



Datum van inontvangstneming : 06/09/2021

**Zaak C-384/21****Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing dat is opgesteld overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie****Datum van indiening:**

24 juni 2021

**Verwijzende rechter:**

Raad van State (België)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

15 juni 2021

**Verzoekende partij:**

Gemeente Farciennes

**Verwerende partij:**

Société wallonne du logement

**1. Voorwerp en feiten van het geding:**

- 1 De openbare huisvestingsmaatschappij „Sambre & Biesme” (hierna: „OHM „Sambre & Biesme”) is een coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid waarvan de gemeenten Farciennes en Aiseau-Presles de belangrijkste aandeelhouders zijn.
- 2 Zij maakt deel uit van het netwerk van openbare huisvestingsmaatschappijen die onder toezicht staan van de Société wallonne du logement (Waalse huisvestingsmaatschappij), die optreedt namens de Waalse regering.
- 3 In 2015 hebben de OHM „Sambre & Biesme” en de gemeente Farciennes besloten om in Farciennes een groene wijk aan te leggen bestaande uit ongeveer 150 woningen. De partijen waren voornemens om zich daarvoor te laten bijstaan door de Intercommunale pour la Gestion et la Réalisation d’Études Techniques et Économiques (intercommunale voor het beheer en de uitvoering van technische en economische studies; hierna: „IGRETEC”).

- 4 De IGRETEC vervult openbarediensttaken op verschillende gebieden. Dankzij haar studiebureau en aankoopcentrale kan zij met name publieke of particuliere partners bijstaan bij het ontwerp en de verwezenlijking van industriële of burgergebouwen, infrastructuur, of meer algemeen bij elk stadsontwikkelings- en leefmilieuproject.
- 5 Onder de aandeelhouders van de IGRETEC, die door een aantal gemeenten is opgericht als een coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, bevinden zich momenteel meer dan 70 gemeenten, waaronder de gemeente Farciennes, en meer dan 50 andere overheidsinstanties.
- 6 Haar werking wordt geregeld door de wetten op de handelsvennootschappen. Volgens haar statuten hebben de gemeenten de meerderheid van de stemmen en bekleden zij het voorzitterschap van de verschillende bestuursorganen. De beslissingen van de organen van de intercommunale worden genomen bij meerderheid van stemmen van de gemeentelijke aandeelhouders.
- 7 Het maatschappelijk kapitaal van de IGRETEC is onderverdeeld in vijf categorieën aandelen, waaronder voornamelijk A-aandelen, die zijn toebedeeld aan de gemeenten (5 054 351 aandelen), en C-aandelen, die zijn toebedeeld aan „andere publiekrechtelijke aandeelhouders” (17 126 aandelen). De aandeelhouders van categorie C werden destijds door geen enkel lid van de raad van bestuur vertegenwoordigd. Voorts had in de raad van bestuur van de IGRETEC een gemeenteraadslid van de gemeente Farciennes zitting die tegelijkertijd bestuurder was van de OHM „Sambre & Biesme”.
- 8 Op 29 oktober 2015 heeft de OHM „Sambre & Biesme” besloten één aandeel in de IGRETEC te verwerven om als aandeelhouder, weliswaar met een duidelijk minderheidsbelang, gebruik te kunnen maken van de diensten van die intercommunale.
- 9 Voor de vaststelling van de respectieve rechten en plichten van de gemeente Farciennes en de OHM „Sambre & Biesme” bij het ontwerp en de aanleg van de groene wijk in Farciennes is een ontwerp kaderovereenkomst opgesteld.
- 10 Artikel 1 ervan bepaalt met name dat overheidsopdrachten voor diensten, werken en de promotie van werken gezamenlijk worden geplaatst en dat de gemeente Farciennes wordt aangeduid om in hun gezamenlijke naam als aanbestedende dienst op te treden en zelfstandig alle beslissingen te nemen met betrekking tot de plaatsing en de gunning van de opdrachten.
- 11 Artikel 5, met als opschrift „keuze voor ondersteuning bij projectmanagement voor de uitvoering van opdrachten voor diensten, werken en de promotie van werken en voor de realisatie van het stadsvernieuwingsdossier”, luidt dat „partijen [...] in het kader van de inhouseverhouding die elke partij met de IGRETEC verbindt, [overeenkomen] dat de gemeente Farciennes met die intercommunale [...] een overeenkomst sluit voor ondersteuning bij projectmanagement, juridische dienstverlening en milieudiensten”.

