TGEM* 2013, nr. 31, 143.

- Afwezigheid van potentiële zelfstandigheid of marktgerichtheid

122. Uit de twee vorige punten volgt dat een effectieve statutaire vertegenwoordiging van de aangesloten overheidsinstanties noodzakelijk is om aan het controlecriterium te voldoen. Dit dient met name om de potentiële zelfstandigheid van de gecontroleerde entiteit te beperken. Deze mag volgens het Hof geen marktgerichte onderneming worden, omdat die omstandigheid het toezicht alsnog onzeker zou maken.²⁴⁷

Bij de beoordeling van het toezicht door de controlerende overheidsinstantie(s) zal het Hof daarom ook rekening houden met de mate van marktgerichtheid in hoofde van de gecontroleerde entiteit. Hierbij is niet zozeer het type rechtspersoon of het commerciële oogmerk van deze laatste relevant - al kan het wel een aanwijzing vormen (*supra*, nr. 117) - maar moet daarentegen worden nagegaan of haar activiteiten passen binnen het algemeen belang van de bij haar aangesloten overheidsinstanties en zij niet in de mogelijkheid verkeert om andere (daarvan verschillende en dus particuliere) doeleinden na te streven.²⁴⁸

123. De concrete elementen die hiervoor in aanmerking komen, zijn de geografische en de materiële omvang van de activiteiten van de gecontroleerde entiteit, alsmede haar mogelijkheid om betrekkingen aan te knopen met de particuliere sector.²⁴⁹ Zo valt de afwezigheid van marktgerichtheid op te maken uit het feit dat de activiteiten van de gecontroleerde entiteit beperkt zijn tot het grondgebied van de aanbestedende diensten en de entiteit enkel de door hen opgedragen diensten ten laste heeft. Anderzijds stelt het Hof zich pragmatisch op door te stellen dat betrekkingen met de particulier sector van de gecontroleerde entiteit niet totaal uit den boze zijn. Als deze slechts bijkomstig blijven ten aanzien van het hoofddoel, zijnde het beheer van openbare diensten, zal dit niet leiden tot marktgerichtheid. Bijvoorbeeld: indien de hoofdactiviteit van de gecontroleerde entiteit bestaat uit afvalophaling voor de aanbestedende dienst, kan dit als nevenactiviteit vereisen dat een aantal soorten teruggewonnen stoffen met het oog op recycling worden doorverkocht aan gespecialiseerde ondernemingen in de privé-sector.²⁵⁰

Wordt het maatschappelijk doel van de gecontroleerde entiteit echter verruimd tot nieuwe activiteiten (materiële werkingssfeer) in het hele land en zelfs daarbuiten, dan vormt dit een sterke aanwijzing dat de aanbestedende dienst niet langer in staat is een 'toezicht zoals op zijn eigen diensten' uit te oefenen.²⁵¹

- Invulling van het controlecriterium in de nieuwe richtlijn

124. Artikel 12 benadert het controlecriterium op een overzichtelijke wijze door een onderscheid te maken tussen individueel (art. 12.1) en gezamenlijk toezicht (art. 12.3). Beide bepalingen vereisen een 'toezicht zoals op zijn eigen diensten', maar dit begrip krijgt naargelang het geval een andere invulling.²⁵²

²⁴⁷ HvJ 13 oktober 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, r.o. 67 en 70; HvJ 13 november 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, r.o. 36; HvJ 10 september 2009, C-573/07, *Sea*, r.o. 66.

²⁴⁸ HvJ 13 november 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, r.o. 38; HvJ 19 juni 2014, C-574/12, *Such*, r.o. 36; Zie ook F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, "Toepassingsgebied", o.c., nr. 302, 176.

²⁴⁹ HvJ 10 september 2009, C-573/07, *Sea*, r.o. 73. Uit de letterlijke formulering van de overweging valt op te maken dat dit de constitutieve elementen zijn. In *Parking Brixen* (HvJ 13 oktober 2005, C-458/03, r.o. 67, punt a) en c)) werden nog twee andere indicaties genoemd: het type rechtspersoon en de verplichte openstelling voor privékapitaal op korte termijn. Deze zijn echter in latere rechtspraak verder uitgewerkt in een andere context dan 'marktgerichtheid' en worden mijns inziens daarom niet opnieuw hernomen door het Hof.

²⁵⁰ HvJ 10 september 2009, C-573/07, *Sea*, r.o. 74-81. In feite is de pragmatiek noodgedwongen aangezien het Hof zelf toegeeft dat anders oordelen het, hierna te bespreken, activiteitscriterium tot een lege doos zou maken.

²⁵¹ HvJ 13 oktober 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, r.o. 67 (i.c. betroffen het allerlei economische activiteiten).

²⁵² Naargelang de uitoefening van het toezicht, spreekt men ook van enkelvoudige dan wel gezamenlijke 'in-house'.

125. Bij **individueel toezicht** wordt de controlerende aanbestedende dienst geacht het vereiste toezicht uit te oefenen indien hij zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon een beslissende invloed uitoefent; dit toezicht kan ook worden uitgeoefend via een andere rechtspersoon, die op dezelfde wijze door de aanbestedende dienst wordt gecontroleerd (art. 12.1, eerste lid, a) en tweede lid).

Dit is een vrij compacte bepaling waarvan het eerste deel zich laat lezen als een vermoeden opdat aan het controlecriterium is voldaan. Ten opzichte van de rechtspraak is dat niet afwijkend, maar onvolledig want er wordt niet aan toegevoegd of en hoe het vermoeden weerlegbaar is. Doordat het 'toezicht zoals op zijn eigen diensten' is geconcretiseerd naar een doorslaggevende invloed, wordt evenwel duidelijk dat deze bepaling teruggrijpt naar de strikte en functionele benadering van het Hof. Het gaat dus wel degelijk om een weerlegbaar vermoeden dat, zowel in rechte als in feite, voldoende dient te worden onderbouwd aan de hand van alle relevante omstandigheden. Anders gezegd: de aanbestedende dienst zal moeten staven dat de afwezigheid van operationele autonomie voortvloeit uit het beheer en de structuren van de gecontroleerde entiteit, zodat hij ten alle tijde bij machte is om het vereiste toezicht uit te oefenen.²⁵³ Hieruit volgt dan ook dat alle door het Hof ontwikkelde aanwijzingen daaromtrent, ook al worden ze in de nieuwe bepaling niet expliciet vermeld, toonaangevend zijn ter beoordeling van het controlecriterium.²⁵⁴

Het tweede gedeelte van de bepaling verruimt bovendien de controlemogelijkheid omdat het toelaat dat het toezicht ook onrechtstreeks kan worden uitgeoefend, dat wil zeggen middels een tussenstructuur. Kennelijk is het dus mogelijk dat een controlerende aanbestedende dienst via zijn gecontroleerde dochter tevens zijn kleindochter controleert zonder dat dit het 'in-house'-karakter van de constructie beïnvloedt. Uiteraard dient ook hier grondig(er) aan de relevante omstandigheden te worden getoetst, aangezien het Hof de onrechtstreekse uitoefening van het toezicht eerder al aanmerkte als een verzwakkende factor.²⁵⁵

126. Bij **gezamenlijk toezicht** is het niet één, maar zijn het meerdere aanbestedende diensten die een of meerdere rechtspersonen controleren. Het controlecriterium is in deze context sterk vergelijkbaar met het voorgaande, doch ondervindt enkele aanpassingen omdat het is verfijnd in drie cumulatieve criteria:

1. de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten; individuele vertegenwoordigers kunnen verscheidene of alle deelnemende aanbestedende diensten vertegenwoordigen; én
2. deze aanbestedende diensten zijn in staat gezamenlijk een beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon; én
3. de gecontroleerde rechtspersoon streeft geen belangen na die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten (art. 12.3, eerste lid, a) en tweede lid).

²⁵³ Eens dit vaststaat, is de manier waarop het toezicht wordt uitgeoefend, namelijk door middel van particuliere of publieke bevoegdheden, niet langer relevant; E. SLAUTSKY en N. BRAECKEVELT, o.c., *O&O* 2014, afl. 1, nr. 17, 10.

²⁵⁴ Bedoeld worden de hoger beschreven modaliteiten zoals 100% publiek houderschap van het kapitaal, samenstelling en bevoegdheid van de besluitvormingsorganen en afwezigheid van zelfstandigheid of marktgerichtheid.

²⁵⁵ HvJ 11 mei 2006, C-340/04, *Carbotermo*, r.o. 39. Ten tijde van dit arrest was er nog geen sprake van gezamenlijk toezicht, maar gelet op de latere rechtspraak hierover had deze zaak daar wel voor in aanmerking kunnen komen omdat de aanbestedende dienst was samengesteld uit meerdere gemeenten die via een holdingmaatschappij het lichaam dat met de opdracht in kwestie werd belast controleerde (wat i.c. niet werd aanvaard). De mogelijkheid van onrechtstreeks toezicht wordt echter niet hernomen in art. 12.3 (gezamenlijke 'in-house'), zodat het er naar uitziet dat het in die context niet gebruikt kan worden. Afgaand op voormeld arrest kan m.i. echter ook het tegendeel worden beweerd (hoewel nog steeds een verzwakkende factor). Het is met andere woorden vooralsnog niet meteen duidelijk.

Dit is wellicht de belangrijkste bepaling van artikel 12, omdat uitdrukkelijk en conform het *Coditel*-arrest overheden de vrijheid wordt gelaten om in onderlinge samenwerking hun openbare dienst te organiseren. Opdat dergelijke samenwerkingsverbanden buiten de werkingssfeer van de richtlijn kunnen plaatsvinden, is het niet vereist dat elke aanbestedende dienst individueel over een gelijke mate van toezicht beschikt, maar het gezamenlijk toezicht moet wel effectief zijn.²⁵⁶ Die effectiviteit wordt nader bepaald in de drie voormelde criteria waarvan de inhoud van het tweede (de doorslaggevende invloed) gelijk is aan hetgeen hoger bij individueel toezicht is uiteengezet. Het eerste en derde criterium verdienen wel een opmerking.

Het eerste criterium vindt zijn grondslag in het *Econord*-arrest en benadrukt dat er sprake moet zijn van een feitelijke invloed van alle deelnemers via een vertegenwoordiging in de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon. Dit moet meer bepaald voorkomen dat het begrip 'gezamenlijk toezicht' wordt uitgehold door een louter formele deelname en dus feitelijk alle toezichtbevoegdheid zou liggen bij de aanbestedende dienst die over een meerderheidsparticipatie in het kapitaal van de gecontroleerde rechtspersoon beschikt. Dat eenzelfde persoon meerdere deelnemers kan vertegenwoordigen, is een welgekomen verduidelijking ten opzichte van *Econord*. Deze toevoeging getuigt van pragmatiek, omdat de vertegenwoordiging van elke deelnemer bij zeer grote samenwerkingsverbanden de efficiënte werking van de besluitvormingsorganen zou bemoeilijken.²⁵⁷ Specifieke toezichtmechanismen zijn dan wel eens zo belangrijk om te staven dat zulke vertegenwoordiging nog steeds een doorslaggevende invloed uitmaakt. Door deelname in het kapitaal, maar hoe dan ook een vertegenwoordiging in de besluitvormingsorganen, moet in elk geval voldaan zijn aan het controlecriterium, wat gelijk is aan het standpunt van het Hof.²⁵⁸

Het derde criterium stelt dat de gecontroleerde rechtspersoon zich dient te onthouden van het nastreven van belangen die in strijd zouden zijn met die van de aangesloten aanbestedende diensten. Hoewel het element van de marktgerichtheid nergens expliciet aan bod komt, kan het derde criterium wel in die zin worden geïnterpreteerd: de gecontroleerde rechtspersoon mag geen particuliere belangen nastreven door het ontplooiën van activiteiten die in strijd zijn met haar statuten.²⁵⁹ Het initiële richtlijnvoorstel sprak van 'andere belangen', maar is nadien gewijzigd in 'tegenstrijdige belangen'.²⁶⁰ Deze versoepeling werd verantwoord door het feit dat dochterentiteiten vaak worden opgericht met het oog op belangen die verder gaan dan die van de controlerende overheidsinstanties.²⁶¹ Het is finaal aan het Hof om hier de grens te trekken. In de recente zaak *Such* beklemtoonde het Hof alvast dat niet de rechtsvorm, maar wel de vraag of het samenwerkingsverband exclusief openbare belangen dient fundamenteel is. De enkele betrokkenheid van particuliere belangen, ook al was het samenwerkingsverband op sociale doelstellingen gericht, nam die exclusiviteit *stante pede* weg: benaderende openbaar-belang gerichtheid volstaat niet.²⁶²

²⁵⁶ Dat het uitgeoefende toezicht niet door elke deelnemende aanbestedende dienst gelijk hoeft te zijn, volgt ook uit de aanhef van art. 12.3: "Een aanbestedende dienst die op een privaat- of publiekrechtelijk rechtspersoon geen controle uitoefent in de zin van [art. 12.1] kan niettemin zonder deze richtlijn toe te passen een overheidsopdracht gunnen aan die rechtspersoon, indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan (...)" (eigen onderlijning).

²⁵⁷ E. SLAUTSKY en N. BRAECKEVELT, o.c., *O&O* 2014, afl. 1, nr. 34, 16.

²⁵⁸ Het gaat niet om cumulatieve voorwaarden, toezicht kan immers ook zonder kapitaalparticipatie (*supra*, noot 245).

²⁵⁹ F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, "Toepassingsgebied", o.c., nr. 302, 177.

²⁶⁰ Vermeldenswaardig is ook dat de voorwaarde onder punt d) is komen te vervallen. Die stelde dat de gecontroleerde rechtspersoon uit de toegewezen opdrachten geen andere winst mocht halen dan een vergoeding van de reële kosten. Het Hof heeft zich daar nooit over uitgesproken. De Commissie zag hierin de ultieme voorwaarde ter garantie dat 'in-house'-opdrachten exclusief door het algemeen belang zou worden beheerst in plaats van ook commerciële belangen. Zie COM(2011) 896 def., Voorstel Commissie, art. 11.3, 48; N. SPIEGEL en M. URBANI, "La 'modernisation' des règles européennes sur les marchés publics: la nouvelle directive 2014/24/EU", *Rev.Dr.U.E.* 2014, afl. 4, 715.

²⁶¹ Amendement 534 (2011/0438(COD)); A.L. DURVIAUX en T. DELVAUX, o.c., *JT* 2014, nr. 13, 652.

²⁶² *Supra*, nr. 97; F. JUDO, "Noot - Tweemaal het huis uit - Schroeft recente Luxemburgse rechtspraak inzake *in-house* de nieuwe richtlijn preventief terug?", *TA* 2014, afl. 4, 427.

3.3.2.4 Activiteitscriterium: merendeel van de werkzaamheden

127. Het tweede *Teckal*-criterium wijst op de economische afhankelijkheid van de gecontroleerde entiteit en vereist dat deze 'het merendeel van haar werkzaamheden vervult ten behoeve van het lichaam of de lichamen die haar beheersen'. Net zoals het eerste criterium betreft het een cumulatieve voorwaarde zodat er pas sprake van 'in-house' zal zijn indien de organisationele verwevenheid vergezeld gaat van een quasi-exclusiviteit in termen van werkzaamheden ten bate van de controlerende overheidsinstantie(s).²⁶³ Gelet op de rigiditeit waarmee het Hof van Justitie het controlecriterium benaderde, is het activiteiten-criterium gedurende lange tijd 'verwaarloosd' geweest en zorgden slechts enkele arresten voor duiding.

- Ratio legis

128. De *ratio legis* van beide *Teckal*-criteria is eensluidend, namelijk het voorkomen van marktverstoring. Specifiek voor het activiteiten-criterium wordt dit tot uitdrukking gebracht met de eis dat de controlerende overheidsinstantie meteen ook de grootste werkgever van de gecontroleerde entiteit moet zijn. De reden hiervoor is, aldus het Hof, dat de toepassing van de overheidsopdrachtenregelgeving gewaarborgd blijft wanneer een door een of meerdere overheidsinstanties gecontroleerde onderneming op de markt actief is en dus met andere ondernemingen kan concurreren.²⁶⁴ Die gedachtengang is volkomen terecht, want als er sprake is van concurrentie, dan moet deze worden beschermd. Het zou discriminerend zijn tegenover particuliere ondernemingen, die gelijkaardige diensten aanbieden, mocht een overheid zonder enige vorm van mededinging taken toewijzen aan zijn 'interne' onderneming ingeval deze laatste in grote mate zelfstandig marktactiviteiten kan ontplooiën, omdat dit hem in een favorabele concurrentiepositie brengt.

In die zin kan gewezen worden op de correlatie tussen beide *Teckal*-criteria, die het activiteiten-criterium tot de logische pendant van het controlecriterium maakt. De gecontroleerde entiteit verliest immers niet noodzakelijk haar handelingsvrijheid door het enkele feit dat een overheidsinstantie toezicht heeft op haar beslissingen, indien die entiteit althans tezelfdertijd een belangrijk deel van haar economische activiteiten voor andere marktdeelnemers kan uitoefenen.²⁶⁵ De redering hierachter is dat wanneer de gecontroleerde entiteit quasi-exclusief werkzaam is ten behoeve van de controlerende overheidsinstantie, zij zich sneller in een afhankelijkheidspositie bevindt en het eenvoudiger zal zijn om haar te controleren.

- Hoofdzakelijk versus marginaal

129. Voor de nadere invulling van het activiteiten-criterium was het arrest *Carbotermo* veelbetekenend.²⁶⁶ Aan dit criterium is slechts voldaan indien de activiteit van de gecontroleerde entiteit zich **hoofdzakelijk** toespitst op de overheidsinstantie en elke andere activiteit **marginaal** is. Om dit uit te maken moet de rechter alle, zowel kwalitatieve als kwantitatieve, omstandigheden van de zaak in beschouwing nemen.²⁶⁷

²⁶³ De quasi-exclusiviteit geldt niet in de omgekeerde richting ten bate van de gecontroleerde entiteit (*supra*, nr. 90).

²⁶⁴ HvJ 11 mei 2006, C-340/04, *Carbotermo*, r.o. 60; HvJ 18 december 2007, C-220/06, *Asociación Profesional*, r.o. 62.

²⁶⁵ *Ibid.*, r.o. 61-62. In dezelfde zin: concl. Adv. Gen. LEGER van 15 juni 2000, C-94/99, *ARGE*, r.o. 73 e.v.

²⁶⁶ *Ibid.* Nochtans was dat niet nodig, omdat het Hof al tot het niet vervuld zijn van het controlecriterium had besloten. Het feit dat er na zeven jaar *Teckal*-rechtspraak nog geen concretisering van de tweede voorwaarde uit de bus was gekomen, werkte omwille van een gebrek aan rechtszekerheid uiteraard niet echt bemoedigend voor de besturen in de lidstaten, die wel degelijk de intentie hadden om 'in-house'-constructies op te zetten. Bijgevolg greep het Hof naar aanleiding van de prejudiciële vragen in deze zaak eindelijk de kans om dieper in te gaan op het activiteiten-criterium.

²⁶⁷ HvJ 11 mei 2006, C-340/04, *Carbotermo*, r.o. 63-64; HvJ 17 juli 2008, C-371/05, *Commissie t. Italië*, r.o. 31; HvJ 10 september 2009, C-573/07, *Sea*, r.o. 80.

De termen 'hoofdzakelijk' en 'marginaal' werden door het Hof in voormeld arrest niet verder toegelicht, wat in eerste instantie deed vermoeden dat er ter zake geen absolute quota's zouden gelden. Enerzijds mocht dat worden toegejuicht, omdat een genuanceerde benadering beantwoordt aan de economische realiteit. Anderzijds bleef het zo al delicate toepassingsgebied van de 'in-house'-uitzondering nog steeds onzeker, aangezien het Hof zich tot dusver in zijn rechtspraak niet bepaald voorspelbaar had opgesteld.²⁶⁸

130. Ter beoordeling van 'het merendeel' heeft het Hof gaandeweg wel voor nuttige indicaties gezorgd.

Zo mag de op omzet gebaseerde drempel van 80% waarin de 'Richtlijn Nutssectoren' voorziet, boven welke verbonden ondernemingen van de werkingssfeer van die richtlijn kunnen worden vrijgesteld, in elk geval niet als referentie dienen. Uitzonderingen moeten strikt worden uitgelegd en hun toepassing kan niet naar analogie van de ene richtlijn (*lex specialis*) naar de andere (*lex generalis*) worden uitgebreid.²⁶⁹ Daarnaast heeft het Hof het eventuele bestaan van een uitsluitend recht ook niet aanvaard om te bepalen of daarmee al dan niet het 'merendeel van de werkzaamheden' zou zijn vervuld.²⁷⁰ Mits voldaan is aan een aantal voorwaarden kunnen opdrachten voor diensten tussen aanbestedende diensten onderling op grond van een uitsluitend recht (wettelijk monopolie) dat de opdrachtnemer geniet, worden vrijgesteld van de regelgeving inzake overheidsopdrachten.²⁷¹ Ook hier loopt de gevolgde redenering mank, want de niet-toepassing van de richtlijn als gevolg van een uitsluitend recht kan immers de niet-toepassing van dezelfde richtlijn, maar als gevolg van een andere uitzondering, namelijk 'in-house', niet rechtvaardigen: beide situaties en hun toepassingsvoorwaarden zijn totaal verschillend.²⁷²

Vervolgens rijst de vraag welke 'kwalitatieve en kwantitatieve omstandigheden' dan wel in acht moeten worden genomen voor de afbakening van het activiteitscriterium. Het Hof wijst hierbij naar de omzet.²⁷³ Meer bepaald, valt voor de beslissende omzet rekening te houden met **alle werkzaamheden** die de gecontroleerde entiteit verricht in het kader van de door de aanbestedende dienst gegunde opdrachten. Daarbij is niet relevant wie de uiteindelijke begunstigde van de werkzaamheden is (aangebestede dienst zelf of derden), door wie ze worden bekostigd (*idem dito*) of het grondgebied waarop ze worden verricht. Het komt er dus op aan om juist uit te maken welke werkzaamheden in opdracht van de toezichthoudende overheidsinstantie worden verricht, zonder hierbij rekening te houden met de net vernoemde elementen, en dat te kaderen in het geheel van de door de gecontroleerde entiteit verrichtte werkzaamheden. In dit verband is enige voorzichtigheid geboden wanneer de entiteit nog andere activiteiten ontplooit, die geen grond in de 'in-house'-relatie vinden en zodoende 'vervuilend' kunnen werken, want ook die zullen in rekening worden gebracht. Wil de aanbestedende dienst daarom onbezorgd blijven inbesteden, is het dan ook het veiligst om de werkzaamheden die uitsluitend (of hoofdzakelijk) ten behoeven van hem worden verricht, onder te brengen in een apart orgaan dat enkel en alleen voor die activiteiten wordt gebruikt.²⁷⁴

²⁶⁸ In dezelfde zin: concl. Adv. Gen. STIX-HACKL van 11 mei 2006, C-340/04, *Carbotermo*, r.o. 110. De advocaat-generaal gaat trouwens bijzonder diep in op het activiteitscriterium, zie daarvoor specifiek r.o. 73-117.

²⁶⁹ HvJ 11 mei 2006, C-340/04, *Carbotermo*, r.o. 51-55. Het ging in deze zaak nog over art. 13 van de oude 'Richtlijn Nutssectoren' (93/38/EEG), maar art. 29 van de nieuwe richtlijn (2014/25/EU) voorziet een gelijkaardige bepaling.

²⁷⁰ HvJ 18 december 2007, C-220/06, *Asociación Profesional*, r.o. 61. Het betrof hier art. 6 van de oude richtlijn voor overheidsopdrachten voor diensten (92/50/EEG) dat is hernomen door art. 11 van de nieuwe richtlijn (2014/24/EU).

²⁷¹ Zie ook art. 18, 1° Overheidsopdrachtenwet. De Memorie van Toelichting geeft als voorbeeld de intergemeentelijke samenwerking via een volledige bevoegdheidsoverdracht (*Parl.St. Kamer 2005-06, nr. 51K2237/001, 32-33*).