- 12 Op 9 februari 2017 heeft de raad van bestuur van de OHM „Sambre & Biesme” besloten, ten eerste, om „het sluiten van de kaderovereenkomst voor gezamenlijke aanbestedingen met de gemeente Farciennes goed te keuren” en ten tweede om, „gelet op de inhouseverhouding tussen de [OHM „Sambre & Biesme”] en de IGRETEC”, het eerder door hem goedgekeurde bijzondere bestek voor de „overheidsopdracht voor asbestinventarisatiediensten niet voor mededinging open te stellen”. Dat bestek is omschreven als de eerste stap in de verwezenlijking van het groenewijkproject in Farciennes.
- 13 Die twee besluiten van 9 februari 2017 zijn op 10 februari 2017 ter beoordeling voorgelegd aan de Société wallonne du logement, toezichthouder van de openbare huisvestingsmaatschappijen, op grond dat in de betrekkingen tussen de OHM’s en de IGRETEC op dat moment niet voldaan was aan de voorwaarden voor de inhouse-uitzondering en dat voor de opdrachten die de OHM’s bij die intercommunale plaatsen, de regeling inzake overheidsopdrachten moest worden toegepast.
- 14 Op 25 februari 2017 heeft de Société wallonne du logement de besluiten van de OHM „Sambre & Biesme” nietig verklaard op grond dat laatstgenoemde de overeenkomst voor technische ondersteuning (artikel 5 van de kaderovereenkomst) en de overeenkomst voor asbestinventarisatiediensten zonder aanbestedingsprocedure aan de IGRETEC had gegund.
- 15 Haars inziens kan redelijkerwijze worden betwijfeld of de OHM „Sambre & Biesme” een beslissende invloed op de IGRETEC uitoefent, met name omdat zij slechts één enkel aandeel in het maatschappelijk kapitaal van die intercommunale bezit en met name de gemeenten volgens de statuten van de IGRETEC over een dominante positie beschikken.
- 16 Ofschoon de gemeente Farciennes afzonderlijk van de inhouse-uitzondering gebruik kan maken in haar betrekkingen met de IGRETEC, volstaat haar aanduiding als leidende aanbestedende dienst in artikel 1 van de kaderovereenkomst niet om te rechtvaardigen dat de overeenkomsten rechtsreeks aan de IGRETEC worden gegund namens de verschillende partijen bij de kaderovereenkomst. Bij een gezamenlijke aanbesteding verenigen de verschillende partners zich voor het uitwerken van de opdracht, maar dienen de gebruikelijke aanbestedingsprocedures door alle partners te worden nageleefd.
- 17 Dat besluit tot nietigverklaring vormt het voorwerp van het onderhavige beroep.

## **2. Toepasselijke bepalingen:**

*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*

- 18 Artikel 12 luidt als volgt:

„Overheidsopdrachten tussen entiteiten in de overheidssector

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

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

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

[...]

Een aanbestedende dienst wordt geacht op een rechtspersoon toezicht zoals op zijn eigen diensten uit te oefenen in de zin van de eerste alinea, onder a), indien hij zowel op strategische doelstellingen als op belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon een beslissende invloed uitoefent. [...]

2. [...]

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

### **3. Standpunt van partijen:**

#### *A. Gemeente Farciennes*

19 De gemeente Farciennes voert allereerst aan dat richtlijn 2014/24 uiterlijk op 18 april 2016 moest zijn omgezet en dat de Belgische wetgever die richtlijn heeft omgezet bij een wet van 17 juni 2016, die op de dag waarop het onderhavige beroep is ingesteld, nog steeds niet in werking was getreden. De gemeente wijst erop dat de onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige bepalingen van een richtlijn rechtstreekse werking hebben wanneer zij niet binnen de gestelde termijnen zijn omgezet.

20 De gemeente Farciennes betoogt dat in casu zowel in de betrekkingen tussen de gemeente Farciennes en de IGRETEC als in de betrekkingen tussen de IGRETEC en de OHM „Sambre & Biesme” aan de voorwaarden voor toepassing van de inhouse-uitzondering is voldaan.

#### *Eerste middel: „gezamenlijk inhouse”*

21 De gemeente Farciennes brengt in herinnering „dat de aanbestedende diensten op de opdrachtnemer toezicht zoals op de eigen diensten uitoefenen wanneer zij beschikken over een statutaire positie op basis waarvan zij op de belangrijke beslissingen en strategische doelstellingen van deze vennootschap gezamenlijk invloed kunnen uitoefenen. In ieder geval mag deze vennootschap niet uitsluitend

- worden gecontroleerd door een overheidsinstantie die over een meerderheidsdeelneming beschikt” (conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón in de gevoegde zaken Econord, C-182/11 en C-183/11, EU:C:2012:494, punt 48).
- 22 Zij wijst er eveneens op dat „[h]et toezicht op de concessiehouder [...] effectief [moet] zijn, maar [...] niet individueel [hoeft] te zijn” (arrest van 13 november 2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, punt 46).
- 23 De OHM „Sambre & Biesme” bezit een maatschappelijk aandeel in het kapitaal van de IGRETEC: die deelneming is niet zuiver formeel noch symbolisch, is niet verworven om „zich te onttrekken aan de aanbestedingsregels” en belet niet dat aan de zogenaamde voorwaarde van toezicht zoals op de eigen diensten is voldaan.
- 24 Nog steeds onder verwijzing naar het arrest van 13 november 2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, stelt de OHM zich op het standpunt dat het aantal aandelen in het kapitaal van de vennootschap, dan wel het door de deelneming van die overheidsinstantie vertegenwoordigde percentage, niet het doorslaggevende criterium vormt, aangezien het Hof van Justitie reeds heeft geoordeeld dat in bepaalde omstandigheden aan de voorwaarde van toezicht door de overheidsinstantie kon zijn voldaan wanneer die instantie slechts 0,25 % van het kapitaal van een overheidsonderneming in handen had. Zij betoogt dat ook de OHM niet hoeft te beschikken „over buitensporige bevoegdheden waardoor zij een beslissende invloed uitoefent”, dat niet het percentage van het kapitaal doorslaggevend is, maar dat ter beoordeling van de voorwaarde van toezicht zoals op de eigen diensten rekening moet worden gehouden met alle wetsbepalingen en relevante omstandigheden van het concrete geval.
- 25 Zij voegt daaraan toe dat één aandeel volstaat en dat de OHM niet per se vanuit een investeringsperspectief en dus met het oog op een aan het aantal aandelen gerelateerd financieel resultaat een deelneming hoeft te verwerven.
- 26 Dat de OHM over slechts één symbolisch aandeel in de IGRETEC beschikt, dat volgens haar slechts 0,0000000197 % van de aandelen met stemrecht op de algemene vergadering vertegenwoordigt, is dus irrelevant. „Het criterium van het houden van een deel van het kapitaal kan namelijk niet het enige middel vormen om dit doel te bereiken, aangezien de zeggenschap die een aanbestedende dienst uitoefent zoals over zijn eigen diensten ook anders tot uiting kan komen dan via een kapitaalbenadering” (arrest van 18 juni 2020, Porin kaupunki, C-328/19, EU:C:2020:483, punt 68).
- 27 Volgens haar wordt op de organen van de intercommunale toezicht uitgeoefend zoals op de eigen diensten door alle overheidsinstanties samen en betekent de in de statuten van de IGRETEC verankerde „dominante positie van de gemeenten” niet dat uitsluitend de gemeenten toezicht op de intercommunale kunnen uitoefenen. Zij verduidelijkt waarom uit de statuten van de IGRETEC blijkt dat de

andere publieke aandeelhouders dan de gemeenten een beslissende invloed kunnen hebben op de strategische doelstellingen en op de belangrijke beslissingen van de intercommunale (de aan de andere dan de gemeentelijke aandeelhouders toebedeelde C-aandelen geven stemrecht op de algemene vergadering, elke categorie aandeelhouders vergadert afzonderlijk om het aantal kandidaat-bestuurders aan te duiden dat overeenkomt met het aantal op voordracht van de betrokken categorie aandeelhouders toe te kennen mandaten).