²⁷² A.L. DURVIAUX en T. DELVAUX, "La relation "in-house" en droit européen: état de la question", *Jaarboek Overheidsopdrachten 2011-2012*, Brussel, EBP, 2012, nr. 31, 749.

²⁷³ HvJ 11 mei 2006, C-340/04, *Carbotermo*, r.o. 65-67. Indien het gaat om een concessieovereenkomst (bv. uitbating van een parkeergarage) is het niet de overheid, maar de gebruiker die een vergoeding voor de dienstverlening betaalt.

²⁷⁴ Bv. een buitenbalansvehikel. Zie M. VOREL en N. VAN NULAND, "Inbesteding nader beschouwd", *TBR 2007*, 303.

Hoewel het Hof slechts over omzet spreekt, dient het 'kwalitatieve' aspect te worden gezocht in het feit dat alle werkzaamheden tellen. Daarmee wordt bedoeld dat bij de toetsing niet enkel de werkzaamheden zoals opgesomd in de statuten de grondslag uitmaken, maar wel hetgeen werkelijk wordt gepresteerd.²⁷⁵ Moeilijker te begrijpen is hoe het controlecriterium valt te rijmen met het feit dat het grondgebied waarop de werkzaamheden worden verricht blijkbaar niet relevant is voor het activiteitscriterium. Wanneer de geografische omvang van de activiteiten van de gecontroleerde entiteit samenvalt met het territorium van de toezichthoudende overheidsinstantie, zou dit immers op de afwezigheid van marktgerichtheid wijzen, terwijl het tegendeel het uitgeoefende toezicht onzeker kan maken.²⁷⁶ Mijns inziens lijkt het, gelet op de gestrengheid ten aanzien van het eerste criterium, daarom raadzaam om de territoriale reikwijdte van de activiteiten af te stemmen op de toezichtbevoegdheid van de controlerende overheidsinstantie.

In *Asemfo* heeft het Hof uiteindelijk toch eenvoudigweg het activiteitscriterium met een mathematisch percentage ingevuld.²⁷⁷ Indien 90% van de totale omzet voortspuit uit de hoofdactiviteit, namelijk de opdrachten gegund door de controlerende overheidsinstantie, zal het activiteitscriterium vervuld blijven. De overige 10% - commerciële omzet - is 'marginaal' genoeg om de mededinging niet te beïnvloeden.²⁷⁸ Hieruit blijkt opnieuw de minder strikte koers die het Hof vaart sinds voormeld arrest (tweede generatie), want de simpele procentuele benadering van dit criterium contrasteert met de verregaande functionele uitleg van het controlecriterium. Bovendien was met die invulling meteen een eerdere onduidelijkheid van de baan. In de Nederlandse vertaling van de 'in-house'-arresten sinds *Teckal* wordt consequent van het 'merendeel' gesproken, wat de indruk doet ontstaan dat 51% volstaat. In de Franse, Engelse en Duitse versies wordt daarentegen de term 'essentie' gebruikt, wat aanzienlijk meer bedraagt dan de helft + 1.²⁷⁹

- Gezamenlijke werkzaamheden

131. Wanneer in een samenwerkingsverband meerdere overheidsinstanties een entiteit controleren, dus in geval van gezamenlijk toezicht, dan kunnen voor het activiteitscriterium de werkzaamheden die deze entiteit verricht ten behoeve van alle overheidsinstanties gezamenlijk in aanmerking worden genomen.²⁸⁰ De gecontroleerde entiteit hoeft zijn hoofdactiviteit dus niet noodzakelijk hoofdzakelijk toe te spitsen op de ene of de andere overheidsinstantie individueel beschouwd, maar het gaat om de werkzaamheden die zij voor al deze lichamen in hun geheel verricht. Zo keurde het Hof in *Asemfo* goed dat het overheidsbedrijf Tragsa voor 55% diensten aan de autonome regio's en voor 35% aan de Spaanse staat leverde.²⁸¹

²⁷⁵ G. LAENEN, o.c., *CDPK* 2006, nr. 17, 592; Concl. Adv. Gen. STIX-HACKL van 11 mei 2006, C-340/04, *Carbotermo*, r.o. 100; Concl. Adv. Gen. STIX-HACKL van 11 januari 2005, C-26/30, *Stadt Halle*, r.o. 83.

²⁷⁶ *Supra*, nr. 123 en de aldaar aangehaalde rechtspraak. Dit element gaf in de zaak *Sea* mede aanleiding tot de vaststelling van het vereiste toezicht, en van het tegendeel in *Parking Brixen*. Tijdstijds viel *Carbotermo* ertussen.

²⁷⁷ HvJ 19 april 2007, C-295/05, *Asemfo*, r.o. 63.

²⁷⁸ Aldus kan dit percentage ook gebruikt worden om de 'bijkomstigheid' van betrekkingen met de particuliere sector te beoordelen als aanwijzing voor de marktgerichtheid van de onderneming in kader van het toezicht (*supra*, nr. 123). In de zaak *Asociación Profesional* (HvJ 18 december 2007, C-220/06, r.o. 59 en 62) was in ieder geval niet voldaan aan het tweede criterium omdat de Spaanse universele postdienst 'Correos' voor wat betreft de niet-voorbehouden postdiensten - die dus niet aan de mededinging worden onttrokken - het merendeel van zijn werkzaamheden niet met het openbare bestuur in het algemeen verricht, maar als universele leverancier postdiensten levert voor een onbepaald aantal klanten en zodoende voor deze diensten in rechtstreekse concurrentie staat met andere postondernemingen.

²⁷⁹ D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek - Private Samenwerking*, Brugge, Die Keure, 2003, nr. 112, 78.

²⁸⁰ HvJ 11 mei 2006, C-340/04, *Carbotermo*, r.o. 70-71; HvJ 19 april 2007, C-295/05, *Asemfo*, r.o. 62; HvJ 17 juli 2008, C-371/05, *Commissie t. Italië*, r.o. 32; HvJ 13 november 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, r.o. 44.

²⁸¹ HvJ 19 april 2007, C-295/05, *Asemfo*, r.o. 63.

- Invulling van het activiteitscriterium in de nieuwe richtlijn

132. Net zoals het controlecriterium wordt in de nieuwe regelgeving ook voor het activiteitscriterium een onderscheid gemaakt naargelang het gaat om enkelvoudige (art. 12.1) of gezamenlijke 'in-house' (art. 12.3). Beide bepalingen lopen evenwel sterk gelijk en luiden als volgt:

"meer dan 80% van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon wordt uitgeoefend in de vorm van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende dienst of door andere, door diezelfde aanbestedende dienst gecontroleerde rechtspersonen" (art. 12.1, eerste lid, b)).

"meer dan 80% van de activiteiten van die rechtspersoon behelst de uitvoering van taken die haar zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten of door andere, door diezelfde aanbestedende gecontroleerde rechtspersonen" (art. 12.3, eerste lid, b)).

133. Het activiteitscriterium wordt vanaf nu dus bepaald door middel van een vast percentage van ten minste 80% zodat kan worden volstaan met een kwantitatieve toets, hetgeen in de eerste plaats duidelijkheid en dus rechtszekerheid schept. Dit betekent dat wanneer de gecontroleerde rechtspersoon zich voor maximaal 20% op de markt begeeft met activiteiten die niet behoren tot het door de controlerende aanbestedende dienst(en) toegewezen takenpakket, zij als 'in-house'-entiteit blijft bestaan. Voorts is bij de gezamenlijke 'in-house' voorzien dat de werkzaamheden die de gecontroleerde rechtspersoon verricht voor alle controlerende aanbestedende diensten samen in aanmerking worden genomen.

Uit de lezing van de desbetreffende bepalingen blijkt overigens dat de gecontroleerde rechtspersoon zijn activiteiten, die worden verricht voor andere, door diezelfde aanbestedende dienst(en) gecontroleerde rechtspersonen (de zusterentiteiten), mee in acht worden genomen voor het 80% aandeel. In de praktijk zou dat er op neerkomen dat de gecontroleerde rechtspersoon een ruim gedeelte (of zelfs alles) van zijn activiteiten kan verrichten voor zijn zusterentiteiten en slechts in beperkte mate voor de controlerende aanbestedende dienst(en) presteert. Over deze kwestie heeft het Hof zich tot nog toe niet uitgesproken.

134. Om de verhouding tussen toegewezen taken en commerciële activiteiten af te meten, is er naast de gemiddelde totale omzet ook een nieuw element toegevoegd (art. 12.5). Het aandeel van de activiteiten verricht voor de controlerende aanbestedende dienst(en) (en/of zusterentiteiten) kan ook worden bepaald op basis van *"een geschikte alternatieve op activiteit gebaseerde maatstaf zoals de kosten die door de betrokken rechtspersoon of de aanbestedende dienst zijn gemaakt met betrekking tot diensten, leveringen en werken over de laatste drie jaren voorafgaand aan de gunning van de opdracht"*. Mocht het kwantitatieve element van de omzet dus niet of minder geschikt zijn, kan het activiteitscriterium worden ingevuld aan de hand van een meer kwalitatieve 'op activiteit gebaseerde maatstaf'. Artikel 12.5, tweede lid stelt voorts dat indien geen van beide grondslagen beschikbaar of langer relevant is (bv. een startup of reorganisatie) er gewerkt kan worden via bedrijfsprognoses in plaats van met de voormalige omzet.²⁸²

²⁸² F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, "Toepassingsgebied", o.c., nr. 304, 179. De auteurs stellen dat volgens de Raad van State, zich baserend op enkele auditoraatsverslagen, bepaalde juridische kenmerken van de gecontroleerde entiteit, zoals de rechtsvorm of statutaire beperkingen, richtinggevend kunnen zijn om uit te maken of al dan niet voldaan wordt aan het activiteitscriterium. Vermits het Hof zulke kenmerken ook in aanmerking neemt bij de toetsing van het toezichtscriterium - zonder beslissend te zijn - kan die stelling inderdaad gevolgd worden (*infra*, nr. 148).

135. De verhouding 80/20 is merkkelijk een versoepeling, aangezien het initiële richtlijnvoorstel van de Commissie een verhouding van 90/10 bevatte.²⁸³ Deze laatste lag immers in de lijn van de rechtspraak van het Hof, dat nooit uitdrukkelijk een drempel van 20% heeft aanvaard, maar 10% had gesuggereerd. In zijn vrij recente conclusie - exact één dag na de ondertekening van de nieuwe richtlijn! - formuleert advocaat-generaal MENGGOZZI onomwonden - en terecht - dat een activiteit die één vijfde van de totale activiteiten van een onderneming vertegenwoordigt, niet beschouwd kan worden als zijnde 'marginaal'.²⁸⁴

Bepaalde rechtsleer wijst trouwens op het feit dat de nieuwe drempel van 20% 'in-house'-entiteiten een aanzienlijke marge voor marktactiviteiten laat, die mogelijkwerijs de mededinging kunnen vervalsen als deze activiteiten worden gefinancierd met opbrengsten gegenereerd door de 'in-house'-opdrachten.²⁸⁵ Die gedachtengang is geheel gerechtvaardigd, want zulke opbrengsten zijn niet-commercieel uit hun aard, daar alles wat 'in-house' is zich normaliter buiten de markt bevindt. Worden die opbrengsten alsnog ingezet voor commerciële activiteiten dan is dat nadelig voor particuliere ondernemingen en derhalve mededingingsbeperkend. Wil men bijgevolg het risico op kruissubsidiëring vermijden, kan bijvoorbeeld beter gewerkt worden met een gescheiden balans.²⁸⁶ Één vijfde lijkt hoe dan ook niet meer marginaal en het is daarom in spanning wachten op de eerste zaak om te zien hoe het Hof zich hierover zal uitspreken.

3.3.2.5 Opwaartse 'in-house' en zijwaartse 'in-house'

136. Tot dusver is de 'in-house'-uitzondering enkel in de neerwaartse richting behandeld, waarbij de opdrachtverlening vertrok van de controlerende moeder(s) naar (een van) de gecontroleerde dochter(s). Artikel 12.2 verruimt de 'in-house'-mogelijkheden door twee nieuwe relaties toelaatbaar te verklaren, die overigens geen grondslag vinden in de rechtspraak van het Hof.²⁸⁷ Deze bepaling luidt als volgt:

"[Artikel 12.1] is eveneens van toepassing wanneer een gecontroleerde rechtspersoon die een aanbestedende dienst is, een opdracht gunt aan zijn aanbestedende dienst of aan een andere rechtspersoon die door diezelfde aanbestedende dienst wordt gecontroleerd, mits er geen directe participatie van privé-kapitaal is in de rechtspersoon aan wie de overheidsopdracht wordt gegund, met uitzondering van geen controlerende of blokkerende macht opleverende vormen van participatie van privé-kapitaal, vereist krachtens de nationale wet- en regelgeving, in overeenstemming met de Verdragen, die geen beslissende invloed uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon".

²⁸³ COM(2011) 896 def., Voorstel Commissie, art. 11.1 en 11.3, 47. De Belgische wetgever poneert *nota bene* dat het hier om een verstrenging zou gaan (!). Zie *Parl.St.* Kamer 2015-16, nr. 54K1541/001, 61.

²⁸⁴ Concl. Adv. Gen. MENGGOZZI van 27 februari 2014, C-574-12, *Such*, r.o. 62. Het gaat dus om een mening, maar het feit dat deze wordt geuit na dato van de nieuwe richtlijn zegt veel over de rechter zijn standpunt hieromtrent.

²⁸⁵ R. CARANTA, "The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works", *CMLR* 2015, afl. 52, 440; F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, "Toepassingsgebied", o.c., nr. 304, 180.

²⁸⁶ Maar ook zonder het eventuele risico op kruissubsidiëring kunnen er mededingings- en staatssteunrechtelijke moeilijkheden rijzen bij 'in-house', aangezien het volgen van een aanbestedingsprocedure nog altijd de beste garantie is voor marktconforme voorwaarden. Het is niet omdat deze transacties aanbestedingsrechtelijk zijn vrijgesteld, zij niet langer de interstatenhandel kunnen belemmeren. Vanuit die optiek benaderd: T. BRUYNINCKX, "De *in-house*-exceptie bij overheidsopdrachten herbekeken vanuit staatssteunperspectief", in C. DE KONINCK (ed.) *e.a.*, *Jaarboek Overheidsopdrachten 2010-2011*, Brussel, EBP, 2011, 301-318; G. ØLYKKE en C. ANDERSEN, "A State Aid Perspective on Certain Elements of Article 12 of the New Public Sector Directive on In-house Provision", *PPLR* 2015, 1-15.

²⁸⁷ De vraag hiernaar kwam echter al uitdrukkelijk naar voren in het Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten (COM(2011)15 def., 23). Vervolgens kwam de Commissie erop terug in haar Werkdocument PuPuS met suggesties voor een beantwoording (SEC(2011)1169 def., 13). Deze mogelijkheden zijn uiteindelijk opgenomen in het eerste richtlijnvoorstel en hebben zonder discussie of relevante wijzigingen het verdere totstandkomingsproces doorstaan (COM(2011) 896 def., art. 11.2, 48). In de preambule van de nieuwe richtlijn wordt hierover dan weer met geen enkel woord gerept, hoewel deze nieuwe bepaling voor enige onduidelijkheid zorgt (*infra*).

137. Bij een **opwaartse 'in-house'** betreft het opdrachten die door de gecontroleerde rechtspersoon die zelf een aanbestedende dienst is, worden toegewezen aan de hem controlerende aanbestedende dienst. In geval van **zijwaartse 'in-house'** betreft het opdrachten die door de gecontroleerde rechtspersoon die zelf een aanbestedende dienst is, worden toegewezen aan een zusterentiteit die door dezelfde aanbestedende dienst wordt gecontroleerd. In beide hypothesen zal de opdrachtverlening slechts buiten de werkingssfeer van de richtlijn overheidsopdrachten vallen voor zover er geen sprake is van een directe participatie van privékapitaal in de rechtspersoon aan wie de overheidsopdracht wordt toegewezen.

Voor de overheidsinstanties in de lidstaten oogt deze bepaling alvast veelbelovend, want ze laat toe dat er naar hartenlust met opdrachten zal kunnen worden geschoven en dat zowel tussen de moeder en haar dochter(s) als tussen de dochters onderling. Of toch niet? Deze nieuwigheden zijn uiteraard aan enkele beperkingen onderworpen, maar wat hun precieze draagwijdte is, zal de rechtspraak moeten uitwijzen. Alvorens hier op in te gaan, is het nuttig om eerst even de redenering achter 'in-house' te recapitulieren.

138. De 'in-house'-logica berust op de ontstentenis van twee rechtspersonen met een zelfstandige wil. De *Teckal*-criteria effectueren namelijk een zodanige organisationele en economische afhankelijkheid van de gecontroleerde rechtspersoon dat deze niet in staat is om marktconforme voorwaarden te bedingen en daarom moet worden beschouwd als een interne dienst van de hem controlerende aanbestedende dienst.

De logica blijft relevant bij een opwaartse gunning, want dit raakt niet aan de onderlinge verwevenheid. De zijwaartse gunning wordt, daarop voortbouwend, verantwoord door de combinatie van de neerwaartse en de opwaartse gunning: kan een dochter eenmaal opwaarts gunnen aan de moeder, en de moeder kan vervolgens diezelfde opdracht neerwaarts gunnen aan een andere dochter, dan is het eens zo simpel om dit tussenstation over te slaan door te aanvaarden dat de ene dochter die opdracht rechtstreeks en dus zijwaarts kan gunnen aan de andere dochter.²⁸⁸ Als bijvoorbeeld de moeder producten bestelt bij dochter A om ze later te leveren aan dochter B, zou B evengoed rechtstreeks de bestelling bij A kunnen plaatsen. Het probleem is echter dat geen van beide dochters elkaar controleren en de 'in-house'-rechtspraak dus formeel gezien niet kan worden toegepast. Met artikel 12.2 wordt het nu toegestaan dat als de dochters op dezelfde wijze door eendezelfde moeder worden gecontroleerd, een zijwaartse gunning kan.

139. Een eerste beperking betreft de expliciete herhaling van de kapitaalvereiste. Dit is relevant omdat de controlerende aanbestedende dienst bij de opwaartse gunning de bestemming is van de opdracht.²⁸⁹ Neem bijvoorbeeld een gemengde intercommunale die een operationele dochter opricht met als doel haar eigen opdrachten rechtstreeks aan deze, volledig door haar gecontroleerde, dochter te gunnen. Tot hier toe stelt de nieuwe regelgeving geen probleem. Dit wordt anders als deze dochter opwaarts zou gunnen aan die intercommunale: het verbod op directe privé-participaties maakt dit, geheel terecht, onmogelijk. Een tweede beperking betreft de verwijzing naar artikel 12.1 (individueel toezicht en dus enkelvoudige 'in-house') zodat ook beide bepalingen tezamen moeten worden gelezen. De gevolgtrekking is tweeledig. Ten eerste moet de 'gecontroleerde rechtspersoon' uit artikel 12.2 mijns inziens begrepen worden als volledig gecontroleerd in de zin van artikel 12.1, dat betekent niet enkel in functie van het controle-criterium, maar ook in functie van het activiteitscriterium (ook al wordt dat niet vermeld in artikel 12.2).

²⁸⁸ J. BINNERTS, "Opwaarts en horizontaal inbesteden", *De Gemeentestem* 2015, afl. 30, nr. 6, 150.

²⁸⁹ *Supra*, nr. 102. Volgens considerans 32 zou de - op zich al verwerpelijke stellingname - aanwezigheid van privékapitaal in de controlerende aanbestedende dienst bij een neerwaartse gunning de concurrentie niet belemmeren.

Wil bijvoorbeeld dochter A zijwaarts gunnen aan dochter B is het vereist dat beiden het merendeel van hun werkzaamheden verrichten voor de controlerende moeder. Het zou anderszins niet stroken met de 'in-house'-logica als er rechtstreeks zou worden gegund aan een zusterentiteit die niet het merendeel van haar activiteiten voor de moeder verricht. Wel kan worden gesteld dat, aangezien het niet is vereist dat deze dochters elkaar controleren, evenmin het activiteiten criterium tegenover elkaar moet zijn vervuld. Ten tweede maakt de terugverwijzing duidelijk dat zowel opwaartse als zijwaartse 'in-house' slechts een optie zal zijn in de context van individueel toezicht.²⁹⁰ Deze rechtsfiguren zullen dan ook enkel toegepast kunnen worden wanneer er sprake is van een driehoeksrelatie, waarbij één aanbestedende dienst een of meerdere rechtspersonen controleert. Althans volgens de letterlijke lezing van de bepaling. Een voorbeeld toont echter aan dat dit in bepaalde gevallen niet zo vanzelfsprekend is als het in eerste instantie lijkt.

Neem bijvoorbeeld een samenwerkingsverband tussen moeders A en B met dochter C. In de hypothese van gezamenlijk toezicht (art. 12.3) kan C niet opwaarts gunnen aan haar moeders, maar wat indien elk van deze moeders kan aantonen dat zij dochter C ook individueel controleert in de zin van artikel 12.1: kan dochter C dan wel opwaarts gunnen aan een van haar moeders? Of stel dat later dochter D wordt opgericht en elk van de moeders aantoont ook deze individueel te controleren in de zin van artikel 12.1: kunnen beide dochters dan zijwaarts gunnen aan elkaar, ondanks het feit dat het samenwerkingsverband bestaat uit meer dan één controlerende aanbestedende dienst? Theoretisch zou het moeten kunnen.²⁹¹ Men voelt wel dat dit zeer lastige vraagstukken oplevert die zich in de praktijk ongetwijfeld zullen stellen, waardoor de juiste draagwijdte van artikel 12.2, zeker bij gezamenlijk toezicht, moeilijk te voorspellen is.

140. De recente zaak *Datenlotsen* kwam in de buurt van wat een zijwaartse gunning had kunnen zijn.²⁹² De Technische Universität Hamburg (TUH) had een opdracht voor de levering van producten geplaatst bij de overheidsvennootschap Hochschul-Informationssystem (TIS). De stad en deelstaat Hamburg oefende gedeeltelijk toezicht uit op TUH en meer bepaald voor haar aankopen van producten en diensten, maar niet voor de andere activiteiten zoals onderwijs en onderzoek. TIS was volledig eigendom van de federale Staat en alle Duitse deelstaten, waaronder uiteraard ook Hamburg. Het was *in casu* zonneklaar dat er geen sprake was van enig toezicht door de TUH op TIS. De conclusie dat de overeenkomst onderworpen is aan de voorschriften van de richtlijn was dan ook niet verrassend. Het Hof had hier kunnen stoppen, maar liet zich daarentegen verder uit over de relatie tussen Hamburg en TUH, waarvan het stelde dat een dergelijk beperkt toezicht uit zijn aard geen 'toezicht zoals op de eigen diensten' kan zijn en overwoog:

"In deze omstandigheden hoeft niet te worden onderzocht of de uitzondering inzake 'inhousegunningen' kan gelden voor zogeheten 'horizontale inhouseopdrachten', namelijk een situatie waarin dezelfde aanbestedende dienst of diensten een 'toezicht zoals op de eigen diensten' uitoefent of uitoefenen op twee onderscheiden marktdeelnemers waarvan de ene een opdracht gunt aan de andere." (r.o. 33) (eigen onderlijning).

²⁹⁰ Daarenboven wordt in art. 12.2 de term 'aanbestedende dienst' alleen in het enkelvoud gebruikt en komt dit artikel vóór art. 12.3 dat het gezamenlijk toezicht omvat en dit zonder een gelijkaardige bepaling als art. 12.2. Voor een verdienstelijk argumentatie dat deze rechtsfiguren wel degelijk mogelijk zouden kunnen zijn bij gezamenlijk toezicht, zie J. BINNERTS, "Opwaarts en horizontaal inbesteden", *De Gemeentestem* 2015, afl. 30, nr. 6, 151.