- 28 De gemeente Farciennes geeft aan dat die dominante positie van de gemeenten, net als in de zaak Coditel Brabant, niet inhoudt dat de IGRETEC daardoor over een „mate van zelfstandigheid” beschikt die uitsluit dat de OHM toezicht zoals op haar eigen diensten op die intercommunale uitoefent, aangezien het Hof er in die zaak op heeft gewezen dat de intercommunale BRUTÉLÉ in de vorm van een intercommunale coöperatieve vennootschap was opgericht (wat eveneens het geval is voor de IGRETEC), geen handelskarakter had en haar statuten zagen op de uitvoering van taken van gemeentelijk belang zonder dat andere belangen werden nagestreefd dan de belangen van de bij haar aangesloten overheidsinstanties. Het hof heeft er eveneens op gewezen dat niet kan worden geëist dat toezicht door een overheidsinstantie individueel is, waardoor een oproep tot mededinging zou moeten worden gedaan in de meeste gevallen waarin een overheidsinstantie tot een groepering wil toetreden die uit andere overheidsinstanties bestaat, zoals een intercommunale coöperatieve vennootschap, en dat een dergelijk resultaat niet met de Unierechtelijke regeling inzake overheidsopdrachten zou overeenstemmen, omdat een overheidsinstantie de mogelijkheid heeft haar openbardiensttaken met haar eigen administratieve, technische en andere middelen te vervullen zonder dat zij een beroep hoeft te doen op externe lichamen die niet tot die diensten behoren, en van deze mogelijkheid voor de overheidsinstanties om ter vervulling van hun openbardiensttaken hun eigen middelen in te zetten, gebruik kan worden gemaakt in samenwerking met andere overheidsinstanties.
- 29 Volgens de gemeente Farciennes heeft de inhouseverhouding tussen de OHM en de IGRETEC niet tot doel de aanbestedingsregels te omzeilen, aangezien het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst het besluit is om gezamenlijk overheidsopdrachten te plaatsen voor het ontwerp en de realisatie van bouwwerkzaamheden voor de groene wijk in Farciennes. Op de IGRETEC wordt met name een beroep gedaan om, gelet op de taken van die intercommunale, bij het projectmanagement voor de uitvoering van die overheidsopdrachten ondersteuning te kunnen krijgen en er is geen enkele reden waarom de OHM zich ter verzekering van een dergelijke samenwerking, die voor haar zuiver publiek moest zijn, zou moeten „openstellen voor de markt”.
- 30 Voorts is de gemeente van mening dat uit de dominante positie van de gemeenten binnen de organen van de intercommunales niet voortvloeit dat andere publieke aandeelhouders, zoals OHM’s, loutere minderheidsaandeelhouders zijn die geen enkele beslissende invloed hebben op de strategische doelstellingen en de belangrijke beslissingen van de intercommunales. Onder verwijzing naar de



rechtspraak van het Hof betoogt de gemeente dat het ter vervulling van de voorwaarde van toezicht zoals op de eigen diensten niet vereist is dat elke aanbestedende dienst minstens één vertegenwoordiger in de bestuursorganen van de entiteit heeft. Haars inziens kan op grond van de statutaire bepalingen van de IGRETEC worden vastgesteld dat sprake is van gezamenlijk toezicht door alle aanbestedende diensten die lid zijn van de IGRETEC en dat het toezicht niet uitsluitend wordt uitgeoefend door de meerderheidsaandeelhouders, zijnde de gemeenten. Dienaangaande wijst zij er nogmaals op dat zowel uit de statuten van de IGRETEC als uit de structuur van de OHM „Sambre & Biesme”, waarvan de belangrijkste aandeelhouders de eveneens bij de IGRETEC aangesloten gemeenten Farciennes en Aiseau-Presles zijn, blijkt dat aan de voorwaarden voor de inhouse-uitzondering is voldaan, en dat het Hof moet worden verzocht om een prejudiciële beslissing wanneer die uitlegging niet wordt aanvaard.