²⁹¹ E. SLAUTSKY en N. BRAECKEVELT, *o.c.*, *O&O* 2014, afl. 1, nr. 39, 17.

²⁹² HvJ 8 mei 2014, C-15/13, *Datenlosen* (weliswaar geveld op grond van de toenmalige richtlijn 2004/18/EG). Zie ook J. BINNERTS, *o.c.*, *De Gemeentestem* 2015, afl. 30, nr. 6, 152; F. JUDO, *o.c.*, *TA* 2014, afl. 4, 428-429; D. MCGOWAN, "Can Horizontal In-House Transactions Fall Within Teckal? A Note on Case C-15/13, Technische Universität Hamburg-Harburg, Hochschul-Informationssysteme GmbH v Datenlotsen Informationssysteme GmbH", *PPLR* 2014, NA120-122.

Voor de uitkomst van de zaak oogt voormelde overweging totaal overbodig, want er was al geen sprake van 'in-house' voor de opdracht in kwestie, laat staan zijwaartse 'in-house'. Dat maakt het evenwel meer opmerkelijk: de Luxemburgse rechters waren vanzelfsprekend al op de hoogte van de nieuwe regelgeving en alluderen zodoende subtiel hoe zijwaartse 'in-house' er in de toekomst zou kunnen uitzien. Het Hof veronderstelt dat het eventueel zou hebben gekund, maar een echt antwoord was er slechts geweest als Hamburg over een volwaardig toezicht beschikte op de TUH. Voorstanders zullen hieruit afleiden dat de zijwaartse (en allicht ook opwaartse) 'in-house' niet bij voorbaat is uitgesloten voor gezamenlijk toezicht, al zal elk van de controlerende overheidsinstanties een 'toezicht zoals op zijn eigen diensten' moeten uitoefenen op elk van beide gecontroleerde rechtspersonen, wat in feite neerkomt op twee overlappende driehoeksrelaties: moeder A op dochters C en D enerzijds en moeder B op dochters C en D anderzijds.²⁹³

3.3.2.6 Verticale samenwerking: stappentoets

141. Uit wat voorafging kunnen een aantal fundamentele vragen worden afgeleid teneinde uit te maken wie die derde ten opzichte van de aanbestedende dienst(en) nu uiteindelijk is en of er bijgevolg sprake zal zijn van 'in-house' waarna opdrachten neerwaarts, opwaarts of zijwaarts kunnen worden inbesteed.²⁹⁴

1. Beschikt de opdrachtnemer over rechtspersoonlijkheid, zodat het een van de opdrachtgever(s) onderscheiden lichaam betreft en er dus sprake zal zijn van een overeenkomst in de zin van de richtlijnen?
2. Wat is de aard van het kapitaal van de opdrachtnemer op het moment van de gunning? Is dit exclusief eigendom van publieke aandeelhouders, met uitzondering van private minderheidsparticipaties zonder zeggenschap? Als dat zo is, zijn er concrete en kortetermijnplannen om het kapitaal open te stellen voor anderen en meer bepaald particuliere deelnemers? Of, ingeval van een vereniging die niet over maatschappelijk kapitaal beschikt, zijn haar leden exclusief publiek?
3. Is de opdrachtnemer 'behept' met operationele autonomie of blijkt de organisationele afhankelijkheid uit zijn beheersstructuren, die meer bepaald voorzien in specifieke controlemechanismen? Als dat zo is, gaat de vertegenwoordiging in de besluitvormingsorganen verder dan een louter formele deelname opdat een doorslaggevende invloed ten alle tijde mogelijk is en de opdrachtnemer niet in staat is om belangen na te streven die in strijd zijn met die van de opdrachtgever(s)?
4. Is de opdrachtnemer in voldoende mate economisch afhankelijk ten aanzien van de opdrachtgever(s)? Kan hij met name actief zijn op de markt door werkzaamheden te verrichten voor partijen die geen deel uitmaken van het samenwerkingsverband? Als dat zo is, in welke proportie?

Het betreft een sterk vereenvoudigd en absoluut geen zaligmakend model. Aangezien het Hof van Justitie kiest voor een ad hoc-toetsing bestaat voor elk samenwerkingsverband tussen overheidsinstanties steeds de kans om onder de toepassing van de overheidsopdrachtenreglementering te vallen. Het is dan ook de verantwoordelijkheid van de gevatte nationale rechter om steeds opnieuw de toetsing door te voeren.²⁹⁵

²⁹³ Zie ook concl. Adv. Gen. MENGOZZI van 23 januari 2014, C-15/13, *Datenlosen*, r.o. 42-46.

²⁹⁴ Geactualiseerd, maar hoofdzakelijk geïnspireerd op P. NIHOUL, "Décentralisation fonctionnelle et droit européen de la concurrence, des aides d'Etat et des marchés publics", *o.c.*, 195.

²⁹⁵ K. WAUTERS en E. LONCKE, "Overheids-opdrachten: what's in a name?", in C. DE KONINCK (ed.) *e.a.*, *Jaarboek Overheidsopdrachten 2008-2009*, Brussel, EBP, 2009, nr. 20, 549.

3.3.2.7 Beschouwing

142. Vanaf het *Teckal*-arrest werd duidelijk dat overeenkomsten binnen de overheidssfeer niet van de toepassing van de aanbestedingsregels zijn uitgesloten. De bijhorende criteria moesten dit uitgangspunt verzachten en lieten toe dat er in bepaalde gevallen, ondanks de aanwezigheid van twee afzonderlijke rechtspersonen, geen sprake is van een overeenkomst. Het Hof heeft die criteria in de loop der jaren echter op zodanige wijze geïnterpreteerd dat ze een veel breder idee zijn gaan uitdrukken, een dat direct verband hield met de doelstellingen van de aanbestedingsrichtlijnen en de Verdragsbepalingen die eraan ten grondslag liggen: de beginselen van vrij verkeer en de onvervalste mededinging. De concurrentie moet immers slechts gewaarborgd worden als een situatie zich afspeelt op de markt. Het heeft dan ook geen zin om de Verdragsregels en de aanbestedingsrichtlijnen toe te passen indien dit niet het geval is.²⁹⁶

De eerste indicatie hiervoor was het arrest *Stadt Halle*, waarin het Hof stelde dat een taakuitvoering met eigen middelen als zuiver interne dienstverlening buiten het toepassingsgebied van de richtlijnen valt. Vervolgens oordeelt het Hof in *Parking Brixen* dat de Verdragsregels van toepassing zijn wanneer een overheidsinstantie een derde belast met de verrichting van economische activiteiten en toetst het aan de *Teckal*-criteria ongeacht of er sprake is van een overeenkomst in de zin van richtlijnen. De laatste steen lijkt gelegd met het arrest *Sea*, waarin het Hof letterlijk overweegt: "*Volgens de rechtspraak van het Hof is een oproep tot inschrijving namelijk niet verplicht in het geval dat een overeenkomst onder bezwarende titel wordt gesloten met een entiteit die rechtens onderscheiden is van het plaatselijke lichaam dat een aanbestedende dienst is, wanneer dat lichaam op die entiteit toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en die entiteit het merendeel van haar activiteiten verricht ten behoeve van het lichaam dat haar beheerst of de lichamen die haar beheersen*" (r.o. 36). Aldus is zelfs bij het bestaan van een overeenkomst, niet noodzakelijk sprake van toepassing van de overheidsopdrachtenregelgeving.²⁹⁷

Uit deze evolutie blijkt dat de *Teckal*-criteria niet langer het al dan niet bestaan van een overeenkomst willen aantonen, maar wel of een situatie zich afspeelt op de markt of niet. Of 'in-house' daardoor eerder als een geval van niet-toepasselijkheid, dan als een uitzondering op de aanbestedingsrichtlijnen of op de Verdragsregels moet worden beschouwd, is een academische discussie die ik verder in het midden laat.²⁹⁸ Wat vaststaat is dat de overheid concreet zal moeten aantonen of zij zich op de markt begeeft of niet. Dat de *Teckal*-criteria uiteindelijk veel meer zijn gaan uitdrukken dan enkel situaties met betrekking op overheidsopdrachten, kon het Hof in het begin niet voorspellen. Feit is dat de ingeslagen weg hiervoor die van de aanbestedingsrichtlijnen was en dat dit, gelet op de codificatie van de criteria, ook zo zal blijven.

143. Een tweede evolutie in de rechtspraak is de grotere toegeeflijkheid van het Hof op vlak van PuPuS. Waar een eerste generatie arresten geen enkele inbestedingsconstructie goedkeurde, zorgde de tweede generatie voor meer mogelijkheden. Deze kentering lijkt verband te houden met de gewijzigde koers in de Verdragen sinds Lissabon, waaronder de erkenning van het recht op lokaal en regionaal zelfbestuur.²⁹⁹

²⁹⁶ K. WAUTERS, "Samenwerking tussen overheden Europeesrechtelijke invloeden?" in K. WAUTERS (ed.), *Feestbundel Monard-D'Hulst 20 jaar. Diversiteit in eenheid*, Gent, Larcier, 2010, 286-287.

²⁹⁷ *Ibid.*; HvJ 11 januari 2005, C-26/3, *Stadt Halle*, r.o. 48; HvJ 13 oktober 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, r.o. 61; HvJ 10 september 2009, C-573/07, *Sea*, r.o. 36.

²⁹⁸ Vanuit die optiek en ook voor de horizontale samenwerking verder geanalyseerd door K. WAUTERS en K. MAN, o.c., in C. DE KONINCK (ed.) e.a., *Jaarboek Overheidsopdrachten 2010-2011*, Brussel, EBP, 2011, nr. 26 e.v., 414.

²⁹⁹ E. MANUNZA, "Incoherente ontwikkelingen in de relatie markt-overheid - 'Uitvoering door de overheid' v. 'uitvoering door de markt' (insourcing v. outsourcing / inbesteden v. uitbesteden)", *TA* 2013, afl. 6, 204.

Zo kwam met de aanvaarding van het gezamenlijk toezicht een milder controlecriterium tot stand, daar spreiding van het toezicht *in se* neerkomt op de conceptuele verzwakking ervan. Ook werd het Hof minder rigoreus ten aanzien van de kapitaalvereiste, door toe te laten dat een eventuele toekomstige particuliere deelneming niet langer problematisch is voor het voortbestaan van de 'in-house'-constructie.

Ondanks deze versoepelingen blijven er nog heel wat grenzen kleven aan het inbesteden en zullen de *Teckal*-criteria, als 'uitzondering' op de algemene regels, steeds strikt moeten worden geïnterpreteerd. Desalniettemin kan op basis van de huidige rechtspraak worden besloten dat het in elk geval mogelijk is voor overheidsinstanties om in samenwerking met andere overheidsinstanties constructies op te zetten met als doel hun openbare dienst te organiseren, zonder dat zij de aanbestedingsregels moeten volgen.

144. De nieuwe richtlijn brengt rechtszekerheid, aangezien deze de omvangrijke 'in-house'-rechtspraak synthetiseert in één artikel dat in grote mate de standpunten van het Hof bevestigt. Zo kan de opdeling in het individueel en het gezamenlijk toezicht en de procentuele begrenzing van het activiteiten criterium als positief worden beoordeeld. Anderzijds wordt de reikwijdte van 'in-house' gevoelig verruimd door het toelaten van privé-kapitaal onder voorwaarden en de rechtsfiguren van opwaartse en zijwaartse gunning. Dit komt zeker tegenmoet aan de wens van overheidsinstanties om meer te kunnen samenwerken bij de uitvoering van hun taken, maar verwacht kan worden dat het Hof nog geregeld zal worden gevat om klaarheid te brengen in de nieuwe probleemgebieden en interpretatiekwesaties die hierover gaan rijzen.³⁰⁰

145. Een voordeel van 'in-house'-constructies is dat er behalve het verwerven van aandeelhouderschap of op een andere wijze verkregen zeggenschap relatief weinig hoeft te worden geformaliseerd. Vereist is dat er de feitelijke mogelijkheid is om - individueel of gezamenlijk - toezicht uit te oefenen en eenmaal dat effectief aanwezig is, is de manier waarop het toezicht concreet wordt uitgeoefend niet langer relevant. De beperkingen als gevolg van het verbod op directe privé-participaties en het activiteiten criterium kunnen dan weer, althans vanuit het standpunt van de overheidsinstanties, als een nadeel worden gezien. Hoe dan ook zijn het net die vereisten die een balans trachten te zoeken tussen de concurrentiewaarborg en de organisatievrijheid van de overheid, teneinde marktverstoring te voorkomen.

Eenmaal aan de *Teckal*-criteria is voldaan, geldt voor deze samenwerkingsvorm, in tegenstelling tot de horizontale samenwerking, niet de eis dat de taken die de gecontroleerde entiteit verricht voor zijn controlerende overheidsinstantie(s) gelieerd moeten zijn aan een (gemeenschappelijk) algemeen belang. Zolang de gecontroleerde entiteit geen tegenstrijdige belangen nastreeft, kan deze zonder mededinging elke opdracht tegen vergoeding verrichten, waarin zowel de kosten als een winstmarge begrepen zijn.

³⁰⁰ Bij de gevolgen van die onzekerheden wordt in het besluit van dit hoofdstuk verder stilgestaan.

3.3.2.7 Toepassingen in de Belgische praktijk

146. De behandelde rechtspraak van het Hof van Justitie heeft vooral in haar beginjaren voor beroering gezorgd in de Belgische praktijk. Volgens sommige rechtsleer zou hierdoor het traditionele juridisch kader waarin de overheid haar openbare dienst organiseert misschien wel uitvoerig moeten worden herdacht.³⁰¹

De prejudiciële vragen over het controlecriterium van de Raad van State aan het Hof naar aanleiding van de zaak *Coditel Brabant* hebben geleid tot de baanbrekende vaststelling van het gezamenlijk toezicht.³⁰² Daarnaast is 'in-house' nog tweemaal aan bod gekomen voor de Raad, maar ook het Hof van Beroep te Brussel en het Rekenhof hebben zich over dit leerstuk gebogen. De bedoeling is om aan de hand van de rechtspunten in deze casuïstiek een kijk te geven op de internrechtelijke toepassing van 'in-house'.

147. In een eerste arrest³⁰³ komt de 'in-house'-uitzondering zijdelings ter sprake. Het betreft een intergemeentelijk samenwerkingsverband dat op grond van een exclusief recht ICT-opdrachten kon verrichten voor haar leden zonder naleving van een aanbestedingsprocedure.³⁰⁴ De toezichthoudende Minister vond het maar niets omdat een van de voorwaarden van die uitzondering, namelijk de verenigbaarheid van zulk recht met de Verdragsregels, niet zou zijn vervuld. Hij toetste hierbij aan de *Teckal*-criteria en besloot dat niet aan het activiteitscriterium zou zijn voldaan. De Minister toetste dus de voorwaarden om beroep te doen op een uitzonderingsgrond aan de voorwaarden van een andere uitzonderingsgrond. Volgens de Raad mogen beide hypothesen niet met elkaar worden verward.³⁰⁵ Deze staan los van elkaar zodat de *Teckal*-criteria niet kunnen dienen om de toepassing van een andere uitzondering te verwerpen.

148. In een tweede arrest³⁰⁶ wordt wel aan de *Teckal*-criteria getoetst. Het betreft de beslissing van het OCMW te Dendermonde om zonder mededinging een overheidsopdracht voor het huren en wassen van werkkledij en plat linnen aan de vzw Clova te gunnen. Clova verricht zulke diensten voor al haar leden, waaronder het OCMW Dendermonde, zonder toepassing van de wetgeving overheidsopdrachten, terwijl Clova ook meedingt in gunningsprocedures van andere aanbestedende diensten. De beslissing werd betwist omdat het OCMW niet zou voldoen aan het controlecriterium en dit omwille van twee redenen: (1) minstens één lid van Clova heeft een privaatrechtelijk statuut, waardoor een 'toezicht zoals op zijn eigen diensten' door het OCMW is uitgesloten en (2) de vzw zou een volledig autonoom en zelfstandig marktbeleid kunnen ontwikkelen, zodat er sprake is van marktgerichtheid die het toezicht onzeker maakt.

De rechtsvorm is op zichzelf niet bepalend om het vereiste toezicht uit te sluiten.³⁰⁷ De kans bestaat dat een zuivere overheidsinstantie zich in de vorm van een privaatrechtelijke rechtspersoon organiseert. Bijgevolg moet de aard van het kapitaal worden onderzocht. Dit criterium is evenwel moeilijk toepasbaar

³⁰¹ Zie o.a. D. DEOM, "Quelques réflexions sur la liberté d'association appliqué aux communes", *Mouv. comm.* 2003, 451 e.v.; D. DEOM en P. NIHOUL, "Les marchés publics: Concurrence, transparence et neutralité", *RGD* 2006, 801 e.v.

³⁰² RvS 3 juli 2007, nr. 173.079, *Coditel Brabant* (*supra*, nr. 110).

³⁰³ RvS 7 april 2011, nr. 212.509, *Cipal*; B. SCHUTYSER, "De rechtspraak van het Hof van Justitie en de Raad van State inzake de gunning van overheidsopdrachten (2010-2011): Een overzicht", *TGEM* 2012, afl. 3, nr. 22-24, 209.

³⁰⁴ Art. 3, § 2 van de voormalige Overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993. Deze bepaling laat toe om, mits een aantal voorwaarden, rechtstreeks opdrachten te gunnen indien de uitvoerder beschikt over een exclusief recht.

³⁰⁵ Met verwijzing naar HvJ 10 april 2008, C-323/07, *Termoraggi*.

³⁰⁶ RvS 27 november 2012, nr. 221.540, *Cleanleasefortex*. Het ging om een schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, waarbij enkel het controlecriterium werd betwist. Zie ook C. DUBOIS, en T. CAMBIER., "ASBL et 'In-house': le point de vue du Conseil d'Etat - Commentaire de l'arrêt 'CleanleaseFortex'", *Rev.dr.commun.* 2014, 16-24.

³⁰⁷ HvJ 10 september 2009, C-573/07, *Sea*.

omdat Clova een vzw is. Uit nazicht van de leden blijkt dat deze allen aanbestedende diensten zijn en hun deelneming niet kan worden gelijk gesteld aan de deelneming van een particuliere aandeelhouder. Het Hof van Justitie heeft evenwel in een later arrest het begrip 'kapitaal' op functionele wijze ingevuld.³⁰⁸ Ook al houdt het criterium van de aard van de inbreng geen steek omdat het om een vereniging zonder maatschappelijk kapitaal gaat, dan nog moet worden nagegaan of haar leden geen particuliere belangen kunnen nastreven. Voor de toekomst betekent dit dat de kapitaalvereiste niet zomaar terzijde mag worden geschoven om de simpele reden dat er geen kapitaal zou zijn.³⁰⁹ De Raad kon hier uiteraard niet van op de hoogte zijn, maar haar vaststelling blijft niettemin overeind aangezien de vzw Clova enkel aanbestedende diensten onder zich telt.

Vervolgens onderzoekt de Raad de potentiële marktgericht van Clova. Zij baseert zich daarbij op het auditorsadvies dat getrouw de overwegingen uit *Coditel* en *Sea* herneemt, zodat wordt gekeken naar de samenstelling en de bevoegdheid van de bestuursorganen en naar de activiteiten van de vzw Clova. De raad van bestuur bestaat uit vertegenwoordigers van de aangesloten leden, maar beschikt wel over de meest ruime bevoegdheden, zoals onder andere het vaststellen van de tarieven. De Raad oordeelt dat Clova als zijnde een vzw geen handelskarakter heeft. Voorts blijkt uit de statuten dat de activiteiten van Clova kaderen in het belang van de bij haar aangesloten leden. Deze zijn allemaal aanbestedende diensten en streven bijgevolg een algemeen belang na, dat niet van industriële of commerciële aard is. De vzw is weliswaar statutair gemachtigd om bijkomstige commerciële en winstgevende activiteiten te ontplooiën, maar de Raad ziet hierin geen beletsel omdat de opbrengsten daarvan volledig gaan naar de niet-winstgevende doelstellingen. Hierbij wordt ook het arrest *Sea* vermeld, waarin wordt bevestigd dat de mogelijkheid om betrekkingen met de particuliere sector aan te knopen niet tot herkwalificatie leidt wanneer die activiteit slechts bijkomstig is ten opzichte van de hoofdactiviteit. Bovendien is er voorzien in extra controle doordat de boekhouding wordt mede gecontroleerd door een commissaris aangewezen door de algemene vergadering, welke overigens uitsluitend is samengesteld door leden. Uit al deze omstandigheden leidt de Raad uiteindelijk af dat het controlecriterium *prima facie* is vervuld.

Het feit dat de commerciële opbrengsten worden herbestemd is mijns inziens niet relevant. De vraag is of en in welke proportie de opdrachtnemer actief is op de markt. Meer in het algemeen gaat de Raad nogal licht over de activiteiten die Clova voor derden kan verrichten. Dit was misschien anders geweest als het activiteiten criterium ook uitdrukkelijk werd betwist. De vzw kan immers genieten van een bevoorrechte positie wat betreft het uitvoeren van opdrachten die worden toevertrouwd door haar leden, maar kan anderzijds tegelijkertijd op de markt actief zijn bij overheidsopdrachten die door andere aanbestedende diensten in mededinging worden gesteld. De vraag rijst of dit nog zo 'bijkomstig' is als in het *Sea*-arrest, waarin het Hof een uitgebreid onderzoek wijdde aan de activiteiten die losstonden van het bewuste samenwerkingsverband. Het hybride karakter van Clova maakt haar tot een twijfelgeval.³¹⁰ De 'in-house'-uitzondering zou in ieder geval niet als gevolg mogen hebben dat dienstverleners binnen een bepaalde markt worden opgericht met een 'onderscheiden en beschermd' thuismarkt die hen een bevoorrechte concurrentiepositie oplevert ten opzichte van andere dienstverleners met betrekking tot opdrachten waarvan de gunning wel aan de mededinging is onderworpen.³¹¹

³⁰⁸ HvJ 19 juni 2014, C-574/12, *Such*.

³⁰⁹ Zie ook het hierna besproken arrest van het Hof van Beroep te Brussel waarop de Raad zich heeft gebaseerd.

³¹⁰ B. SCHUTYSER en K. MICLOTTE, *o.c.*, *TGEM* 2013, nr. 35, 144.

³¹¹ A.L. DELVAUX en C. DEWOLF, *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten. Deel 1A - Wet 15 juni 2006*, Brussel, NBC, 2014, nr. 30, 257-263.

149. Ook het Hof van Beroep te Brussel heeft de 'in-house'-theorie ingeschakeld om te oordelen dat de overheidsopdrachtenregelgeving niet toepasselijk is wanneer overheden gebruik maken van de wettelijke mogelijkheid om beroep te doen op een vzw voor het beheer van informaticadiensten, die zij zelf hebben opgericht en waarvan zij deel uitmaken.³¹² Het Hof stelde eerst en vooral dat de samenwerking tussen het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (BIPT) en de vzw Egov principieel als een overheidsopdracht kan worden beschouwd en deze daarom aan de *Teckal*-criteria moet worden getoetst. Aangaande het controlecriterium schuift het Hof van Beroep twee beoordelingselementen naar voren: enerzijds het houderschap van het kapitaal en anderzijds de doorslaggevende invloed op de belangrijke en strategische beslissingen. Het eerste element zou niet toepasselijk zijn omdat Egov een vzw is waarin geen kapitaalbreng mogelijk is. Omtrent het tweede element oordeelt het Hof dat de afwezigheid van marktgerichtheid blijkt uit het gegeven dat Egov als vzw geen handelskarakter heeft en op grond van haar statuten uitsluitend optreedt voor haar leden (om die reden werd het activiteitscriterium niet betwist), die allen publiekrechtelijke overheden of vzw's zijn. Voorts wordt haar autonomie beperkt omdat haar bestuursorganen uitsluitend bestaan uit afgevaardigden van de aangesloten leden, wat erop wijst dat deze laatsten een doorslaggevende invloed kunnen uitoefenen op de beslissingen van Egov.

Het Hof besteedt geen aandacht aan de bevoegdheid van de raad van bestuur, terwijl uit de 'in-house'-rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat de loutere aanwezigheid (bv. benoeming van de leden) onvoldoende is om te voorkomen dat deze een zelfstandig beleid zou ontwikkelen. Anderzijds is Egov een vzw die uit haar aard geen handelskarakter heeft. In het licht van de huidige Europese rechtspraak zou het eerste element mijns inziens wel degelijk een struikelblok zijn. Zoals hoger vermeld moet ingeval van een vzw de kapitaalvereiste op een functionele wijze worden geïnterpreteerd. De vzw Egov heeft vooral overheidsinstanties en publiekrechtelijke rechtspersonen als leden, maar ook enkele vzw's. Hierover stelt het Hof dat "*het grootste deel van haar leden*" een algemeen belang nastreeft. Het is bijgevolg niet uitgesloten dat die vzw's, ondanks ze geen handelskarakter hebben, economische activiteiten kunnen verrichten en zodoende particuliere belangen nastreven. Bijkomend zou dan ook onderzocht moeten worden of er via de deelnemende vzw's geen particuliere belangen in de samenwerking betrokken zijn.³¹³

150. Tenslotte heeft het Rekenhof de samenwerking tussen de sociale zekerheidsinstellingen en de vzw Smals onderzocht (*supra*, nr. 79). Het Rekenhof kwam tot de conclusie dat er sprake is van een 'in-house'-relatie, maar formuleerde enkele aanbevelingen die de tekortkomingen op het vlak van toezicht en transparantie moesten verhelpen om op die manier de onderlinge band tussen opdrachtnemer en opdrachtgevers te versterken. Het benadrukt hierbij dat het maatregelen betreffen die geen wetgevend of ministerieel ingrijpen vereisen, maar via de statuten of afspraken eenvoudig realiseerbaar zijn.³¹⁴

151. Samenvattend kan worden gesteld dat onze rechters de *Teckal*-criteria niet (te) ruim interpreteren. Gelet op het razendsnelle tempo waarmee de rechtspraak constant wordt aangepast op Europees niveau en de talloze nuances die ter beoordeling van de criteria van belang zijn, is een correcte toepassing van het 'in-house'-leerstuk voor de nationale rechters (in elke lidstaat) een zeer lastige opgave.

³¹² Brussel 7 september 2010, Belgacom/B.I.P.T., A.R. nr. 2009/AR/1871; K. WAUTERS en K. MAN, o.c., in C. DE KONINCK (ed.) e.a., *Jaarboek Overheidsopdrachten 2010-2011*, Brussel, EBP, 2011, nr. 32, 418.

³¹³ Wat m.i. in deze zaak niet het geval was omdat onder meer van het 'Waarborg en Sociaal Fonds van de Horeca' niet kan worden beweerd dat deze organisatie een algemeen belang nastreeft.

³¹⁴ REKENHOF, informaticabedrijven van de overheid: samenwerking van de overheid met de vzw Smals, Brussel, 2009, consulteerbaar op: www.ccrek.be (rubriek: Publicaties/Federale staat), 42-44.

3.3.3 Horizontale samenwerking

3.3.3.1 Oorsprong

152. In een destijds merkwaardig arrest heeft het Hof van Justitie een tweede uitzondering geformuleerd op het principiële uitgangspunt dat overeenkomsten tussen onderscheiden rechtspersonen onderworpen zijn aan het aanbestedingsrecht. Deze uitzondering biedt aanbestedende diensten de mogelijkheid om samen te werken zonder gebruik te maken van een gezamenlijk gecontroleerde entiteit, dus anders dan in *Teckal*, en wordt om die reden aangemerkt als horizontale of niet-geïstitutionaliseerde samenwerking. Dit zogenaamde *Hamburg*-arrest³¹⁵ heeft in de rechtsleer in ieder geval veel wenkbrauwen doen fronsen, omdat het leek benaderd vanuit de feitelijke omstandigheden en men in eerste instantie dus voorzichtig was om er algemene precedentwaarde aan te hechten.³¹⁶ Tot op heden is dit de enige zaak waarin de uitzondering effectief werd toegepast, maar het bestaan ervan is wel in latere rechtspraak bevestigd.³¹⁷ Dit alles heeft ertoe geleid dat de uitzondering als zodanig is gecodificeerd in artikel 12.4 van de nieuwe richtlijn en daarmee een tweede spoor creëert voor PuPuS buiten toepassing van het aanbestedingsrecht.

Hierna wordt eerst stilgestaan bij de concrete omstandigheden van voormeld arrest, die aanleiding gaven tot het concept horizontale samenwerking. Het is daarbij niet de bedoeling diep op de feiten in te gaan, maar wel om de context te schetsen waarin de redenering van het Hof heeft plaatsgevonden zodat het duidelijk wordt waarom en hoe deze uitzondering is ontwikkeld. Vervolgens komen de desbetreffende voorwaarden aan bod. Hoewel deze gedurende hun codificatie niet onaangetast zijn gebleven, vormt de nieuwe regelgeving toch het vertrekpunt van de analyse, aangevuld met de onderliggende rechtspraak.³¹⁸

3.3.3.2 *Hamburg*-criteria

153. De kern van de *Hamburg*-rechtspraak is dat overheidsinstanties over de mogelijkheid beschikken om zich, op grond van een overeenkomst, tegenover elkaar te engageren met als enig doel **gezamenlijk** de op hen rustende taken van algemeen belang te vervullen.³¹⁹ Het Hof overweegt hieromtrent dat een overheidsinstantie altijd haar taken van algemeen belang met eigen middelen kan vervullen en dat van deze mogelijkheid ook gebruik kan worden gemaakt in samenwerking met andere overheidsinstanties.³²⁰ Aldus herneemt het Hof overwegingen uit zijn 'in-house'-rechtspraak, meer bepaald de ideeën die aan de basis lagen van 'in-house' en nadien gezamenlijk toezicht (*supra*, nrs. 89 en 110), maar die hier worden toegepast in een geheel andere context, want er is namelijk geen sprake van een gecontroleerde entiteit.

³¹⁵ HvJ 9 juni 2009, C-480/06, *Commissie t. Duitsland*.

³¹⁶ Deze zaak werd gewezen door de Grote Kamer van het Hof, wat de uitspraak in feite tot een principe arrest maakt. Zie voor de genoemde rechtsleer: B. SCHUTYSER, "De gunning van overheidsopdrachten in de rechtspraak van het Hof van Justitie en de Raad van State (2008-2009)", *TGEM* 2010, nr. 16, 83; T. KOTSONIS, "Co-operative Arrangements between Public Authorities in the Pursuit of a Public Interest Task: Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany (C-480/06)", *PPLR* 2009, NA215; K. PEDERSEN & E. OLSSON, "Commission v Germany - a new approach to in-house providing", *PPLR* 2010, 40; W. JANSSEN, *o.c.*, *Utrecht Law Review* 2014, 177.

³¹⁷ HvJ 20 juni 2013, C-352/12, *ASL Lecce*, r.o. 34-36; HvJ 13 juni 2013, C-386/11, *Piepenbrock*, r.o. 36-38.

³¹⁸ Vergeleken met de 'in-house'-uitsondering, die ten tijde van het *Hamburg*-arrest al tien jaar in ontwikkeling was, zijn er tot nog toe weinig arresten met de horizontale samenwerking als voorwerp verschenen (*ibid.*). Haar evolutie in de rechtspraak is daarmee beperkt, zodat dat de codificatie van deze uitzondering meteen als uitvalsbasis kan dienen.

³¹⁹ HvJ 9 juni 2009, C-480/06, *Commissie t. Duitsland*, r.o. 37.

³²⁰ *Ibid.*, r.o. 45. Voor de uitoefening van een taak met eigen middelen, zie: HvJ 11 januari 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, r.o. 48; HvJ 12 oktober 2005, C-448/03, *Parking Brixen*, r.o. 61. Voor de gezamenlijk uitoefening met eigen middelen, zie: HvJ 13 november 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, r.o. 48-49; HvJ 10 september 2009, C-573/07, *Sea*, r.o. 57-58.

Het Hof stelt verder - en dit is nieuw - dat het EU-recht "overheidsinstanties geen bijzondere rechtsvorm voorschrijft voor de gemeenschappelijke uitoefening van hun taken van algemeen belang" (r.o. 47). Hieruit volgt dat de vorm van de overeenkomst - verticaal of horizontaal - niet relevant is om te bepalen of het EU-recht, inclusief de aanbestedingsrichtlijnen, toepasselijk is op het samenwerkingsverband. Dit getuigt nog maar eens van het grotere vertrouwen in PuPuS dat de tweede generatie arresten uitstraalt en staat mijlenver van de oorspronkelijke gedachte in *Teckal*, waarbij het Hof voor de toepasselijkheid van het aanbestedingsrecht vertrok vanuit de puur formele benadering van het begrip 'overeenkomst'.³²¹ De vraag rijst wat, in een context als deze, dan wel relevant is? Hiervoor helpt een korte blik op de feiten.

Het betrof *in casu* een langdurige samenwerkingsovereenkomst die vier territoriale lichamen (Landkreise) gesloten hadden met de Stadtreinigung Hamburg (publiekrechtelijk orgaan) voor de verwijdering van hun afvalstoffen in de nieuwe verbrandingsoven, tegen een vergoeding gelijk aan de werkelijke bedrijfskost. De Commissie meende dat deze overeenkomst aanbestedingsplichtig was. Het Hof is daar niet in gevolgd, maar niet door een beroep te doen op *Teckal* aangezien er van enig toezicht in dit geval geen sprake was. Het oordeelde dat de Landkreise de richtlijnen niet geschonden hadden, omdat de overeenkomst enkel door openbare instanties was gesloten, zonder particuliere inbreng en evenmin voorzag in de plaatsing van opdrachten die eventueel noodzakelijk waren voor de bouw en exploitatie van de verbrandingsoven. De overeenkomst strekte er voorts toe de uitvoering te verzekeren van een taak van algemeen belang die op alle betrokkenen gezamenlijk rustte (afvalverwerking) en gaf vorm aan een werkelijke samenwerking, waarvan de deelname en wederzijdse verplichtingen, in tegenstelling tot een normale overheidsopdracht, verder gingen dan het louter uitvoeren van een taak tegen betaling.³²² Welke zijn nu de concrete criteria?

154. Uit voormeld en latere arresten³²³ kan worden afgeleid dat een horizontaal samenwerkingsverband geen afbreuk doet aan het vrij dienstenverkeer en de totstandkoming van een onvervalste mededinging, en bijgevolg zonder aanbesteding kan plaatsvinden, wanneer cumulatief aan volgende criteria is voldaan:

1. bij de overeenkomst zijn alleen aanbestedende diensten betrokken; én
2. er is geen sprake van enige particuliere inbreng en geen enkele particuliere dienstverrichter wordt bevoordeeld tegenover zijn concurrenten; én
3. de overeenkomst wordt gekenmerkt door een werkelijke samenwerking die, anders dan een normale overheidsopdracht, de gezamenlijke vervulling van een gemeenschappelijke taak tot doel heeft; én
4. de samenwerking wordt uitsluitend beheerst door eisen en overwegingen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang.

Toegegeven, de eerste twee zijn nog vrij duidelijk en komen overeen met hetgeen inzake het toezicht bij 'in-house'-relaties geldt, maar de overige twee criteria zijn voor verschillende interpretaties vatbaar.³²⁴ Het idee erachter is evenwel gelijk aan de *Teckal*-criteria: indien ze zijn vervuld, wordt aangenomen dat het gebeuren zich afspeelt buiten de markt en de mededinging dus niet wordt beïnvloed; de vorm van de samenwerkingsverhouding - een aparte rechtspersoon of louter contractueel - is dan niet langer relevant.

³²¹ *Supra*, nr. 67. De formele benadering werd toen uiteraard wel functioneel ingekleurd via de twee *Teckal*-criteria, maar naar de inhoud daarvan was het op dat moment nog gissen. Zie ook, F. JUDO, o.c., TA 2012, afl. 2, 104-105.

³²² HvJ 9 juni 2009, C-480/06, *Commissie t. Duitsland*, r.o. 36-44.

³²³ *Ibid.*, r.o. 47; HvJ 20 juni 2013, C-352/12, *ASL Lecce*, r.o. 35; HvJ 13 juni 2013, C-386/11, *Piepenbrock*, r.o. 37. Zie ook HvJ 16 mei 2013, C-564/11, *Consulta Regionale Ingegneri della Lombardia*, r.o. 36; HvJ 20 juni 2013, C-532/12, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, r.o. 44.

³²⁴ Bij de verdere inhoud van deze criteria zal hierna i.k.v. van de nieuwe regelgeving worden stilgestaan.

3.3.3.3 De nieuwe regelgeving

155. Artikel 12.4 van de nieuwe richtlijn³²⁵ codificeert de horizontale samenwerking en luidt als volgt:

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

- a) de opdracht voorziet in of geeft uitvoering aan samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten om te bewerkstelligen dat de openbare diensten die zij moeten uitvoeren, worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen;*
- b) de invulling van die samenwerking berust uitsluitend op overwegingen in verband met het openbaar belang; en*
- c) de deelnemende aanbestedende diensten nemen op de open markt niet meer dan 20% van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening."*

156. Uit de aanhef blijkt allereerst dat deze uitzondering enkel kan plaatsvinden tussen aanbestedende diensten, terwijl dit niet het geval is voor 'in-house'.³²⁶ Dit houdt mogelijkerwijs verband met een tweede opvallend element, namelijk dat het jurisprudentiële verbod op private participaties niet is hernomen.³²⁷ Wat betreft 'in-house' werd er al op gewezen dat volgens de nieuwe regeling een directe participatie van particulieren in het kapitaal van de controlerende aanbestedende dienst(en) geen belemmering vormt. Considerans 33 *in fine* trekt deze lijn door naar de horizontale samenwerking, waarin wordt verduidelijkt dat de uitzondering ook beschikbaar is voor aanbestedende diensten zoals publiekrechtelijke instellingen, waar sprake kan zijn van participatie van privaat kapitaal, indien alle overige voorwaarden zijn vervuld.³²⁸ Gelet op deze versoepeling wordt het toepassingsbereik van de uitzondering alvast aanzienlijk verruimd. Een andere nieuwigheid is de inbouw van een activiteiten criterium, wat dan weer als een beperking dient.

Voorts legt deze bepaling nogal de klemtoon op begrippen als 'openbare diensten' en 'openbaar belang', wat in de praktijk voor moeilijkheden kan zorgen.³²⁹ Deze houden verband met de in het Europees recht fel bediscussieerde en niet-algemeen definieerbare begrippen als 'diensten van algemeen belang' en 'diensten van algemeen economisch belang', waarvan de bespreking het bestek van deze scriptie te buiten gaat.³³⁰ Voor een antwoord op de vraag over wat nu wel of niet moet worden aanbesteed, is niet zozeer de aard van de dienst relevant, maar de manier waarop haar uitvoering is geregeld.³³¹ Aan de hand van de beschikbare rechtspraak ter zake zal verder worden toegelicht wat mogelijk is en wat niet.

³²⁵ Ten opzichte van het initiële voorstel is deze bepaling veel compacter geworden, omdat het oorspronkelijk volledig op het Hamburg-arrest was gebaseerd. Met zijn latere uitspraak in *ASL Lecce* (HvJ 20 juni 2013, C-352/12, r.o. 35) heeft het Hof de criteria, ditmaal los van de feiten, op een overzichtelijke wijze gepresenteerd, zodat dit arrest als uitgangspunt voor het finale voorstel heeft gediend. Zie COM(2011) 896 def., Voorstel Commissie, art. 11.4, 49.

³²⁶ In de artikelen 12.1 en 12.3 van Richtlijn 2014/24/EU wordt de gecontroleerde entiteit immers aangeduid als een 'privaat- of publiekrechtelijke rechtspersoon' (*supra*, nr. 96).

³²⁷ F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, "Toepassingsgebied", *o.c.*, nr. 312, 185.

³²⁸ Het is dan ook afwachten hoe het Hof zal omgaan met privé-participaties, want dit valt mijns inziens moeilijk te verzoenen met de eis van het openbare belang uit het tweede criterium, omdat het Hof in zijn 'in-house'-rechtspraak frequent heeft gesteld dat de plaatsing van privékapitaal *in se* beantwoordt aan particuliere belangen (*supra*, nr. 94).

³²⁹ W. JANSSEN, *o.c.*, *Utrecht Law Review* 2014, 178.

³³⁰ Voor het jarenlange debat over de invulling van dit begrip, zie de bronnen aangehaald in noot 53 (*supra*, nr. 31).

³³¹ E. MANUNZA, *o.c.*, *TA* 2013, afl. 6, 205.

- Samenwerking dient ter verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen

157. Wanneer aanbestedende diensten van deze uitzondering gebruik willen maken, is het vereist dat de samenwerking plaatsvindt in het kader van hun openbare dienstverplichtingen, waarmee wordt bedoeld dat de samenwerking dient ter verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen. Daarvan kan in elk geval geen sprake zijn indien de rol van een van de betrokkenen zich beperkt tot het vervullen van een taak tegen betaling, aangezien dat nu juist een wezenlijk kenmerk van een overheidsopdracht is.³³²

Hoewel de gezamenlijke uitvoering een gemeenschappelijke doelstelling moet dienen, is het niet vereist dat de diensten die elke deelnemer verricht identiek zijn; ze mogen ook complementair zijn.³³³ Het meest voor de hand liggend voorbeeld van een dergelijke taakverdeling is de situatie van het *Hamburg*-arrest: alle deelnemers namen de taak van afvalverwerking als gemeenschappelijk doel en kozen voor een opdeling van taken, waarbij de ene voor inzameling en de andere voor verbranding van het afval zorgde.

Het is vooralsnog onduidelijk hoe dit criterium moet worden geïnterpreteerd, want in tegenstelling tot de rechtspraak wordt er slechts verwezen naar een 'gemeenschappelijke doelstelling'. Volgens het Hof is het enkele feit dat twee overheden menen te handelen vanuit het algemeen belang niet bij machte om de overeenkomst uit te zonderen.³³⁴ Het legt de nadruk op het feit dat de gemeenschappelijke doelstelling blijkt uit de gezamenlijke uitvoering van een gemeenschappelijke taak, dat wil zeggen een taak die op elk van de betrokkenen rust.³³⁵ Denk bijvoorbeeld aan lokale overheden hun gedeelde verantwoordelijkheid op vlak van gebiedsontwikkeling of waterzuivering. Het louter gedeeld belang van twee overheden om gezamenlijk een dienst in te kopen, werd door het Hof overigens niet aanvaard als zijnde de gezamenlijke uitvoering van een taak van algemeen belang om de samenwerking mee te verantwoorden.³³⁶ Het is dus voorlopig nog moeilijk om een duidelijk onderscheid te maken.³³⁷ Gelet op de strikte interpretatie die een uitzondering behoeft, lijkt een expliciete afwijking op de gevestigde rechtspraak echter niet aannemelijk.

- Invulling samenwerking berust uitsluitend op overwegingen van openbaar belang

158. Dit criterium kan niet los worden gezien van het vorige omdat het vereist dat er goede redenen zijn om samen te werken, gesteund op overwegingen van algemeen belang. Waar bij het eerste criterium de notie 'gemeenschappelijke taak van algemeen belang' is komen te vervallen, komt dat begrip hier wel opnieuw terug in die zin dat de samenwerking enkel mag berusten op openbaar belang-overwegingen.³³⁸

³³² De Commissie geeft als voorbeeld dat de levering van elektriciteit aan de administratieve gebouwen van een stad door een nutsbedrijf van een andere stad moet worden aanbesteed (SEC(2011)1169 def., Werkdocument PuPuS, 14).

³³³ Zie Considerans 33 die spreekt van een 'samenwerkingsmodel'; SEC(2011)1169 def., Werkdocument PuPuS, 15.

³³⁴ Zo werd de samenwerking tussen de lokale gezondheidsautoriteit ASL Lecce en een universiteit niet uitgezonderd. Die eerste verrichte wetenschappelijk onderzoek naar aardbevingsrisico, waarvan het Hof wel aannam dat het om een taak van algemeen belang ging. Het is echter niet omdat een universiteit ook wetenschappelijk onderzoek verricht, er sprake is van een gemeenschappelijke taak van algemeen belang (HvJ 20 juni 2013, C-352/12, *ASL Lecce*, r.o. 37); G. VERBERNE en M. DE MEIJ, "In house-activiteiten en samenwerking tussen overheden - nadere duiding van twee situaties die buiten de werkingssfeer van het Unierecht inzake overheidsopdrachten vallen", *TA* 2013, afl. 4, 141-142.

³³⁵ Bijkomende verduidelijking wordt gegeven in considerans 33: "Deze 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."

³³⁶ HvJ 13 juni 2013, C-386/11, *Piepenbrock*, r.o. 39 (i.c. reinigingsdiensten).

³³⁷ F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, "Toepassingsgebied", o.c., nr. 312, 186. De auteurs verwoorden het kort en krachtig door te stellen dat "het niet duidelijk is hoe 'identiek' de initiële gemeenschappelijke doelstelling moet zijn".

³³⁸ De samenwerking moet anders gezegd van toegevoegde waarde zijn voor het algemeen belang: een eenzijdige taakverdeling is niet voldoende om buiten de markt blijven; maar ook efficiëntie-overwegingen lijken niet te volstaan.

Het doel is om te voorkomen dat de samenwerking gegrond wordt op andere, meer bepaald commerciële, overwegingen. Bijgevolg mogen als onderdeel van de samenwerking in beginsel geen activiteiten op de markt worden verricht. Uit considerans 33 kan worden opgemaakt dat de bedoeling is om geen enkele particuliere onderneming te bevoordelen ten opzichte van zijn concurrenten. In voormelde considerans wordt wat dat betreft verder gewezen op het belang van financiële overdrachten. Onderlinge geldstromen tussen de samenwerkingspartners zijn in principe niet verboden, wanneer ze uitsluitend plaatsvinden uit overwegingen van algemeen belang. De eerder door het Hof aanvaarde bijdrage in de reële bedrijfskost uit het *Hamburg*-arrest, lijkt hieraan te voldoen. Indien daarin een (redelijke) winstmarge is begrepen, zou dat een tegenindicatie kunnen vormen voor het feit dat het gebeuren zich buiten de markt bevindt.³³⁹

Ingeval de samenwerkingsovereenkomst taken omvat die plaatsvinden in een domein waar concurrentie speelt en die dus ook kunnen worden uitgevoerd door de private sector, is dat tevens een indicatie dat de samenwerking niet buiten de markt plaatsvindt. Indien andere ondernemingen gelijkaardige diensten aanbieden, betekent dat immers dat er een markt voor bestaat en wordt het moeilijker om aan te tonen dat er sluitende redenen zijn voor een samenwerking op grond van openbaar belang-overwegingen.³⁴⁰ Afvalverwerking werd door het Hof alvast aanvaard, hoewel het zich niet enkel baseerde op de aard van de activiteit, maar het geheel mee in overweging nam en met name hoe de uitvoering geregeld was.³⁴¹ Situaties waarin de samenwerkingsovereenkomst betrekking had op ingenieurs- of reinigingsdiensten hebben de toetsing door het Hof niet doorstaan.³⁴² De 'in-house'-uitzondering biedt daar wel ruimte voor.

- Activiteitscriterium

159. Het activiteitscriterium vereist dat de deelnemende aanbestedende diensten op de open markt niet meer dan 20% van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening nemen: een ratio 80/20 openbaar belang- en commerciële activiteiten valt derhalve nog binnen de uitzonderingsgrond.³⁴³

De berekeningswijze is gelijkaardig aan die van de 'in-house'-uitzondering (art. 12.5) (*supra*, nr. 134), met het enige verschil dat daarbij *alle door de gecontroleerde entiteit verrichte activiteiten* meebepalend zijn voor haar marktgerichtheid, terwijl bij deze uitzondering van *alle activiteiten als onderdeel van de samenwerking* slechts een beperkt gedeelte op de markt mag worden aangeboden. Het motief is echter gelijk: de invloed van de samenwerking op de mededinging beperken om marktverstoring te voorkomen.