- 31 Volgens de gemeente mag voor de vaststelling van een inhouseverhouding evenmin van de OHM worden verlangd dat deze minstens één bestuurder in de raad van bestuur van de IGRETEC heeft, of tot een categorie aandeelhouders behoort die binnen de organen van die intercommunale over een dominante positie beschikt. Zij stelt zich op het standpunt dat dergelijke vereisten niet blijken uit de rechtspraak van het Hof, noch uit artikel 12 van richtlijn 2014/24. Zij wijst op de „zeer specifieke omstandigheden van de zaak die tot het arrest Econord heeft geleid” (een aanbestedende dienst die een deelneming van nagenoeg 100 % heeft in de gecontroleerde entiteit) en stelt dat een minderheidsdeelneming niet in tegenspraak is met het begrip „gezamenlijk toezicht”. Voor het bestaan van een inhouseverhouding in het kader van gezamenlijk toezicht dat wordt uitgeoefend zoals op de eigen diensten volstaat volgens haar de vaststelling dat elke aanbestedende dienst „deelneemt” in het kapitaal van die entiteit en „deel uitmaakt” van de bestuursorganen ervan, hetgeen voor de minderheidsaandeelhouders enkel inhoudt dat zij „daadwerkelijk kunnen bijdragen” aan het toezicht op de betrokken entiteit zonder evenwel in het bestuursorgaan te hoeven beschikken over een bestuurder.
- 32 Zij voert aan dat er binnen de IGRETEC geen aanbestedende dienst is die ten aanzien van de andere aanbestedende diensten met een deelneming in het kapitaal over een meerderheidspositie beschikt en zelfstandig toezicht kan uitoefenen. Volgens haar heeft zij aangetoond dat in casu sprake is van gezamenlijk toezicht op de IGRETEC door alle overheidsinstanties die lid zijn van die intercommunale, dat rekening moet worden gehouden met de eisen van het Wetboek van de plaatselijke democratie en de decentralisatie, op grond waarvan de gemeenten binnen de intercommunales over een dominante positie moeten beschikken zonder dat die gemeenten daardoor evenwel over een „mate van zelfstandigheid” beschikken die uitsluit dat andere overheidsinstanties, zoals OHM’s, toezicht zoals over hun eigen diensten uitoefenen, of dat intercommunales, die geen handelskarakter hebben, andere belangen nastreven dan die van de bij hen aangesloten overheidsinstanties. Dienaangaande wijst zij erop dat de gemeenten Farciennes en Aiseau-Presles (ook gemeentelijke aandeelhouders van de IGRETEC) de twee belangrijkste aandeelhouders van de OHM „Sambre &

Biesme” zijn, waarbij de huisvestingsmaatschappij in zekere zin het uitvloeisel vormt van de taken die de gemeenten op het gebied van openbare huisvesting moeten uitvoeren.

- 33 De gemeente Farciennes wijst erop dat het Hof in het arrest Coditel Brabant evenmin tot de slotsom is gekomen dat aan de voorwaarde van toezicht zoals op de eigen diensten was voldaan op grond dat elke gemeente die lid was van de intercommunale een afgevaardigde in de bestuursorganen en daardoor zeggenschap erover had. In dat arrest heeft het Hof namelijk louter vastgesteld dat het volstaat dat de raad van bestuur van de betrokken intercommunale bestaat uit „vertegenwoordigers van de aangesloten gemeenten, die worden benoemd door de algemene vergadering”, die zelf bestaat uit „vertegenwoordigers van de aangesloten gemeenten”.
- 34 Voor het geval de Raad van State haar analyse niet volgt, stelt de gemeente voor om met name over het begrip „gezamenlijk toezicht” het Hof te verzoeken om een prejudiciële beslissing.
- 35 Zij wijst erop dat een van haar gemeenteraadsleden tegelijkertijd bestuurder was in de raad van bestuur van de IGRETEC en in die van de OHM „Sambre & Biesme”. Zij benadrukt dat rekening moet worden gehouden met de concrete omstandigheden van de zaak en herhaalt dat een symbolische deelneming kan worden gerechtvaardigd omdat de OHM geen financiële belegging beoogt, maar gebruik wenst te maken van de gemeenschappelijke diensten en de structuur van de intercommunale. Zij wijst erop dat het Wetboek van de plaatselijke democratie en de decentralisatie het aantal bestuurders binnen een intercommunale beperkt en is van mening dat de lering die uit het arrest Econord kan worden getrokken, zich beperkt tot de vaststelling dat geen sprake mag zijn van een meerderheidsaandeelhouder die aan iedereen zijn wil kan opleggen, wat in casu niet het geval is. Volgens haar wordt het toezicht zoals op de eigen diensten in casu uitgeoefend via de gemeente Farciennes, die tegelijkertijd aandeelhouder is van de IGRETEC en van de OHM „Sambre & Biesme” en een bestuurder heeft in de raad van bestuur van elk van die twee entiteiten.