³³⁹ F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, "Toepassingsgebied", o.c., nr. 314, 186-187.

³⁴⁰ *Ibid.* De auteurs merken op dat het onduidelijk is of elementen van de gemeenschappelijke taak kunnen worden uitbesteed, omdat dit anders wel een heel strenge interpretatie zou zijn. Ze menen van niet en geven als voorbeeld dat indien i.k.v. van projectbegeleiding de juridische aspecten deels zouden worden uitbesteed dit geen invloed heeft op de finaliteit van de samenwerking, nl. gezamenlijke uitvoering van doelstellingen van algemeen belang.

³⁴¹ De privé-sector biedt uiteraard ook zulke diensten aan, maar het Hof oordeelt dat afvalverwerking gerelateerd is aan de uitvoering van bepaalde verplichtingen die voortvloeien uit twee Europese richtlijnen, zoals de rationalisatie van het afvalverwerkingsproces en de verwerking van afval in een zo nabij mogelijk gelegen installatie (HvJ 9 juni 2009, C-480/06, *Commissie t. Duitsland*, r.o. 37). Opmerkelijk is wel dat het Hof, zonder het begrip 'taak van algemeen belang' verder te definiëren, het Europees recht als vertrekpunt neemt om er nadere invulling aan te geven. Dat terwijl dit begrip vooralsnog vanuit het perspectief van de lidstaten wordt benaderd, wat conform het standpunt van de Commissie is zoals blijkt uit de talrijke mededelingen betreffende het onderwerp (*supra*, nr. 31 noot 53). Zie K. WAUTERS, "Overheidsvereenkomsten: algemeen belang en vrije markt", in D. LINDEMANS, *Voorafname op vriendschap: vrienden schrijven voor Dirk Lindemans bij zijn 60e verjaardag*, Brugge, Die Keure, 2010, 50-51.

³⁴² HvJ 20 juni 2013, C-352/12, *ASL Lecce*; HvJ 13 juni 2013, C-386/11, *Piepenbrock*.

³⁴³ Dit criterium vloeit niet rechtstreeks voort uit de gevestigde rechtspraak betreffende de horizontale samenwerking. De Commissie had echter uit het *Hamburg*-criterium, dat de samenwerking enkel mag berusten op algemeen belang-overwegingen, een soortgelijke beperking afgeleid die nochtans veel strenger oogde: "strikt bijkomstige en marginale activiteiten" op de commerciële markt zijn aanvaardbaar om de overwegingen van algemeen belang niet in gevaar te brengen (bv. redelijk gebruik van toevallige reservecapaciteit). Zie SEC(2011)1169 def., Werkdocument PuPuS, 15-16.

Samen met het voorgaande leidt dit criterium tot de vreemde combinatie dat de partners uitsluitend mogen samenwerken op grond van openbaar belang-overwegingen, maar dat 20% van die activiteiten toch op de commerciële markt mag worden aangeboden. Zeker als er sprake is van privékapitaal bij (een van) de partners, dan lijkt een marge van één vijfde voor gelijkaardige activiteiten op de markt te royaal om te stellen dat de samenwerking alleen maar steunt op overwegingen van algemeen belang.³⁴⁴ Dit laatste lijkt alleszins niet langer het geval te zijn, wanneer in de situatie van het *Hamburg*-arrest de samenwerkingspartners een verbrandingsoven hadden gebouwd met een capaciteit die hun behoeften ruimschoots oversteeg, met het doel om de reservecapaciteit op de open markt met winst te verkopen.³⁴⁵

3.3.3.4 Beschouwing³⁴⁶

160. De codificatie van de *Hamburg*-criteria heeft veel wijzigingen met zich mee gebracht en daarmee de mogelijkheden tot investeren aanzienlijk verruimd. Het meest opvallend is de afwezigheid van het verbod op privékapitaal. Hoewel dit impliciet wel is af te leiden uit het criterium dat de samenwerking enkel mag berusten op overwegingen die verband houden met het openbaar belang, wat in considerans 33 dan weer uitgelegd wordt als dat geen enkele particuliere onderneming mag worden bevoordeeld ten opzichte van zijn concurrenten, kan dit een bron van geschillen worden nu participierend privékapitaal bij toewijzing van overheidsopdrachten bevoordeeld wordt ten opzichte van andere deelnemers.³⁴⁷ Het een en ander zal blijken uit of en hoe het Hof zijn rechtspraak omtrent deze nieuwe, nog onheldere, criteria zal aanpassen.

Waar bij 'in-house' elke taak tegen vergoeding mogelijk is, staat hier de gemeenschappelijke doelstelling voorop en zijn geldstromen beperkt tot de reële kosten. Van toezicht op een afzonderlijke rechtspersoon is geen sprake, zodat wat dat betreft geen concrete handelingen zijn vereist en afspraken, al dan niet vastgelegd in een overeenkomst, volstaan. De enige controle in dit samenwerkingsverband is die tussen de deelnemende aanbestedende diensten onderling, opdat de gemaakte afspraken ook worden nageleefd.

Om de werkelijke draagwijdte van deze uitzondering te beoordelen mag evenwel de context waarin ze is ontstaan niet uit het oog worden verloren. Het Hof erkende enerzijds dat overheden de vrijheid moeten hebben om, in samenwerking met anderen, hun eigen diensten te organiseren met hun eigen middelen. Anderzijds zal het motto "wat we samen (moeten) doen, doen we beter" op zichzelf niet volstaan om een vrijstelling van de mededingingsregels te rechtvaardigen. In het *Hamburg*-arrest werd immers duidelijk aangetoond dat de verbrandingsoven enkel rendabel kon worden gebouwd en functioneren indien er afval van alle deelnemers in zou worden verwerkt. Had er voor die taak een aanbesteding moeten gebeuren, dan was het onwaarschijnlijk dat de Hamburgse dienst deze zou toegewezen krijgen omdat de capaciteit op dat moment niet voldeed aan de vraag.³⁴⁸ Het alternatief zou dan ook een gedwongen privatisering zijn geweest en dat mag volgens vaste rechtspraak niet het effect van de aanbestedingsrichtlijnen zijn.³⁴⁹

³⁴⁴ *Supra*, nr. 135 en de voetnoten aldaar; waar dezelfde kritiek werd geuit inzake 'in-house', met het verschil dat als de onderlinge geldstromen tussen de partners i.k.v. de openbaar belang-activiteiten niet verder mogen gaan dan de reële bedrijfskost, er niet veel ruimte lijkt te zijn om met die opbrengsten de commerciële activiteiten te financieren. Ook voor deze uitzonderingsgrond bestaat het risico op mededingings- en staatssteunrechtelijke implicaties.

³⁴⁵ Standpunt van de Commissie, zie SEC(2011)1169 def., Werkdocument PuPuS, 15-16.

³⁴⁶ In de Belgische rechtspraak is deze uitzonderingsgrond vooralsnog niet aan bod gekomen.

³⁴⁷ J. WIGGEN, o.c., PPLR 2014, 91.

³⁴⁸ Zoals Duitsland ook stellig heeft geargumenteed (HvJ 9 juni 2009, C-480/06, *Commissie t. Duitsland*, r.o. 29).

³⁴⁹ Voor de eerste maal in HvJ 11 januari 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, r.o. 48: "Een overheidsorgaan, dat een aanbestedende dienst is, kan zijn taken van algemeen belang vervullen met zijn eigen administratieve, technische en andere middelen, zonder dat hij een beroep hoeft te doen op externe lichamen die niet tot zijn diensten behoren."

3.4 Besluit

161. De concurrentiewaarborg en al haar uitvloeisels, zoals de regelgeving inzake overheidsopdrachten of, meer in het algemeen, de fundamentele Verdragsbeginselen van gelijke behandeling en transparantie, doordringen het handelen van de overheid wanneer zij taken uitbesteedt aan derden, zowel uit de private als uit de publieke sector. De integrale toepassing van het marktmechanisme op het overheidshandelen zou haar vrijheid om de openbare dienst te organiseren echter ernstig in het gedrang brengen, aangezien het externaliseren van taken dan noodzakelijk een beroep op de markt zou vergen wat in feite neerkomt op een gedwongen privatisering. Zo ver wil Europa niet gaan en een al dan niet geïnstitutionaliseerde publieke samenwerking is bijgevolg toegelaten, mits strikte criteria opdat de markt niet wordt verstoord.

Het begon met een zeer strenge rechtspraak waarbij het Hof zich na verloop van tijd meer pragmatisch heeft opgesteld. Het uiteindelijke resultaat is complex, maar gelet op de talloze vormen die PuPuS in alle lidstaten kan aannemen, hoeft dat niet te verbazen. Desondanks is er een rode draad uit af te leiden die overheden de mogelijkheid biedt om in samenwerking met anderen eigen middelen te gebruiken, op voorwaarde dat geen particulieren deelnemen en geen van de samenwerkende entiteiten marktgericht is. Onder die condities speelt het gebeuren zich af buiten de markt en wordt de concurrentie niet beïnvloed.

Met de nieuwe richtlijn heeft Europa een duidelijk statement gemaakt, namelijk dat de overheid steeds over een discretionaire bevoegdheid beschikt om zelf taken uit te voeren in samenwerking met anderen. De burger heeft recht op een efficiënte dienstverlening en dit noodzaakt dat een overheid controle behoudt op haar organisatie. Ook wordt de rechtsonzekerheid weggenomen over de vraag van wat wel of niet moet worden aanbesteed. Duidelijk is dat hiervoor niet zozeer de aard van de dienst bepalend is, maar wel de manier waarop haar uitvoering is geregeld. Nochtans zorgt de nieuwe regelgeving ook voor nieuwe vragen. Om er enkele te noemen: hoe moet de toegelaten directe minderheidsparticipatie zonder zeggenschap worden uitgelegd in geval van een vereniging zonder kapitaal, maar met particuliere leden? Is het controlecriterium, zowel bij enkelvoudig als bij gezamenlijk toezicht, in zijn beknopte weergave voldoende om operationele autonomie uit te sluiten? Kan de zijwaartse of opwaartse 'in-house' ook vanuit de gecontroleerde rechtspersoon naar zijn 'tantes' en 'nichten' of met andere woorden in de context van gezamenlijk toezicht? Of: lidstaten interpreteren het begrip 'algemeen belang' nog steeds uiteenlopend, dus wat als Italiaanse overheden menen dat hun horizontaal samenwerkingsverband steunt op 'overwegingen van algemeen belang', terwijl die samenwerking in België nooit zou kunnen doorgaan als zijnde van 'algemeen belang' en een Belgische firma vervolgens de samenwerking betwist?

Wie er het eerste voorstel van de Commissie op naslaat, zal merken dat dit een getrouwe codificatie van de gevestigde rechtspraak was. Na behandeling door de Raad en het Parlement zijn de mogelijkheden tot inbesteden aanzienlijk verruimd. Zo hoeft de samenwerking niet langer enkel publiek te zijn, komt de eis van marktgerichtheid niet meer letterlijk terug en berusten de criteria van de horizontale samenwerking op open begrippen die door de lidstaten op uiteenlopende wijze worden geïnterpreteerd. Aldus hadden de lidstaten bij het codificatieproces beduidend meer op het oog dan hetgeen waarover op supranationaal niveau rechtszekerheid bestond. De vraag rijst of een moeilijk leerstuk in de poging tot vereenvoudiging niet opnieuw moeilijker is gemaakt en we misschien terug staan waar we zijn begonnen?

Het is voorlopig nog gissen naar de mate waarin de gevestigde rechtspraak zijn actualiteit zal behouden. Meer mogelijkheden tot inbesteden, betekent meer gebruik ervan en waarschijnlijk ook meer misbruik. Aangezien de doelstellingen van het Unierecht en de aanbestedingsrichtlijnen nog steeds dezelfde blijven, namelijk het creëren van een gemeenschappelijke, open en concurrentiële markt, lijkt het allerminst waarschijnlijk dat het Hof (de kern van) zijn rechtspraak zal aanpassen louter vanwege het feit dat er een nieuwe regeling voorhanden is. Dat er nieuwe uitspraken, en vermoedelijk ook nieuwe principearresten met betrekking tot PuPuS zullen volgen, staat als een paal boven water... Hoewel dat haaks zou staan op de eerder geciteerde woorden van de Commissie uit 1998 die stelde "*dat een stabiel wettelijk kader van essentieel belang is voor het soepel functioneren van de markt voor overheidsopdrachten en voor het behoud van het vertrouwen van de marktactoren in de doeltreffendheid van het systeem*".³⁵⁰

³⁵⁰ COM(1998)143 def., Mededeling over de overheidsopdrachten in de Europese Unie, 3.

4 'IN-HOUSE' EN HET AGB

4.1 Inleiding

162. Uit wat voorafging blijkt dat er wel degelijk heel wat aanbestedingsrechtelijke grenzen gelden indien een overheidsinstantie een taak uitbesteedt aan een afzonderlijke, maar sterk gelieerde publieke entiteit. Daarnaast is het duidelijk dat de PuPuS-rechtspraak, die sinds kort is opgenomen in de nieuwe richtlijn, vooral gevolgen heeft op het vlak van lokale verzelfstandiging. Bij de uitbouw van hun gedecentraliseerde structuren moeten overheden in de lidstaten dan ook rekening houden met deze regels en de bijhorende rechtspraak als ze niet voor plotse verrassingen willen komen te staan op aanbestedingsrechtelijk gebied.

In huidig hoofdstuk wordt daarom de theorie van de verticale samenwerking of 'in-house' toegepast op één mogelijke vorm van gemeentelijke verzelfstandiging: het autonoom gemeentebedrijf (AGB).³⁵¹

4.2 Het AGB

4.2.1 Kenmerken

163. Waarom is de relatie tussen een gemeente en haar AGB van belang voor de 'in-house'-uitzondering? Dit blijkt uit enkele fundamentele kenmerken van het AGB met als voornaamste de rechtspersoonlijkheid.

Het AGB behoort tot de categorie van de gemeentelijke extern verzelfstandigde agentschappen (EVA's). Volgens artikel 225, § 1 van het Gemeentedecreet beschikken EVA's over eigen rechtspersoonlijkheid.³⁵² Deze bepaling omschrijft externe verzelfstandiging als de overdracht van welbepaalde beleidsuitvoerende taken van gemeentelijk belang aan *afzonderlijke rechtspersonen*.³⁵³ Vanuit hun beleidsuitvoerende taken kunnen EVA's ook worden betrokken bij de beleidsvoorbereiding en beleidsevaluatie. De beleidsbepaling zelf blijft echter ten alle tijde de bevoegdheid van de gemeenteraad als democratisch verkozen orgaan.³⁵⁴

Het AGB is dus een rechtspersoon, wat betekent dat het beschikt over eigen bestuursorganen, zelfstandig overeenkomsten kan sluiten met derden, over eigen vermogen beschikt, zelf kan deelnemen in andere rechtspersonen en zelf kan optreden in rechte.³⁵⁵ Voorts bepaalt artikel 232 van het Gemeentedecreet dat een AGB wordt opgericht door één gemeente. In relatie tot de gemeente hebben we daarom te doen met twee onderscheiden rechtspersonen die op zelfstandige wijze kunnen beslissen. Zoals bekend is dit al voldoende opdat er sprake is van een overeenkomst in de zin van het aanbestedingsrecht (*supra*, nr. 67).

³⁵¹ De gemeentelijke verzelfstandiging kan verschillende vormen aannemen. Zie daarover J. DUJARDIN en W. SOMERS (eds.), *Gemeentelijke verzelfstandiging en intergemeentelijke samenwerking*, Brugge, Die Keure, XX en 475p.

³⁵² Dit in tegenstelling de tot intern verzelfstandigde agentschappen (IVA's). Zie art. 221 § 1 Gemeentedecreet.

³⁵³ De Vlaamse Regering heeft de mogelijkheid om de taken van gemeentelijk belang waarvoor gemeentelijke EVA's kunnen worden opgericht nader te bepalen. Tot dusver is dat niet gebeurd, zodat er voor de EVA's geen limitatieve takenlijst bestaat en in principe een overdracht van elke beleidsuitvoerende taak van gemeentelijk belang mogelijk is (art. 225 § 1). Op het begrip 'gemeentelijk belang' wordt niet verder ingegaan, zie daarvoor art. 2 Gemeentedecreet.

³⁵⁴ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, nr. 719 e.v., 675.

³⁵⁵ N. DIEPVENS, S. MATHEÏ, en B. EVENS, *Het autonoom gemeentebedrijf: een juridische gids voor de praktijk*, Brugge, Die Keure, 2014, 14-15.

Het AGB is bovendien een EVA in publiekrechtelijke vorm.³⁵⁶ Dit betekent dat zijn juridische basis niet berust op een reeds vooraf bestaande rechtsvorm. Zijn structuur en zijn werking worden beheerst door het Gemeentedecreet zelf (art. 232 e.v.) en dit op een zo omvattend mogelijke wijze, zoals onder andere de oprichting en ontbinding, de statuten, het toezicht, de relatie tot de gemeente, de samenstelling en de werking van de organen, etc.³⁵⁷ Zoals bekend is de rechtsvorm op zich niet beslissend voor 'in-house', maar kan het wel een indicatie zijn voor meer of minder overheidsinvloed (*supra*, nr. 117).

164. Samenvattend kan voor de fundamentele kenmerken van het AGB worden gesteld dat het gaat om: (1) een door één gemeente opgerichte (2) rechtspersoon (3) in publiekrechtelijke vorm en (4) belast met beleidsuitvoerende taken van gemeentelijk belang. Het AGB kan daarom worden beschouwd als een dochteronderneming van de gemeente, die instaat voor de *verwezenlijking* van welbepaalde opgedragen gemeentelijke activiteiten met als doelstelling deze op een meer bedrijfsmatige manier te beheren. Daarbij kan het gaan om allerlei activiteiten zoals vastgoedbeheer en stadsontwikkeling, de uitbating van parkeergelegenheden, de bundeling van poets- en onderhoudspersoneel, sport, recreatie, cultuur, etc.³⁵⁸

Aldus betreft het AGB een afzonderlijke, maar sterk gelieerde publieke entiteit. Indien de betrokken taakstelling kan worden gekwalificeerd als een overheidsopdracht, verschijnen de aanbestedingsregels op het toneel en krijgen de *Teckal*-criteria vervolgens relevantie om uit te maken of er moet worden aanbesteed.

165. Een groot voordeel van het AGB uit zich in de soepelere besluitvorming en professionele werking.³⁵⁹ Het AGB beschikt immers over eigen bestuursorganen. Op die manier verlaat de besluitvorming het circuit van de gemeenteraad en het college van burgemeester en schepenen, waarvoor starre decretaal vastgestelde procedureregels gelden. Deze bedrijfsmatige aanpak laat toe dat meer technische dossiers op een efficiëntere manier kunnen worden behandeld (bv. opzetten van PPS-constructie). Daarenboven wordt de gemeente ontlast van de opgedragen beleidsuitvoering, zodat zij zich op haar kerntaken kan concentreren. Wanneer een AGB bijvoorbeeld een zwembad exploiteert dat gerenoveerd moet worden, is de volledige plaatsing van die overheidsopdracht zijn verantwoordelijkheid en niet die van de gemeente. Een nadeel is dat aan de werking van het AGB veel administratieve rompslomp en kosten verbonden zijn.

166. Dat de oprichting van een AGB door een gemeente niet zonder aanbestedingsrechtelijk risico is, bleek ook uit de ingebrekestellingen die de Commissie in 2002 en 2003 aan de Belgische staat richtte.³⁶⁰ De Commissie beklemtoonde dat de Belgische praktijk, waarbij een overdracht van gemeentelijke (economische) activiteiten (zoals het beheer van een PWA, sportcentrum etc.) plaatsvindt naar een lokaal gemeentebedrijf, maar ook andere mogelijke verzelfstandigingsinitiatieven, zonder bekendmaking of openstelling voor mededinging, in strijd is met de aanbestedingsregels en de Verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging en diensten.³⁶¹ Alvast redenen genoeg dus om de relatie nader te onderzoeken.

³⁵⁶ Dit in tegenstelling tot de privaatrechtelijke EVA's (bv. een gemeentelijke vzw). Zie art. 245 § 1 Gemeentedecreet.

³⁵⁷ N. DIEPVEN, S. MATHEÏ, en B. EVENS, *o.c.*, 15-16.

³⁵⁸ *Ibid.*, 18-20. Onder de Nieuwe Gemeentewet konden AGB's slechts voor activiteiten "van commerciële of industriële aard" worden opgericht (art. 263bis van de wet van 28 maart 1995, BS 8 april 1995). Deze activiteiten werden nadien limitatief vastgelegd in een lijst door het KB nr. 1267 van 10 april 1995, BS 13 mei 1995.

³⁵⁹ Voor een uitgebreid overzicht van de voor- en nadelen, zie *ibid.* 21-25.

³⁶⁰ *Supra*, nr. 18; V. RAMELOT, Nieuwsbrief 2004/3 - april 2004, 13 (te raadplegen op <http://www.avcb-vsgeb.be>).

³⁶¹ Hier wordt verderop nog op teruggekomen (*infra*, nr. 171). Opgemerkt zij wel dat de Commissie zich enerzijds baseerde op de oude regeling van de Nieuwe Gemeentewet (art. 261-263decies) en anderzijds een veel striktere uitleg gaf aan de 'in-house'-rechtspraak dan het Hof, die met enkel het *Teckal*-arrest toen nog in zijn kinderschoenen stond.

4.2.2 Toetsing

4.2.2.1 Aandachtspunten

167. Om het toepassingsgebied van de wetgeving inzake overheidsopdrachten na te gaan in de context van een gemeente die overgaat tot de oprichting van een AGB, zijn de volgende twee vragen cruciaal:

1. Moet de beslissing om een AGB op te richten voorafgaan door een bevraging van de markt?
2. Is de samenwerking tussen de gemeente en haar AGB kwalificeerbaar als overheidsopdracht?

Beide vragen zijn in zekere mate samenhangend, omdat de oprichting van een verzelfstandigde dienst *ipso facto* een welbepaalde taakstelling met zich meebrengt. Ook vereisen beide vragen nazicht op de bewuste rechtshandelingen een overeenkomst in de zin van de overheidsopdrachtenwetgeving betreffen. Een opdeling is echter noodzakelijk, omdat bij elke vraag andere nuances horen. Zo zal blijken dat de *Teckal*-criteria slechts zinvol zijn toe te passen op de samenwerking tussen de gemeente en zijn AGB. Aangezien het juridisch statuut van het AGB voortspuit uit het Gemeentedecreet, zijn de toepasselijke bepalingen daarvan het vertrekpunt. Om het theoretisch gehalte van de toetsing te overstijgen, worden hierbij twee AGB's betrokken. Via de inzage van stukken zoals de statuten en de beheersovereenkomst, kan *in concreto* worden nagegaan of deze AGB's in relatie tot hun gemeenten vallen onder 'in-house' en zodoende kunnen doorgaan als een interne dienst waarop het aanbestedingsrecht niet van toepassing is.

Na een korte kennismaking met deze AGB's, komen de hoger gestelde vragen achtereenvolgens aan bod. Daarenboven mag niet uit het oog worden verloren dat het AGB zelf een aanbestedende dienst is.³⁶² Wanneer een AGB dus een overeenkomst sluit met een derde, die betrekking heeft op de uitvoering van werken, leveringen of diensten moet zij dit vooraf bekendmaken en een beroep doen op de marktspelers.

4.2.2.2 Kennismaking

168. De twee gemeenten en hun respectieve AGB's worden aangeduid met X en Y. Het inwoneraantal van gemeente X situeert zich tussen de 10.000 en de 15.000, gemeente Y telt meer dan 15.000 inwoners. Beide gemeenten beschikken elk over één AGB. Volgens het Gemeentedecreet moet het maatschappelijk doel van het AGB, en meer bepaald de omschrijving van de beleidsuitvoerende taken waarmee het AGB wordt belast, worden vastgelegd in zijn statuten (art. 233, 2°). De concretisering van de wijze waarop deze taken worden vervuld en hun doelstellingen, gebeurt in de beheersovereenkomst (art. 235, §2, 1°).

Het is geenszins de bedoeling om al deze elementen in hun totaliteit weer te geven. Dat zou ons te ver leiden en de leesbaarheid van deze tekst niet ten goede komen. Wel wordt er een selectie gemaakt van de activiteiten waar deze AGB's zich vooral mee bezig houden en de wijze waarop ze worden vervuld. Hetzelfde geldt voor de latere toetsing aan de *Teckal*-criteria, waarvoor het Gemeentedecreet de basis is en de concrete stukken dienen om aan te geven hoe de relevante bepalingen praktisch zijn vormgegeven.

³⁶² Het AGB valt onder het begrip 'publiekrechtelijke instelling' van art. 2, 1°, c) Overheidsopdrachtenwet. Hoewel de wet dit begrip niet verder definieert, wordt in de memorie van toelichting vermeld dat het AGB tot die klasse behoort. Zie Wetsontwerp overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 51K2237/001, 8. De beheersovereenkomsten van de onderzochte AGB's bepalen trouwens dat indien zij overeenkomsten sluiten met derden de overheidsopdrachtenwetgeving moet worden nageleefd.

AGB X stelt zich als maatschappelijk doel een efficiënt beheer, exploitatie en rendabilisering van het patrimonium bestemd voor sportieve en culturele doeleinden. Meer concreet is het verantwoordelijk voor de inrichting, het onderhoud en de renovatie van enkele sporthallen, een polyvalente zaal, een ontmoetingscentrum, een rustoord en serviceflats. Het bepaalt hierbij onder andere de tarieven voor de toegang of gebruik ervan en kan eraan verbonden diensten in concessie geven (bv. uitbating cafetaria).

AGB Y is ook belast met de exploitatie van sport- en cultuurinfrastructuur en kan daarnaast sportieve en culturele activiteiten organiseren. Meer specifiek staat AGB Y in voor de plaatsing, het onderhoud en de verbetering van enkele sporthallen, een zwembad en een cultuurcentrum, alsmede de tarifiering ervan. Het bedrijf is belast met de bouw en (toekomstige) exploitatie van een theaterzaal. Een andere doel is de exploitatie van parkeergelegenheid. Dat bestaat uit het voeren van een bovengronds en ondergronds parkeerbeleid op het grondgebied van de gemeente en dit in overleg met het stadsbestuur. Ten slotte staat AGB Y in voor stadsontwikkeling. Meer bepaald betreft het de verwerving en oprichting van onroerende goederen met als doel ze gebruiksklaar te maken, te renoveren en te verkopen ter verfraaiing van de stad en ter versterking van het economisch en sociaal gebeuren. Hiervoor kan AGB Y onder meer projecten begeleiden of realiseren, vastgoedtransacties aangaan en optreden als bouwheer of beheerder.

Deze AGB's beschikken over een raad van bestuur en een directiecomité. De raad van bestuur heeft de volheid van bevoegdheid om alle noodzakelijke handelingen te verrichten om het doel van het bedrijf te verwezenlijken (art. 236 Gemeentedecreet). Het directiecomité is belast met het dagelijks bestuur en met de voorbereidingen en de uitvoering van de beslissingen van de raad van bestuur van het bedrijf (art. 237 Gemeentedecreet). De raad van bestuur oefent tegelijkertijd controle uit op het directiecomité. De specifieke bevoegdheden waarover deze AGB's, binnen de grenzen van hun doel, beschikken om hun taken te vervullen, betreffen de letterlijke overname van de bepalingen van artikel 241 Gemeentedecreet.

4.2.2.3 Eerste vraag: vereist de oprichting van een AGB marktbevraging?

169. De eerste vraag wil onderzoeken of de oprichting (of wijziging) van een AGB voorafgaandelijk een bevraging van de markt vereist. Alvorens deze vraag verder te behandelen, dient ze enigszins te worden genuanceerd. De oprichting zelf van een AGB, los van de latere taakstelling, is een gemeentelijke bevoegdheid waarbij geen marktversturende elementen aan te pas komen. Het is immers een taak van de gemeente, dus waarom zou ze de markt moeten verkennen?³⁶³ Gelet op de ingebrekestellingen van de Commissie (*supra*, nr. 166), speelt de concurrentiewaarborg toch een rol bij dit soort van lokale verzelfstandigingsinitiatieven. Het is daarom formeel-juridisch nuttig om de rechtshandeling van de oprichting te onderscheiden van de latere samenwerking en deze vervolgens te analyseren naar aanbestedingsrechtelijke maatstaven. Geldt er met andere woorden op grond van de aanbestedingsregels, en meer in het algemeen de fundamentele Verdragsregels inzake de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten, de verplichting dat deze beslissing in mededinging moet worden gesteld?

³⁶³ De oprichting van een AGB als mogelijkheid waarop een overheid haar openbare dienst organiseert kan overigens in verband worden gebracht met het recht op regionaal en lokaal zelfbestuur van artikel 4, lid 2 VEU (*supra*, nr. 33). Bovendien is in dit opzicht een andere vraag, die weliswaar buiten het bestek van het onderzoek valt, zeer relevant en met name of een overheid al dan niet de markt verstoort door diensten aan te merken als taken van algemeen belang. Dit betreft de rol van de 'diensten van algemeen economisch belang' in het mededingingsrecht (art. 106, lid 2 VWEU), wat volgens de huidige Europese visie nog steeds het prismaat van de nationale politiek is (*supra*, nr. 31 en noot 53).

170. In het Gemeentedecreet wordt een dergelijke verplichting niet genoemd en ook de Belgische en Europese aanbestedingsregels leggen in dat geval geen bekendmaking op. De aanbestedingsrichtlijn is immers enkel van toepassing op schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten.³⁶⁴ Net zoals professor WAUTERS ben ik de mening toegedaan dat de beslissing van een gemeente om een AGB op te richten bezwaarlijk als een overeenkomst in de zin van de overheidsopdrachtenregels kan worden beschouwd.³⁶⁵

De reden hiervoor is te vinden in het Gemeentedecreet. Het oprichtingsbesluit en de daarbij horende vaststelling (of latere wijziging) van de statuten van het AGB, gebeurt middels gemeenteraadsbeslissing. Het gaat dus om een eenzijdige rechtshandeling, zodat er geen overeenkomst in de zin van de richtlijn is. De nationale kwalificatie van een rechtshandeling is Europeesrechtelijk echter zonder gevolg en het Hof van Justitie heeft de Verdragsbeginselen van niet-discriminatie, gelijke behandeling en transparantie losgetrokken van het begrip 'overeenkomst', maar ook toepasselijk verklaard indien een aanbestedende dienst een derde belast met de verrichting van economische activiteiten (*supra*, nr. 80-81).

Toch kan deze piste niet worden gevolgd. De oprichting zelf van een AGB vindt zijn grondslag in een wettelijke bevoegdheid van de gemeente en hierbij is geen andere partij betrokken. Bovendien is er geen sprake van een bezwarende titel en wordt het AGB niet opgericht ter uitvoering van een welbepaald werk, levering of dienst voor de gemeente. Als gemeentelijke EVA is een AGB hoofdzakelijk bestemd voor het realiseren van zijn eigen (zelfstandige) doelstellingen van gemeentelijk belang.³⁶⁶ De memorie van toelichting van het Gemeentedecreet bepaalt daarover het volgende: "*als een gemeente een autonoom gemeentebedrijf opricht gaat deze oprichting gepaard met een volledige bevoegdheidsoverdracht voor de bedoelde taak van gemeentelijk belang. Het gaat om een louter organisatorische herstructurering van de gemeente, waarbij geen taken aan derden (private of publieke personen) worden uitbested. Dit heeft als gevolg dat de Europese regelgeving inzake mededinging niet van toepassing is*".³⁶⁷

171. Deze stellingname moet gezien worden in het licht van de ingebrekestellingen van de Commissie. De aanmaningsbrief van 16 oktober 2002 bevatte immers de volgende paragraaf: "*Wanneer het autonome gemeentebedrijf gemachtigd is om in de plaats te treden en de gemeente haar bevoegdheid uitdrukkelijk, uitsluitend en volledig heeft overgedragen aan het door haar opgerichte autonome gemeentebedrijf (zonder dat zij zich het recht heeft voorbehouden om al dan niet van de diensten van het bedrijf gebruik te maken), zijn de regels inzake overheidsopdrachten en die van het [VWEU] op grond van bovengenoemd [artikel 51 VWEU] niet van toepassing*".³⁶⁸ Aldus doet de Commissie beroep op de hoger besproken 'overdracht van bevoegdheid' om de mededingingsregels uit te sluiten (*supra*, nr. 71).

³⁶⁴ Art. 1.2 *juncto* 2.5 van de nieuwe richtlijn; art. 3, 1^o *juncto* 16 van de Overheidsopdrachtenwet.

³⁶⁵ K. WAUTERS, "Overheidsopdrachten", in J. DUJARDIN, en W. SOMERS (eds.), *Gemeentelijke verzelfstandiging en intergemeentelijke samenwerking*, Brugge, Die Keure, 2013, nr. 421, 232.

³⁶⁶ *Ibid.*, nr. 421, 232.

³⁶⁷ Ontwerp van Gemeentedecreet, MvT, *Parl.St.* VI.Parl. 2004-05, 347/1, 105.

³⁶⁸ Aanmaningsbrief van de Commissie van de Europese Gemeenschappen, C(2002)3864, 16 oktober 2002, gericht aan toenmalig minister van Buitenlandse Zaken L. MICHEL. Deze is niet openbaar gemaakt, maar de bewuste passage wordt geciteerd in de bijdrage van G. LAENEN, o.c., *CDPK* 2006, nr. 57, 613.

Aangezien de Commissie geen verder gevolg aan de procedure heeft gegeven, kan worden aangenomen dat zij genoegzaam met de verduidelijking van de decreetgever en de manier waarop het AGB onder de regeling van het Gemeentedecreet is vormgegeven. Deze zienswijze is daarom bij voorbaat niet uit te sluiten en mocht de oprichting van een AGB met alles wat erbij hoort inderdaad te kwalificeren zijn als een overdracht van bevoegdheid (of substitutie), is het een reorganisatie van de lokale administratie die buiten de werking van het EU-recht valt, zodat de hierna besproken tweede vraag niet meer relevant is. Gelet op het feit echter dat er nauwelijks rechtspraak over bestaat, kunnen geen algemene conclusies worden getrokken. Het betreft nog altijd een 'uitvinding' van de Commissie die slechts eenmaal en dan ook nog op een indirecte wijze aan bod is gekomen in de rechtspraak van het Hof van Justitie.³⁶⁹ Publieke samenwerkings- en verzelfstandigingsinitiatieven worden door het Hof behandeld via de werking van de aanbestedingsregels en dus volg ik die zienswijze ook. Dat leidt ons tot de toetsing aan 'in-house'.

4.2.2.4 Tweede vraag: is de onderlinge samenwerking een overheidsopdracht?

172. Uit het voorgaande volgt dat de oprichting zelf van een AGB geen risico op marktverstoring inhoudt. Na zijn oprichting en vaststelling van de statuten, wordt er evenwel een beheersovereenkomst gesloten tussen de gemeente en het AGB teneinde deze laatste operationeel te maken. Zoals het woord al zegt, is er in dit geval wel degelijk sprake van een overeenkomst. Per legislatuur sluit de oprichtende gemeente met het AGB een beheersovereenkomst, waarin de taken en doelstellingen van het AGB concreet worden bepaald en de gemeente daarvoor een aantal middelen (financiën, personeel, logistiek, ...) toekent. Op die manier wordt een werkkader tot stand gebracht dat de wederzijdse verhoudingen vormgeeft.³⁷⁰ Het gemeentedecreet bepaalt verder de aangelegenheden die minimaal door de beheersovereenkomst moeten worden geregeld (art. 235, § 2).

173. Vervolgens rijst de vraag of de aanbestedingsregels al dan niet moeten worden nageleefd wanneer de gemeente als aanbestedende dienst haar AGB belast met werken, leveringen of diensten (of minstens economische activiteiten) via de beheersovereenkomst of andere ad hoc-opdrachten. De kennismaking met de AGB's maakte duidelijk dat hun concrete beleidsuitvoerende taken als zodanig aan te merken zijn. Bovendien is het AGB omwille van zijn rechtspersoonlijkheid een 'derde' ten opzichte van de gemeente.

Bijgevolg kan worden nagegaan of op basis van de nieuwe regeling en de bijhorende rechtspraak van het Hof van Justitie, de samenwerking tussen beide partijen valt onder de uitzonderingsgrond van 'in-house', waardoor er niet moet worden aanbesteed, maar kan worden inbesteed. Het AGB is een volledige (100%) dochteronderneming van de oprichtende gemeente, wat het tot een éénhoofdige rechtspersoon maakt. De relatie wordt daarom getoetst aan de drieslag van de enkelvoudige 'in-house' uit artikel 12.1 van de nieuwe richtlijn: (1) de kapitaalvereiste, (2) het controlecriterium en tot slot (3) het activiteitscriterium.

³⁶⁹ HvJ 20 oktober 2005, C-264/03, *Commissie t. Frankrijk*. De Commissie ziet enkel toe op de juiste naleving van het Europees recht door de lidstaten. Enkel het Hof kan dat recht op bindende wijze interpreteren.

³⁷⁰ N. DIEPVENS, S. MATHEÏ, en B. EVENS, *o.c.*, 50-52.

- Aard van het kapitaal

174. De kapitaalvereiste stelt een verbod op directe participaties van particulieren in het kapitaal van de gecontroleerde rechtspersoon, met uitzondering van de minderheidsparticipaties zonder zeggenschap (art. 12.1, eerste lid, c)).

Uit het éénhoofdig karakter van het AGB volgt dat zij buiten de gemeente zelf geen aandeelhouders of leden heeft. De middelen worden toegekend door de gemeente en het bedrijf beschikt dus niet over het soort maatschappelijk kapitaal, zoals bij een aandelenvennootschap, waarin private of andere partners kunnen deelnemen.³⁷¹ Anderzijds is geweten dat het Hof het begrip 'kapitaal' functioneel heeft geïnterpreteerd waardoor het enkele feit dat de gecontroleerde rechtspersoon niet over maatschappelijk kapitaal beschikt op zich niet volstaat om het bestaan van particuliere belangen uit te sluiten.³⁷² Uit die rechtspraak volgt dat er niet eens een werkelijk concurrentieel voordeel moet worden aangetoond, maar dat de loutere aanwezigheid van particulieren al voldoende is. Aangezien een AGB geen (particuliere) leden kan hebben, zoals bij een vereniging, stelt deze voorwaarde om die reden ook hier geen probleem.

- Controlecriterium

175. Het controlecriterium vereist dat de aanbestedende dienst op de gecontroleerde rechtspersoon een 'toezicht zoals op zijn eigen diensten' uitoefent. Meer bepaald moet het gaan om een doorslaggevende invloed op zowel de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van die rechtspersoon (art. 12.1, eerste lid, a) en tweede lid).

De rechtspraak verduidelijkt dat het vereiste toezicht moet blijken uit alle relevante wetsbepalingen en omstandigheden en dat het 100% publieke karakter van de gecontroleerde rechtspersoon een aanwijzing is, zonder evenwel beslissend te zijn, voor de aanwezigheid ervan. Andere elementen om de afwezigheid van een operationele autonomie in hoofde van de gecontroleerde rechtspersoon te beoordelen zijn de samenstelling en de bevoegdheid van zijn besluitvormingsorganen en zijn eventuele marktgerichtheid.³⁷³

176. Wat betreft de samenstelling van de besluitvormingsorganen bestaat er discussie.³⁷⁴ AGB's hebben namelijk de mogelijkheid om, naast gemeenteraadsleden, ook onafhankelijken in hun bestuursorganen op te nemen, die niet zetelen als vertegenwoordiger van een bepaalde politieke fractie binnen de gemeenteraad, maar worden benoemd omwille van hun expertise.³⁷⁵ De opname van dergelijke externe expertise biedt een meer professionele werkwijze. Dit kan zowel voor de raad van bestuur als voor het directiecomité. Bovendien beschikt de raad van bestuur over de ruimste bevoegdheden, zodat zij in principe alle handelingen kan stellen die niet uitdrukkelijk zijn voorbehouden aan de gemeenteraad (zoals de oprichting, de voordracht en benoeming leden raad van bestuur, de statutenwijziging en ontbinding).

³⁷¹ In die optiek kan de gemeenteraad als een soort van algemene vergadering worden beschouwd. Dit is een louter conceptuele vergelijking waarmee niet wordt bedoeld dat effectieve bepalingen van het Wetboek van vennootschappen toepasselijk zouden zijn, wat voor een AGB uiteraard niet het geval is.

³⁷² HvJ 11 januari 2005, C-26/03, *Stadt Halle*; HvJ 19 juni 2014, C-574/12, *Such*.

³⁷³ HvJ 13 oktober 2005, C-458/03, *Parking Brixen*; HvJ 11 mei 2006, C-340/04, *Carbotermo*; HvJ 17 juli 2008, C-371/05, *Commissie t. Italië*; HvJ 13 november 2008, C-324/07, *Coditel*; HvJ 10 september 2009, C-573, *Sea*.

³⁷⁴ P. NIHOUL, "Décentralisation fonctionnelle et droit européen de la concurrence, des aides d'Etat et des marchés publics", o.c., 200. Daarin gaat het wel over de Waalse AGB's ('regie autonome') maar de stellingname is eensluidend.

³⁷⁵ N. DIEPVENS, S. MATHEÏ, en B. EVENS, o.c., 39-40. Een fractie bestaat uit 'het gemeenteraadslid of de gemeenteraadsliden die op eenzelfde lijst verkozen zijn', inclusief éénpersoonsfracties dus.

Wat hiervan te denken? Stel bijvoorbeeld dat een immobiliënkantoor zich laat vertegenwoordigen via een aangestelde in de raad van bestuur. Dat wijst toch op particuliere belangen die het vereiste toezicht door de gemeente in het gedrang kunnen brengen? In dit verband is een van de onverenigbaarheden in artikel 229 van het Gemeentedecreet van belang, waarin wordt gesteld dat *"de personen die op commerciële wijze of met een winstoogmerk activiteiten uitoefenen in dezelfde beleidsdomeinen als het agentschap en waarin het agentschap niet deelneemt, alsook de werknemers en de leden van een bestuurs- of controleorgaan van die personen"* geen bestuurslid kunnen zijn van een gemeentelijk EVA. Met deze bepaling heeft de decreetgever alle vormen van belangenvermenging willen vermijden. Deze beperking geldt evenwel niet voor de leden van het directiecomité, tenzij ze deel uitmaken van de raad van bestuur.

Het is daarom een twijfelgeval en het veiligst is om voormelde onverenigbaarheid ook statutair voor het directiecomité te bepalen. Dit is niet het geval voor AGB X en Y. Beide AGB's hebben wel alle leden van de gemeenteraad benoemd als lid van de raad van bestuur (art. 236, § 2bis Gemeentedecreet), dus daarin zetelen geen externen. Het directiecomité van AGB X bestaat enkel uit bestuursleden. AGB Y heeft wel externe leden in zijn directiecomité. Mijn inziens is dit niet problematisch omdat een deelname aan het bestuur niet gelijk is aan een deelname in het kapitaal. Nagegaan moet worden of de bestuursorganen geen zelfstandig beleid kunnen voeren en daarvoor zijn nog andere kenmerken relevant.

177. Dat de gemeenteraad als controlerende aanbestedende dienst, ondanks de volheid van bevoegdheid van de bestuursorganen, voldoende beslissende invloed behoudt over het AGB, blijkt onder meer uit³⁷⁶:

- de gemeenteraad is uitsluitend bevoegd voor een latere wijziging aan de statuten³⁷⁷
- de gemeenteraad benoemt en ontslaat alle leden van de raad van bestuur³⁷⁸
- de vertegenwoordiging van elke fractie uit de gemeenteraad in de raad van bestuur³⁷⁹
- de voorzitter van de raad van bestuur maakt deel van het college van burgemeester en schepenen³⁸⁰
- de informatieverstrekking (jaarlijks ondernemingsplan en operationeel plan op middellange en lange termijn) en de rapporteringsverplichting (activiteiten en resultaten van het bedrijf) aan de gemeente³⁸¹
- de goedkeuring van de jaarrekening en het budget van het AGB door de gemeente³⁸²
- de controle op de financiën van het AGB door commissarissen aangesteld door de gemeente³⁸³
- de gemeenteraad kan altijd overgaan tot de ontbinding en de vereffening van het AGB.³⁸⁴

Deze decretale verplichtingen tonen aan dat het toezicht van de gemeenteraad veel verder gaat dan enkel en alleen een vertegenwoordiging in de besluitvormingsorganen door de benoeming van de leden. De Gemeente beschikt over specifieke toezichtmechanismen die ervoor zorgen dat, samen met haar andere bevoegdheden, de essentiële beslissingsbevoegdheid en zeggenschap in grote mate bij haar blijft.

³⁷⁶ K. WAUTERS, "Overheidsopdrachten", o.c., nr. 423, 234.

³⁷⁷ Art. 234 Gemeentedecreet.

³⁷⁸ Art. 236, § 2, tweede lid Gemeentedecreet.

³⁷⁹ Art. 236, § 2, derde lid Gemeentedecreet.

³⁸⁰ Art. 236, § 2, laatste lid Gemeentedecreet.

³⁸¹ Art. 235, § 2, 8°-10° Gemeentedecreet.

³⁸² Art. 243, vijfde lid Gemeentedecreet.

³⁸³ Art. 243bis, § 1 Gemeentedecreet.

³⁸⁴ Art. 244, § 1 Gemeentedecreet.

178. Vervolgens rest nog de vraag naar de eventuele marktgerichtheid. Een AGB is een publiekrechtelijke rechtspersoon die enkel activiteiten verricht die haar door de gemeente zijn opgedragen. De decreetgever bepaalt duidelijk dat het daarbij slechts kan gaan om beleidsuitvoerende taken van gemeentelijk belang.

Op grond van zijn statuten kan een AGB dus geen belang nastreven dat in strijd is met dat van de controlerende gemeente. Bovendien is het territoriale werkterrein van het AGB in beginsel beperkt tot het grondgebied van de gemeente. In de statuten van AGB X wordt die begrenzing niet vermeld, maar uit zijn daadwerkelijk activiteiten blijkt dat het wel zo is. Onder het maatschappelijk doel van AGB Y staat uitdrukkelijk dat het alle activiteiten kan verrichten die het nuttig acht tot het realiseren van het gestelde doel en dit op het volledige grondgebied van de gemeente. Nergens is aanwijzing te vinden dat deze AGB's niet-bijkomstige betrekkingen met de particuliere sector aangaan die niet passen in hun hoofddoel.

Een voorbeeld van dit laatste is de verhuur van de gemeentelijke sporthal. Beide AGB's zijn hiervoor bevoegd, maar AGB X kan dat enkel mits goedkeuring van de gemeenteraad. Als de sporthal wordt verhuurd ter gelegenheid van een fuif georganiseerd door de plaatselijke jeugdvereniging, valt dit zonder meer te kaderen binnen het hoofddoel van het gemeentelijk belang. Wanneer een private onderneming de sporthal wenst te huren om er bijvoorbeeld een beurs te organiseren, is dat evenmin problematisch zolang deze activiteiten maar bijkomstig blijven ten aanzien van het hoofddoel, namelijk het beheer en exploitatie van de sporthal voor sportieve doeleinden als zijnde onderdeel van het gemeentelijk belang.³⁸⁵

- Activiteitscriterium

179. Het activiteitscriterium ten slotte veronderstelt dat meer dan 80% van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon wordt uitgeoefend in de vorm van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende dienst of door andere, door diezelfde aanbestedende dienst gecontroleerde rechtspersonen. Het percentage van de activiteiten wordt bepaald op basis van de gemiddelde totale omzet of een alternatieve op activiteit gebaseerde maatstaf (art. 12.1, eerste lid, b) en art. 12.5).

In tegenstelling tot het controlecriterium, waarbij het voldoende is dat de mogelijkheid om het vereiste toezicht uit te oefenen uit de relevante wetsbepalingen en omstandigheden blijkt, moet het merendeel van de activiteiten (80%) concreet worden aangetoond. Daarmee wordt bedoeld dat bij de toetsing niet enkel de activiteiten zoals opgesomd in de statuten de grondslag uitmaken, maar wel hetgeen werkelijk wordt gepresteerd. De beslissende omzet van die activiteiten is hetgeen het AGB realiseert in uitvoering van opdrachten die uitgaan van de gemeente. Volgens de rechtspraak is het hierbij niet relevant wie de uiteindelijke begunstigde van de activiteiten is of wie ze bekostigt (de gemeente zelf of derden).³⁸⁶ Daarnaast kunnen tevens de door het AGB verrichte activiteiten voor de gecontroleerde zusterentiteiten mee in rekening worden genomen (bv. een door diezelfde gemeente gecontroleerde vzw of ander AGB). Zolang niet meer dan 20% van de totale activiteiten voor derden wordt verricht, is dit criterium vervuld.

³⁸⁵ In welke mate bepaalde activiteiten van bijkomstige aard zullen zijn, is finaal het oordeel van de gemeenteraad als politiek orgaan. Zie ook de stellingname bij het activiteitscriterium (*infra*, nr. 180).

³⁸⁶ HvJ 11 mei 2006, C-340/04, *Carbotermo*.

180. Het activiteiten criterium zal voor het AGB in de regel niet discutabel zijn.³⁸⁷ De gemeenteraad legt in de statuten het maatschappelijk doel vast, namelijk instaan voor welbepaalde beleidsuitvoerende taken van gemeentelijk belang, waarvan de nadere uitvoering in de beheersovereenkomst wordt omschreven. Uit deze stukken blijkt dat beide AGB's de mogelijkheid hebben om prestaties ten aanzien van derden te verrichten, maar dat het niet de algemene regel is (bv. na machtiging). Hoe dan ook passen zulke prestaties in de uitoefening van haar algemene taakstelling, zodat een opdracht *ten aanzien van derden* steeds te kaderen valt binnen een taak voor de gemeente en het activiteiten criterium onverlet laat.³⁸⁸

Hoger vermeld voorbeeld van de verhuur van de sporthal kan, tenzij de gemeente zelf organisator van het evenement is, gezien worden als een prestatie ten aanzien van derden. AGB Y zou op zijn beurt de overcapaciteit van zijn ondergrondse parking kunnen verhuren aan de werknemers van een private onderneming. Of dergelijke prestaties passen binnen het AGB zijn algemene taak van het exploiteren van een sporthal respectievelijk een parkeergelegenheid, is een politieke beslissing van de gemeenteraad.³⁸⁹

4.2.3 Opwaartse en zijwaartse 'in-house'

181. Artikel 30, §2 van de nieuwe Belgische wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten³⁹⁰, neemt de rechtsfiguren van de opwaartse en zijwaartse 'in-house', zoals bepaald in artikel 12.2 van de nieuwe richtlijn, integraal over (*supra*, nr. 136). Deze mogelijkheden zullen ongetwijfeld perspectieven bieden in de relatie tussen de gemeente en haar AGB of tussen meerdere AGB's van één gemeente onderling.

De opwaartse 'in-house' maakt het voortaan mogelijk dat het AGB, als gecontroleerde aanbestedende dienst, rechtstreeks opdrachten mag toewijzen aan zijn controlerende gemeente. De omgekeerde richting zal de vervlechting tussen beiden doen groeien en de onderlinge samenwerking bevorderen. Zo zou een AGB de gemeentelijke groendienst kunnen inschakelen voor het onderhoud van zijn domeinen, zonder dat deze opdracht aan enige vorm van mededinging moet worden onderworpen. De groendienst kan eventueel georganiseerd zijn als een intern verzelfstandigd agentschap, zolang zij maar sorteert onder de rechtspersoon van de gemeente. Bij een zijwaartse 'in-house' kan er met opdrachten geschoven worden tussen meerdere AGB's die door één en dezelfde gemeente worden gecontroleerd (de zusterentiteiten). Dat is interessant wanneer bijvoorbeeld een grote gemeente een AGB heeft voor stedelijk onderwijs en een ander AGB dat instaat voor stadsontwikkeling. Indien deze AGB's ten dienste van elkaar opdrachten willen verrichten, kunnen ook deze opdrachten plaatsvinden zonder dat de wetgeving inzake overheidsopdrachten moet worden nageleefd, op voorwaarde natuurlijk dat aan de 'in-house'-criteria is voldaan.

³⁸⁷ S. BOLLEN, M. LAMBERT en M.L. VAN RILLAER, *Vade-mecum des marchés publics des pouvoirs locaux (édition 2015)*, Brussel, Politeia, 2015, 331.

³⁸⁸ In zijn contractuele relaties met derden zal het AGB als aanbestedende dienst immers wel de overheidsopdrachten-reglementering moeten naleven (*supra*, nr. 168 noot 362); K. WAUTERS, "Overheidsopdrachten", *o.c.*, nr. 424, 237.

³⁸⁹ Om die reden kan men er van uitgaan dat wanneer het 'hoe' van de opdracht voldoet aan de 'in-house'-criteria, het Hof van Justitie zich niet zal mengen in het 'wat' van de opdracht. Zou er worden verhuurd onder de marktprijs, dan liggen de kaarten natuurlijk anders omdat het in dat geval een probleem van verboden staatssteun zou worden.

³⁹⁰ Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, *BS* 7 juli 2016. Op de daadwerkelijke inwerkingtreding van deze wet is het nog wachten tot de datum van inwerkingtreding bij een koninklijk besluit wordt vastgelegd.

4.3 Besluit

182. Het huidig hoofdstuk had als doel na te gaan hoe het aanbestedingsrecht zich verhoudt tot de relatie tussen een gemeente en haar AGB. Het AGB heeft als extern verzelfstandigd agentschap immers rechtspersoonlijkheid en is daarmee een derde, zodat het aanbestedingsrecht mogelijk toepassing krijgt. Als emanatie van de oprichtende gemeente is het AGB evenwel kanshebber om in aanmerking te komen voor de 'in-house'-uitzondering zodat de gemeente aldus mag inbesteden in plaats van aanbesteden.

De eerste vraag die aan de orde was, had betrekking op de oprichting zelf van het AGB en met name op de kwestie of deze beslissing moet voorafgaan door een bevraging van de markt. Daarbij werd betoogd dat de oprichting van een AGB zijn grondslag vindt in de wettelijke bevoegdheid van de gemeente. In die optiek is het een eenzijdige rechtshandeling die, bij gebrek aan een derde, niet kwalificeerbaar is als overheidsopdracht of economische activiteit en om die reden geen toepassing van de mededinging vergt.

Vervolgens werd de samenwerkingsrelatie van de gemeente met haar AGB getoetst aan de *Teckal*-criteria zoals vormgegeven in artikel 12.1 van de nieuwe richtlijn. Het AGB is een éénhoofdige rechtspersoon die op sterke wijze gelieerd is aan de gemeente, waardoor er sprake kan zijn van enkelvoudige 'in-house'. Het uitgangspunt hierbij was de toepasselijke regelgeving van het Gemeentedecreet en de wijze waarop die tot uiting komt in de statuten en de beheersovereenkomst van twee AGB's. Een potentiële moeilijkheid betreft de aanwezigheid van externen in de bestuursorganen. Het Gemeentedecreet lost dat immers enkel op via de onverenigbaarheden voor de leden van de raad van bestuur, maar niet voor de leden van het directiecomité. Toch dient dit te worden genuanceerd omdat vele andere decretale vereisten aan de relatie het 'toezicht zoals op zijn eigen diensten' van de gemeente als controlerende aanbestedende dienst meer dan aannemelijk maken. Het is finaal de taak van de rechter om deze interpretatiekwestie uit te klaren en tot nu toe is het AGB in het kader van de 'in-house'-uitzondering nog nooit aan bod gekomen in de jurisprudentie van zowel de Raad van State als het Hof van Justitie.

Het activiteitscriterium kan voor het AGB normaal gesproken geen aanleiding tot problemen geven, aangezien een AGB wordt opgericht om de door de gemeente opgedragen beleidsuitvoerende taken te vervullen en daardoor steeds het merendeel van zijn activiteiten ten dienste van de gemeente verricht. Dat neemt niet weg dat er altijd *in concreto* moet worden nagegaan of het in werkelijkheid ook wel zo is.

Mijns inziens zal de samenwerkingsrelatie tussen het AGB en haar controlerende gemeente, tenzij in zeer uitzonderlijke omstandigheden, onder de 'in-house'-uitzondering vallen en hoeft er dan ook geen toepassing te worden gemaakt van de overheidsopdrachtenregelgeving. Toch is het aanbevelingswaardig om de statuten en de beheersovereenkomst aan te passen in functie van de *Teckal*-criteria. Deze komen immers letterlijk terug in artikel 30 van de Belgische wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten. Een (nieuwe) ministeriële omzendbrief kan uitkomst bieden zodanig dat de Vlaamse lokale besturen op de hoogte worden gesteld en moeilijkheden preventief worden aangepakt.³⁹¹

³⁹¹ De vorige Vlaamse omzendbrief dateert van 2007 en is dus compleet achterhaald (*BS* 4 oktober 2007, 52175).

5 SLOTBESCHOUWING

183. De bevindingen van het onderzoek tonen dat de PuPuS-saga vanuit aanbestedingsrechtelijke optiek, sinds zijn ontstaan bij het *Teckal*-arrest, in een permanente staat van ontwikkeling is blijven verkeren. Dit arrest was het eerste van een lange rij, waarbij het Hof van Justitie in de beginfase veel beperkingen stelde aan de vrijheid van opdrachtverlening binnen de publieke sector, maar nadien inschikkelijker werd.

De onderzoeksvraag - "welke zijn de aanbestedingsrechtelijke grenzen aan PuPuS?" - moest deze evolutie in kaart brengen. Het vertrekpunt was de tweestrijd tussen verschillende belangen. Aan de ene kant staat de vrijheid van de (lokale) besturen in de lidstaten, die een discretionaire bevoegdheid willen behouden over hoe zij hun openbare dienst organiseren. Aan de andere kant staan de economische doeleinden van het supranationale niveau, die een open en concurrentiële markt binnen de EU nastreven.

De algemene regel is duidelijk: het feit dat beide partijen bij een overeenkomst zelf overheidsinstanties zijn, is op zich niet voldoende om de toepassing van de overheidsopdrachtenwetgeving, en bij uitbreiding de mededingingsregels, uit te sluiten. Zijn de grenzen aan PuPuS daarom onoverbrugbaar? Absoluut niet.

De toepassing van de aanbestedingsregels mag niet ten koste gaan van de vrijheid van overheden wanneer zij hun openbare diensten willen vervullen met eigen middelen, waaronder ook de mogelijkheid om samen te werken met andere overheden. De vrijgestelde samenwerking blijft wel de uitzondering: slechts in weloverwogen en grondig te verantwoorden omstandigheden kan PuPuS legitiem plaatsvinden. Hierbij is het cruciaal dat de markt niet wordt verstoord. Het Hof heeft twee mogelijke manieren erkend.

Eenzijds is er de verticale samenwerking of 'in-house', waarbij een of meerdere aanbestedende diensten een rechtspersoon controleren en deze laatste tegelijkertijd het merendeel van zijn activiteiten voor de controlerende instantie(s) verricht. Dit zijn de *Teckal*-criteria die zowel de organisatorische als de economische afhankelijkheid van de 'in-house'-entiteit willen bewerkstelligen. Het controlecriterium vereist een 'toezicht zoals op zijn eigen diensten' met als belangrijkste kenmerken: de aard van het kapitaal (100% publiek, tenzij de wettelijk toegelaten private minderheidsparticipatie), de samenstelling en bevoegdheid van de besluitvormingsorganen (effectieve vertegenwoordiging en deelname) en de mate van marktgerichtheid (geen potentiële zelfstandigheid). Het activiteiten criterium vereist dat de 'in-house'-entiteit minimum voor 80% werkzaam is voor de controlerende instantie(s). In dat geval mag ze voor het overige gedeelte actief zijn op de markt door opdrachten ten dienste van derden te verrichten.

Anderzijds is er de, meer recente, horizontale samenwerking, waarbij aanbestedende diensten zich louter contractueel (zonder afzonderlijke rechtspersoon) tegenover elkaar engageren met als enig doel gezamenlijk de op hen rustende taken van algemeen belang te vervullen. Deze uitzondering kan enkel plaatsvinden indien ze dient ter verwezenlijking van aan hun gemeenschappelijke doelstellingen (openbare diensten) en uitsluitend berust op overwegingen van openbaar belang (geen commerciële overwegingen). Daarnaast geldt ook voor deze samenwerkingsvorm een activiteiten criterium van 80%. Beide samenwerkingsvormen worden als uitzondering op de algemene regels restrictief geïnterpreteerd.

Uit deze rechtsfiguren blijkt dat overheden de mogelijkheid hebben om PuPuS-constructies op te zetten, die buiten schot van de mededingingsregels blijven zolang er geen particulieren in deelnemen en geen van de samenwerkende entiteiten marktgericht is. Onder die condities speelt het gebeuren zich af buiten de markt en wordt de concurrentie niet beïnvloed. Dit werd concreet toegepast voor 'in-house' op de relatie tussen een gemeente en haar AGB. De resultaten waren, mits enkele nuances, algemeen positief.

Het kan worden toejuicht dat de nieuwe richtlijn deze uitzonderingen heeft gecodificeerd en in grote mate de rechtspraak bevestigt. De aanzienlijke verruiming blijft daarentegen op sommige vlakken twijfelachtig. Zo komt de eis van marktgericht bij 'in-house' niet meer letterlijk terug. Ook hoeft de samenwerking niet langer enkel publiek te zijn: ten eerste is er de wettelijk toegelaten private minderheidsparticipatie in de gecontroleerde rechtspersoon en ten tweede is er geen beperking op de deelname van particulieren in het kapitaal van de controlerende aanbestedende dienst. Dat laatste element belet zulke gemengde aanbestedende diensten overigens dus ook niet om horizontaal samen te werken. Bovendien berusten de criteria van horizontale samenwerking op open begrippen (openbare dienst, openbaar belang), die door de lidstaten op uiteenlopende wijze worden geïnterpreteerd. Ten slotte kan men een activiteitscriterium van 80% (in tegenstelling tot de oorspronkelijke 90%) niet zomaar beschouwen als voldoende waarborg opdat de samenwerking slechts een marginale impact op de markt teweeg brengt.

De voormelde botsing tussen het supranationale niveau en de lidstaten lijkt zich enigszins te herhalen, omdat deze laatsten bij de codificatie beduidend meer op het oog hadden dan datgene waarover de gevestigde rechtspraak zekerheid bood. Nieuwe interpretatiekwesties, waarbij de concurrentiewaarborg moet worden afgewogen tegen de organisatievrijheid van overheden bij hun publieke dienstverlening, dreigen te volgen en via de (onvoorspelbare) functionele uitlegging van het Hof te worden uitgeklaard. De grenzen waren nochtans duidelijk en wie zijn grenzen kent, kan vrij zijn. Het heeft er daarom veel van weg dat de lidstaten zichzelf in de voet hebben geschoten, want de vrijheid waarnaar ze snakten op vlak van PuPuS dreigt opnieuw te verdwijnen vanwege het wederom vervagen van de grenzen...

BIBLIOGRAFIE

Wetgeving:

Verdrag van 26 oktober 2010 betreffende de Europese Unie, *Pb.C.* 326/13.

Verdrag van 30 maart 2010 betreffende de werking van de Europese Unie, *Pb.C.* 83/47.

Europees Handvest van 15 oktober 1985 inzake Lokale Autonomie.

Protocol nr. (2) betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid, *Pb.C.* 83, 30 maart 2010.

Protocol nr. (26) betreffende de diensten van algemeen belang, *Pb.C.* 115, 9 mei 2008.

Protocol nr. (27) betreffende de interne markt en de mededinging, *Pb.C.* 115, 9 mei 2008.

COM(85)310 def., Witboek betreffende de voltooiing van de interne markt.

Diensten van algemeen belang in Europa, *Pb.C.* 1996, 281/4.

COM(96)583 def., Groenboek betreffende de overheidsopdrachten in de Europese Unie: beschouwingen over een toekomstig beleid".

COM(1998)143 def., Mededeling over de overheidsopdrachten in de Europese Unie.

Mededeling betreffende diensten van algemeen belang in Europa, *Pb.C.* 2000, 17/4.

Interpretatieve mededeling over concessieovereenkomsten in het communautaire recht, *Pb.C.* 2000, 121/2.

COM(2001)598 def., Verslag aan de Europese Raad van Laken - Diensten van algemeen belang.

COM(2003)270 def., Groenboek over diensten van algemeen belang.

COM(2004)374 def., Witboek over diensten van algemeen belang.

Interpretatieve mededeling over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, *Pb.C.* 2006, 179/1.

C(2007)6661, Interpretatieve mededeling van de Commissie over de toepassing van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten op geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerking.

COM(2007)725 def., Mededeling betreffende de diensten van algemeen belang, inclusief de begeleidende stukken SEC(2007)1514, 1515 en 1516.

COM(2010)2020 def., Europa 2020: Een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei.

COM(2011)15 def., Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten.

COM(2011) 896 def., Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de gunning van overheidsopdrachten.

SEC(2011)1169 def., Werkdocument betreffende de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht op de betrekkingen tussen aanbestedende diensten ("publiek-publieke samenwerking").

SWD(2014) 262 def., Staff Working Document Annual Public Procurement Implementation Review 2013.

Richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, *Pb.L.* 1971, 185/5.

Richtlijn 77/62 van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, *Pb.L.* 1977, 13/1.

Richtlijn 92/50/EEG van 18 juni 1992 van de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, *Pb.L.* 1992, 209/1.

Richtlijn 93/36/EEG van 14 juni 1993 van de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, *Pb.L.* 1993, 199/1.

Richtlijn 93/37/EEG van 14 juni 1993 van de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, *Pb.L.* 1993, 199/54.

Richtlijn 93/38/EEG van 14 juni 1993 van de Raad houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, *Pb.L.* 1993, 199/84.

Richtlijn 2004/17/EG van 31 maart 2004 van het Europees Parlement en de Raad houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, *Pb.L.* 2004, 134/1.

Richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, *Pb.L.* 2004, 134/114.

Richtlijn 2014/23/EU van 26 februari 2014 van het Europees Parlement en de Raad betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, *Pb.L.* 94/1.

Richtlijn 2014/24/EU van 26 februari 2014 van het Europees Parlement en de Raad betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten, *Pb.L.* 94/65.

Richtlijn 2014/25/EU van 26 februari 2014 van het Europees Parlement en de Raad betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, *Pb.L.* 94/243.

Wet van 18 mei 1846 op de Rijkscomptabiliteit, *BS* 19 mei 1846.

Wet van 24 december 1993 betreffende overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, *BS* 22 januari 1994.

Decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking, *BS* 31 oktober 2001.

Gemeentedecreet, *BS* 31 augustus 2005.

Wet van 15 juni 2006 overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, *BS* 15 februari 2007.

Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, *BS* 7 juli 2016.

Ontwerp van Gemeentedecreet, *Parl.St.* VI.Parl. 2004-05, 347/1.

Wetsontwerp overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 51K2237/001.

Wetsontwerp inzake overheidsopdrachten, *Parl.St.* Kamer 2015-16, nr. 54K1541/001.

Omzendbrief van 11 juli 2006 van het ministerie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, *BS* 13 oktober 2006.

Omzendbrief van 13 juli 2006 van het ministerie van het Waals Gewest, *BS* 27 juli 2006.

Rondzendbrief LNE/2007/1 van de Vlaamse overheid van 14 september 2007, *BS* 4 oktober 2007.

Aanvullende omzendbrief van 15 juli 2008 van het ministerie van het Waals Gewest, *BS* 2 oktober 2008.

Rechtspraak:

Europese rechtspraak:

HvJ 4 december 1974, 41/74, *Van Duyn*
HvJ 19 oktober 1977, C-117/76 en C-16/77, *Ruchdeschel*
HvJ 5 februari 1982, C-15/81, *Schul*
HvJ 8 oktober 1980, C-810/79, *Überschär*
HvJ 26 februari 1986, 152/84, *Marshall*
HvJ 20 september 1988, 31/87, *Gebr. Beentjes BV*
HvJ 22 juni 1989, 103/88, *Fratelli Constanzo*
HvJ 18 juni 1991, C-260/89, *ERT*
HvJ 11 maart 1992, C-79/90, *Compagnie commerciale de l'Ouest*
HvJ 22 juni 1993, C-243/89, *Storebaelt*
HvJ 25 april 1996, C-87/94, *Commissie t. België*
HvJ 18 november 1999, C-275/98, *Unitron Scandinavia*
HvJ 18 november 1999, C-107/98, *Teckal*
HvJ 3 oktober 2000, C-380/98, *University of Cambridge*
HvJ 7 december 2000, C-94/99, *ARGE*
HvJ 7 december 2000, C-324/98, *Telaustria*
HvJ 12 juli 2001, C-399/98, *Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi*
HvJ 18 oktober 2001, C-19/00, *Siac Construction*
HvJ 27 november 2001, C-285/99 en C-286/99, *Lombardini en Mantovani*
HvJ 3 december 2001, C-59/00, *Vestergaard*
HvJ 12 december 2002, C-470/99, *Universale-Bau e.a.*
HvJ 27 februari 2003, C-373/00, *Adolf Truley*
HvJ 8 mei 2003, C-349/97, *Commissie t. Spanje*
HvJ 11 januari 2005, C-26/3, *Stadt Halle*
HvJ 13 januari 2005, C-84/04, *Commissie t. Spanje*
HvJ 21 juli 2005, C-231/03, *Coname*
HvJ 13 oktober 2005, C-458/03, *Parking Brixen*
HvJ 20 oktober 2005, C-264/03, *Commissie t. Frankrijk*
HvJ 10 november 2005, C-29/04, *Commissie t. Oostenrijk*
HvJ 6 april 2006, C-410/04, *ANAV*
HvJ 11 mei 2006, C-340/04, *Carbotermo*
HvJ 18 januari 2007, C-220/05, *Jean Auroux*
HvJ 19 april 2007, C-295/05, *Asemfo*
HvJ 13 november 2007, C-507/03, *Commissie t. Ierland*
HvJ 18 december 2007, C-220/06, *Asociación Profesional*
HvJ 21 februari 2008, C-412/04, *Commissie t. Italië*
HvJ 10 april 2008, C-323/07, *Termoraggi*
HvJ 17 juli 2008, C-371/05, *Commissie t. Italië*
HvJ 13 november 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*
Ger.EU 28 januari 2009, T-125/06, *Centro Studi Antonio Manieri Srl t. Raad van de Europese Unie*
HvJ 9 juni 2009, C-480/06, *Commissie t. Duitsland*
HvJ 10 september 2009, C-573/07, *Sea*
HvJ 15 oktober 2009, C196/08, *Acoset*
HvJ 23 december 2009, C-305/08, *CoNISMA*
HvJ 13 april 2010, C-91/08, *Wall A.G.*
HvJ 3 juni 2010, C-203/08, *Sporting Exchange*
HvJ 22 december 2010, C-215/09, *Mehiläinen Oy*
HvJ 29 november 2012, C-182/11 en C-183/11, *Econord*
HvJ 19 december 2012, C-159/11, *ASL Lecce*
HvJ 8 mei 2013, C-197/11 en C-203/11, *Libert e.a.*
HvJ 16 mei 2013, C-564/11, *Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia*
HvJ 13 juni 2013, C-386/11, *Piepenbrock*
HvJ 20 juni 2013, C-532/12, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*
HvJ 8 mei 2014, C-15/13, *Datenlotsen*
HvJ 19 juni 2014, C-574/12, *Such*
HvJ 18 december 2014, C-568/13, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze*

Concl. Adv. Gen. LA PERGOLA van 19 februari 1998, C-360/96, *BFI Holding*
Concl. Adv. Gen. ALBER van 18 maart 1999, C-108/98, *RI.SAN Srl*
Concl. Adv. Gen. COSMAS van 1 juli 1999, C-107/98, *Teckal*
Concl. Adv. Gen. LEGER van 15 juni 2000, C-94/99, *ARGE*
Concl. Adv. Gen. STIX-HACKL van 23 september 2004, C-26/03, *Stadt Halle*
Concl. Adv. Gen. KOKOTT van 13 oktober 2005, C-458/03, *Parking Brixen*
Concl. Adv. Gen. STIX-HACKL van 11 mei 2006, C-340/04, *Carbotermo*
Concl. Adv. Gen. GEELHOED van 28 september 2006, C-295/05, *Asemfo*
Concl. Adv. Gen. TRSTENJAK van 4 juni 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*
Concl. Adv. Gen. MENGOZZI van 23 januari 2014, C-15/13, *Datenlosen*
Concl. Adv. Gen. MENGOZZI van 27 februari 2014, C-574-12, *Such*

Belgische rechtspraak:

RvS 2 december 1981, nr. 21.624, Nationale Bond der wegenbouwers, *APT* 1982, 76-90
RvS 11 januari 2000, nr. 84.604, Algemeen Belgisch Ontrattingsbedrijf
RvS 27 februari 2002, nr. 104.014, I.G.R.E.T.E.C.
RvS 30 mei 2005, nr. 145.163, S.A. C.N.I.M.
RvS 3 juli 2007, nr. 173.079, Coditel Brabant
RvS 19 juni 2009, nr. 194.417, S.A. Horizon Pleiade
RvS 4 augustus 2009, nr. 195.485, Coditel Brabant
Brussel 7 september 2010, Belgacom/B.I.P.T., A.R. nr. 2009/AR/1871
RvS 7 april 2011, nr. 212.509, Cipal
RvS 24 november 2011, nr. 216.646, NV Wegrestaurant Nazareth
RvS 13 november 2012, nr. 221.389, NV Optima Group en NV Optimal Global Invest
RvS 27 november 2012, nr. 221.540, Cleanleasefortex
RvS 29 oktober 2013, nr. 225.272, vzw Bilzerse Ambulancedienst

Rechtsliteratuur:

Boeken:

ACKERMANS-WIJN, J., "De overheidsonderneming en Europese aanbesteding", in KORTMAN, S. (ed.) e.a., *Overheid en onderneming. Tussen publiek en privaat ondernemen*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1998, 269-290.

ALEN, A., en DEVROE, W., *Verzelfstandiging van bestuurszaken in België*, Preadvies opgesteld voor de vergadering van 19 en 20 november 1999 van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1999, 172p.

ARROWSMITH, S., *The law of public and utilities procurement*, London, Sweet and Maxwell, 2005, CXXXVIII en 1547p.

BATSELÉ, D., FLAMME, P. en QUERTAINMONT, P., *Initiation aux marchés publics*, Brussel, Bruylant, 2001, IX en 441p.

BOLLEN, S., LAMBERT, M. en VAN RILLAER, M.-L., *Vade-mecum des marchés publics des pouvoirs locaux (édition 2015)*, Brussel, Politeia, 2015, 391p.

BOVĚS, C., *EU Public Procurement Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012, XX en 521p.

BRUYNINCKX, T., "De in-house-exceptie bij overheidsopdrachten herbekeken vanuit staatssteunperspectief", in DE KONINCK, C. (ed.) e.a., *Jaarboek Overheidsopdrachten 2010-2011*, Brussel, EBP, 2011, 301-318.

CORTENBOSCH, M., DELAHAUT, P., LAMBERTZ, K. e.a., *Les marchés des pouvoirs locaux*, Services Communal de Belgique, 1981, 239p.

- D'HOOGHE, D. en VANDENDRIESSCHE, F., *Publiek - Private Samenwerking*, Brugge, Die Keure, 2003, IX en 251p.
- D'HOOGHE, D. en JOCHEMS, S., "De gunning van overheidsopdrachten in het algemeen", in D'HOOGHE, D. (ed.) e.a., *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 2009, 1-76.
- DE KONINCK, C., *Encyclopedie van het overheidsopdrachtenrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2010, X en 665p.
- DE KONINCK, C. en FLAMEY, P., *Overheidsopdrachten: de wetten van 15 en 16 juni 2006 houdende omzetting van de Europese overheidsopdrachtenrichtlijnen: algemene inleiding en tekstgeschiedenis*, Antwerpen, Maklu, 2007, XXII en 563p.
- DE KONINCK, C. en FLAMEY, P., *Europees Overheidsopdrachtenrecht. De Nieuwe Richtlijn Overheidsopdrachten Klassieke Sectoren*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, XXIV en 591p.
- DEBYSER, P. en DE KONINCK, C., "In house-constructies en de gunning van informaticadiensten buiten mededinging", in DE KONINCK, C. (ed.) e.a., *Jaarboek Overheidsopdrachten 2009-2010*, Brussel, EBP, 2010, 348-364.
- DEKKERS, R., e.a., *Handboek Burgerlijk Recht. Deel III Verbintenissen. Bewijsleer. Gebruikelijke contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2007, XVI en 820p.
- DELVAUX, A.-L., en DEWOLF, C., *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten. Deel 1A - Wet 15 juni 2006*, NBC 2014, 651p.
- DIEPVENS, N., MATHEÏ, S. en EVENS, B., *Het autonoom gemeentebedrijf: een juridische gids voor de praktijk*, Brugge, Die Keure, 2014, 112p.
- DUBOIS, C., "La jurisprudence in house: une évolution finalement respectueuse de la liberté des pouvoirs publics de s'organiser?", in GILLET, E. (ed.), *Les pouvoirs publics dans un monde en mutation*, Waterloo, Kluwer, 2010, 99-115.
- DUJARDIN, J. en SOMERS, W. (eds.), *Gemeentelijke verzelfstandiging en intergemeentelijke samenwerking*, Brugge, Die Keure, XX en 475p.
- DURVIAUX, A., *Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système*, Brussel, Larcier, 2006, 612p.
- DURVIAUX, A., "Les pouvoirs locaux et le droit dérivé des marchés publics: la théorie de l'in house", in GOSSELIN, F. (ed.) e.a., *Les modes de coopération des services publics locaux au regard du droit européen: contractualisation, mise en concurrence, marché public et exception "in house"*, Mechelen, Kluwer, 2008, 37-85.
- DURVIAUX, A.L. en DELVAUX, T., "La relation "in-house" en droit européen: état de la question", in DE KONINCK, C. (ed.) e.a., *Jaarboek Overheidsopdrachten 2011-2012*, Brussel, EBP, 2012, 725-760.
- DURVIAUX, A., "Le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence dans l'attribution des marchés et contrats publics", in WAUTERS, K. (ed.), *Contrats Publics*, Limal, Anthemis, 2014, 7-65.
- DURVIAUX, A. en DELVAUX, T., *Précis de droit des marchés et contrats publics*, Brussel, la Charte, 2014, 793p.
- FALLON, M., *Droit matériel général*, Brussel, Bruylant, 2002, 902p.
- FLAMME, M., MATHEÏ, P. en FLAMME, P. (eds.), *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, Brussel, NBC, 1996, 1510p.
- FLAMME, P., FLAMME, M. en DARDENNE, C., *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européenisation du droit de la commande publique*, Brussel, Larcier, 2009, 362p.
- LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P., *Europees Recht In Hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2003, 900p.
- LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P., *Europees Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 753.

MANUNZA E., *EG-aanbestedingsrechtelijke problemen bij privatiseringen en bij de bestrijding van corruptie en georganiseerde criminaliteit*, Deventer, Kluwer, 2001, XX en 382p.

MAST, A., DUJARDIN, J., VAN DAMME, M. en VANDE LANOTTE, J., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, XXXVIII en 1375p.

NIHOUL, P., "Décentralisation fonctionnelle et droit européen de la concurrence, des aides d'Etat et des marchés publics", in JADOUL, P., LOMBAERT, B. en TULKENS, F. (eds.), *Le paraétatisme: nouveaux regards sur la décentralisation fonctionnelle en Belgique et dans les institutions européennes*, Brugge, Die Keure, 2010, 161-264.

PIJNACKER, H., VAN DER BEND, G. en VAN NOUHUYS, J., *Aanbestedingsrecht : handboek van het Europese en het Nederlandse aanbestedingsrecht*, Den Haag, SDU, 2009, XXVII en 783p.

QUERTAINMONT, P., *Droit administratif de l'économie: l'interventionnisme économique des pouvoirs publics*, Diegem, Kluwer, 2000, XIII en 290p.

QUERTAINMONT, P., "Avant-Propos" in GOSSELIN, F. (ed.) e.a., *Les modes de coopération des services publics locaux au regard du droit européen: contractualisation, mise en concurrence, marché public et exception "in house"*, Mechelen, Kluwer, 2008, 1-36.

SCHUTYSER, B., "De publiekrechtelijke verplichtingen van gemeentelijke verzelfstandigings- of samenwerkingsinitiatieven bij het sluiten van contracten", in VAN GARSSE, S., *Verzelfstandiging en samenwerking op lokaal vlak*, Brussel, VVSG/Politea, 2007, I.5, losbladig.

TREPTE, P., *Public Procurement in the EU*, Oxford University Press, 2007, LXX en 704p.

VANDENDRIESSCHE, F., *Publieke en Private Rechtspersonen*, Brugge, Die Keure, 2004, XX en 531p.

VANDENDRIESSCHE, F. en CARTON, A., "Toepassingsgebied", in D'HOOGHE, D. en KIEKENS, N. (eds.) e.a., *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 2015, 47-199.

WAUTERS, K., "In house: tussen hamer en aambeeld", in DE KONINCK, C. (ed.) e.a., *Jaarboek overheidsopdrachten 2007-2008*, Brussel, EBP, 2008, 327-353.

WAUTERS, K., "Overheidsovereenkomsten: algemeen belang en vrije markt", in LINDEMANS, D., *Voorafname op vriendschap: vrienden schrijven voor Dirk Lindemans bij zijn 60e verjaardag*, Brugge, Die Keure, 2010, 41-63.

WAUTERS, K., "Samenwerking tussen overheden: Europeesrechtelijke invloeden?" in WAUTERS, K. (ed.), *Feestbundel Monard-D'Hulst 20 jaar. Diversiteit in eenheid*, Gent, Larcier, 2010, 281-293.

WAUTERS, K., "Overheidsopdrachten", in DUJARDIN, J. en SOMERS, W. (eds.), *Gemeentelijke verzelfstandiging en intergemeentelijke samenwerking*, Brugge, Die Keure, 2013, 223-257.

WAUTERS, K., "Overheidsovereenkomsten in België onder invloed van het Europese Unierecht", in WAUTERS, K. (ed.) e.a., *Invloed van het EU-recht op het Belgische bestuursrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 287-319.

WAUTERS, K., GHYSELS, J. en ANTHIERENS, J., *Overheidsopdrachten - Rechtspraak Hof van Justitie 2001-2007*, Brussel, Larcier, 2008, V en 177p.

WAUTERS, K. en LONCKE, E., "Overheids-opdrachten: what's in a name?", in DE KONINCK, C. (ed.) e.a., *Jaarboek Overheidsopdrachten 2008-2009*, Brussel, EBP, 2009, 533-557.

WAUTERS, K. en MAN, K., "Samenwerking tussen overheden: ziekenhuizen en universiteiten", in DE KONINCK, C. (ed.) e.a., *Jaarboek Overheidsopdrachten 2010-2011*, Brussel, EBP, 2011, 339-425.

Tijdschriften:

ARROWSMITH, S., "Some Problems in Delimiting the Scope of the Public Procurement Directives: Privatisations, Purchasing Consortia and In-house Tenders", *PPLR* 1997, 198-204.

ARROWSMITH, A., "Modernising the EU's Public Procurement Regime: a Blueprint for Real Simplicity and Flexibility", *PPLR* 2012, 71-82.

AVARKIOTI, F., "The application of EU Public Procurement Rules to "In-house" Arrangements", *PPLR* 2007, 22-35.

BAETEN, S., "De ongelijke behandeling van het overheidsondernemen door de wetgeving inzake overheidsopdrachten, in het licht van de richtlijnen en de rechtspraak van het Hof van Justitie ter zake", *TBP* 2008, 195-205.

BINNERTS, J., "Opwaarts en horizontaal inbesteden", *De Gemeentestem* 2015, 148-152.

BLONDIAU, P., "Intercommunales et regies communales autonomes", *Mouv.Comm.* 2000, 5-24.

CARANTA, R., "The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works", *CMLR* 2015, 391-440.

CAVALLO PERIN, R. en CASALINI, D., "Control over In-house Providing Organisations", *PPLR* 2009, 227-240.

DE WACHTER, B. en DELATTER, C., "Mogen gemeenten asjeblief samen ook nog iets doen?", *Lokaal* 2005, afl. 20, 20-21.

DE KONINCK, C. en PETITAT, V., "Inbesteding zonder aanbesteding", *NJW* 2005, 1082-1089.

DE KONINCK, C. en FLAMEY, P., "De richtlijn Overheidsopdrachten Klassieke Sectoren 2014/24/EU. Een vooruitblik op – alweer – een nieuwe overheidsopdrachtenwet!", *RW* 2015, 1282-1303.

DELVAUX, T., "Le contrôle d'une société - Sens et contresens d'un concept polysémique", *JT* 2007, 789-803.

DELVOLVE, P., "Marchés publics: les critères des 'contrats-maison'", *Rev.Dr.U.E.* 2002, 53-61.

DEOM, D., "Quelques réflexions sur la liberté d'association appliqué aux communes", *Mouv. comm.* 2003, 451-460.

DEOM, D. en NIHOUL, P., "Les marchés publics: Concurrence, transparence et neutralité", *RGD* 2006, 801-829.

DEVROE, W., "Privatisering en verzelfstandiging. Een verkenning vanuit Europees en nationaal economisch recht", *Jura Falc.* 2000-01, 305-312.

DUBOIS, C. en VAN KRUCHTEN, I., "'In-House'. Et si la solution venait de l'arrêt 'Coditel Brabant'...?", *CDPK* 2009, 98-108.

DUBOIS, C., "Réorganisation administrative et 'In-house'... Pour qui sonne le glas? A propos de deux arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes", *CDPK* 2011, 96-107.

DUBOIS, C. en CAMBIER, T., "ASBL et 'In-house': le point de vue du Conseil d'Etat - Commentaire de l'arrêt 'CleanleaseFortex'", *Rev.dr.commun.* 2014, 16-24.

DURVIAUX, A. en THIRION, N., "Les modes de gestion des services publics locaux, la réglementation relative aux marchés publics et le droit communautaire", *JT* 2004, 17-27.

DURVIAUX, A. en THIRION, N., "Un simple répit ou une réelle revalorisation pour la coopération intercommunale en droit européen?", *JT* 2009, 178-180.

DURVIAUX, A. en DELVAUX, T., "Les coopérations entre pouvoirs publics exemptées du droit des marchés et contrats publics: consécration par le droit dérivé de l'Union européenne", *JT* 2014, 649-654.

GUILLOU, Y., "L'exonération des relations 'in house' du régime des marchés publiques", *ACCP* 2004, 76-90.

HESSSEL, B., "Grenzen aan (quasi-)inbesteden of (quasi-)in-house-opdrachten", *SEW* 2005, 329-333.

JANSSEN, W., "The institutionalised and non-institutionalised exemptions from EU Public Procurement Law: Towards a more coherent approach?", *Utrecht Law Review* 2014, 168-186.

JUDO, F., "Inbesteden in Luxemburg en in Brussel. Een arrest van de Raad van State over de toepassing van een weerbaarstig leerstuk", *TA* 2012, 101-109.

JUDO, F., "Tweemaal het huis uit - Schroeft recente Luxemburgse rechtspraak inzake in-house de nieuwe richtlijn preventief terug?", *TA* 2014, 425-430.

KAARRESALO, T., "Procuring In-house: The Impact of the EC Procurement Regime", *PPLR* 2008, 242-254.

KOTSONIS, T., "Regulation of an Contracting Entity Pursuing Activities Falling in Part within the Field of Application of Directive 2004/17 and in Part within that of Directive 2004/18: Ing. Aigner (Case C-393/06)", *PPLR* 2008, NA202-204.

KOTSONIS, T., "Co-operative Arrangements between Public Authorities in the Pursuit of a Public Interest Task: Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany (C-480/06)", *PPLR* 2009, NA212-216.

LAENEN, G., "Aanbesteding, inbesteding, verzelfstandiging en PPS: de strenge hand van Europa en de gevolgen voor de (lokale) besturen. Een overzicht", *CDPK* 2006, 583-622.

LAENEN, G., "Het gunnen van overheidsopdrachten tussen twee 'verbonden' publiekrechtelijke personen. Het Asemfo-arrest- eindelijk een lichtpunt in de duisternis?", *TGEM* 2007, 331-337.

MANUNZA, E., "Incoherente ontwikkelingen in de relatie markt-overheid - 'Uitvoering door de overheid' v. 'uit-voering door de markt' (insourcing v. outsourcing / inbesteden v. uitbesteden)", *TA* 2013, 200-207.

MCGOWAN, D., "A contract or not?", *PPLR* 2008, NA204-206.

MCGOWAN, D., "Can Horizontal In-House Transactions Fall Within Teckal? A Note on Case C-15/13, Technische Universität Hamburg-Harburg, Hochschul-Information-Systems GmbH v Datenlotsen Informationssysteme GmbH", *PPLR* 2014, NA120-122.

MEULENBELT, M., "Mededinging: een leidend principe in het aanbestedingsrecht?", *M&M* 2005, 45-54.

NIHOUL, P., "Les marchés publics dans l'Union européenne", *JDE* 2009, 282-288.

ØLYKKE, G. en ANDERSEN, C., "A State Aid Perspective on Certain Elements of Article 12 of the New Public Sector Directive on In-house Provision", *PPLR* 2015, 1-15.

PEDERSEN, K. & OLSSON, E., "Commission v Germany - a new approach to in-house providing", *PPLR* 2010, 40-60.

QUERTAINMONT, P., "Le concurrence du secteur public aux entreprises privés", *APT* 1982, 148-153.

RAMELOT, V., Nieuwsbrief 2004/3 - april 2004, 13 (te raadplegen op <http://www.avcb-vsgeb.be>).

REKENHOF, informaticabedrijven van de overheid: samenwerking van de overheid met de vzw Smals, Brussel, 2009 (te raadplegen op: www.ccrek.be).

ROSENKOTTER, A. en WUERSIG, T., "The impact of the Lisbon Treaty in the field of Public Procurement, Brussel, European Parliament DG for Internal Policies", PE 429.988, January 2010.

RUHLE, H., "Verslag inzake nieuwe ontwikkelingen bij overheidsopdrachten", (2009/2175(INI)), 10 mei 2010.

SCHUTYSER, B., "Het toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten: een aantal evoluties in de rechtspraak van het Hof van Justitie (1998-2003)", *TBP* 2004, 259-279.

SCHUTYSER, B., "De gunning van overheidsopdrachten in de rechtspraak van het Hof van Justitie (2005) en de Raad van State (2004-2005): een overzicht", *TGEM* 2006, 34-60.

SCHUTYSER, B., "De gunning van overheidsopdrachten in de rechtspraak van het Hof van Justitie en de Raad van State (2006-2007): een overzicht", *TGEM* 2008, 167-203.

- SCHUTYSER, B., "De gunning van overheidsopdrachten in de rechtspraak van het Hof van Justitie en de Raad van State (2008-2009)", *TGEM* 2010, 78-111.
- SCHUTYSER, B., "De rechtspraak van het Hof van Justitie en de Raad van State inzake de gunning van overheidsopdrachten (2010-2011): Een overzicht", *TGEM* 2012, 202-250.
- SCHUTYSER, B. en MICLOTTE, K., "De rechtspraak inzake in-house-opdrachten: nog eens over verzelfstandigings- en samenwerkingsinitiatieven en de werking van het aanbestedingsrecht", *TGEM* 2013, 136-146.
- SLAUTSKY, E. en BRAECKEVELT, N., "Droit européen des marchés publics, quasi-régies et coopérations entre pouvoirs publics: l'apport des nouvelles directives", *O&O* 2014, 5-21.
- SPIEGEL, N. en URBANI, M., "La 'modernisation' des règles européennes sur les marchés publics: la nouvelle directive 2014/24/UE", *Rev.Dr.U.E.* 2014, 701-778.
- STERGIOU, H. en WOLTERS RÜCKERT, D., "'À la carte' codificatie in het Europees aanbestedingsrecht. Van verduidelijking door het Hof van Justitie EU naar (on)duidelijkheid in de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen", *SEW* 2013, 204-216.
- VAN GARSSE, S., "Vezelfstandiging door lokale besturen: een juridische update", *Themis* 2013, 1-13.
- VANDENDRIESSCHE, F., JOCHEMS, S. en DE RAEYMAECKER, E., "Inbesteding: volstaat gezamenlijk toezicht?", *RABG* 2009, 398-401
- VOREL, M. en VAN NULAND, N., "Een recente ontwikkeling in het Europese aanbestedingsrecht. Hoofdpijnen uit de rechtspraak over inbesteding", *TBR* 2007, 58-64.
- VOREL, M. en VAN NULAND, N., "Inbesteding nader beschouwd", *TBR* 2007, 297-305.
- WELTZIEN, K., "Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to an In-House Entity: The Scope of the Procurement Directives in the Classical Sector", *PPLR* 2005, 237-255.
- WIGGEN, J., "Public procurement rules and cooperation between public sector entities: the limits of the in-house doctrine under EU procurement law", *PPLR* 2011, 157-172.
- WIGGEN, J., "Directive 2014/24/EU: The New Provision on Co-operation in the Public Sector", *PPLR* 2014, 83-93.

Auteursrechtelijke overeenkomst

Ik/wij verlenen het wereldwijde auteursrecht voor de ingediende eindverhandeling:

Tot waar gaat mijn huis? De grenzen van het aanbestedingsrecht aan publiek-publieke samenwerking nader beschouwd

Richting: **master in de rechten-overheid en recht**

Jaar: **2016**

in alle mogelijke mediaformaten, - bestaande en in de toekomst te ontwikkelen - , aan de Universiteit Hasselt.

Niet tegenstaand deze toekenning van het auteursrecht aan de Universiteit Hasselt behoud ik als auteur het recht om de eindverhandeling, - in zijn geheel of gedeeltelijk -, vrij te reproduceren, (her)publiceren of distribueren zonder de toelating te moeten verkrijgen van de Universiteit Hasselt.

Ik bevestig dat de eindverhandeling mijn origineel werk is, en dat ik het recht heb om de rechten te verlenen die in deze overeenkomst worden beschreven. Ik verklaar tevens dat de eindverhandeling, naar mijn weten, het auteursrecht van anderen niet overtreedt.

Ik verklaar tevens dat ik voor het materiaal in de eindverhandeling dat beschermd wordt door het auteursrecht, de nodige toelatingen heb verkregen zodat ik deze ook aan de Universiteit Hasselt kan overdragen en dat dit duidelijk in de tekst en inhoud van de eindverhandeling werd genotificeerd.

Universiteit Hasselt zal mij als auteur(s) van de eindverhandeling identificeren en zal geen wijzigingen aanbrengen aan de eindverhandeling, uitgezonderd deze toegelaten door deze overeenkomst.

Voor akkoord,

Vliegen, Stef

Datum: **29/07/2016**