*Tweede middel: „inhousesamenwerking”*

- 36 Subsidiair voert de gemeente Farciennes aan dat bij gebreke van gezamenlijk toezicht horizontale samenwerking tussen aanbestedende overheidsdiensten is toegestaan op grond van artikel 12, lid 4, van de richtlijn. Zij stelt dat de samenwerking tussen de OHM „Sambre & Biesme”, de gemeente Farciennes en de IGRETEC onder een dergelijke samenwerking tussen aanbestedende diensten valt, daar het voor de gemeente en de OHM gaat om de verwezenlijking van hun gezamenlijke groenewijkproject en voor de IGRETEC om haar taken uit te voeren ten behoeve van al haar aandeelhouders. Volgens haar gaat het dus voor elk van de partijen om een overeenkomst waarmee gemeenschappelijke doelstellingen worden nagestreefd. Zij voegt daaraan toe dat enkel openbare belangen in het

geding zijn, terwijl de IGRETEC op de open markt niet meer dan 20 % van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor haar rekening neemt.

- 37 De gemeente Farciennes betoogt dat artikel 12, lid 4, van de richtlijn de gezamenlijke uitoefening van taken ter verwezenlijking van gemeenschappelijke doelstellingen beoogt, ook al zijn de uitgevoerde taken verschillend, dat de beoogde openbarediensttaken dus geen gedeelde taken zijn en de wederpartij zich vergist wanneer zij stelt dat de betrokken bepaling vereist dat de overeenkomst de gezamenlijke verstrekking van openbare diensten door samenwerking tot doel heeft. Wat het feit betreft dat artikel 12, lid 4, de „opdracht” beoogt die uitsluitend tussen twee of meer aanbestedende diensten wordt gegund, wijst zij erop dat het begrip „overheidsopdrachten” volgens artikel 2 van de richtlijn dient te worden opgevat als schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een 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. Volgens haar is in de kaderovereenkomst voor gezamenlijke aanbestedingen van een dergelijke samenwerking sprake, aangezien het gaat om een overeenkomst die bijdraagt tot de aanleg van de nieuwe groene wijk, die de bouw van nieuwe woningen door de OHM „Sambre & Biesme” behelst, terwijl ook de gemeente Farciennes overweegt om er nieuwe particuliere woningen te bouwen. De gemeente benadrukt dat de overeenkomst tot doel heeft de respectieve rechten en plichten vast te stellen van de partijen bij het ontwerp en de realisatie van die bouwwerkzaamheden voor de groene wijk in Farciennes, waarvoor gezamenlijke overheidsopdrachten zullen worden uitgeschreven, dat die manier van samenwerking en taken die elke partij in het kader van die samenwerking vervult door de bepalingen van de overeenkomst worden geregeld en dat een onderdeel van de samenwerking erin bestaat dat de gemeente Farciennes overeenkomstig artikel 5 van de overeenkomst, in het kader van de inhouseverhouding die elke partij met de IGRETEC verbindt, een overeenkomst voor ondersteuning bij projectmanagement, juridische dienstverlening en milieudiensten sluit met die intercommunale. Daaruit leidt zij af dat de taak die aldus aan de IGRETEC wordt toevertrouwd, wel degelijk uitvoering geeft aan samenwerking tussen de OHM „Sambre & Biesme” en de gemeente Farciennes, zoals bedoeld in artikel 12, lid 4, onder a), van de richtlijn. Zij voegt daaraan toe dat het ook voor de IGRETEC gaat om samenwerking met de OHM „Sambre & Biesme” en de gemeente Farciennes, die allebei lid zijn van de intercommunale, dat tot de taken van de IGRETEC met name studie bureau- en projectmanagementopdrachten behoren. Volgens de gemeente is het verbijsterend dat wordt verklaard dat de IGRETEC geen openbarediensttaken nastreeft op grond dat het een zuivere intercommunale betreft die enkel met taken van gemeentelijk belang is belast, en betekent het feit dat de aanleg van de groene wijk niet in het maatschappelijk doel van de statuten van de IGRETEC is opgenomen, uiteraard niet dat de overeenkomst niet aan de voorwaarden voor horizontale samenwerking voldoet. Daaruit leidt zij af dat de wederpartij zich vergist over de inhoud en de draagwijdte van de voorwaarden van artikel 12, lid 4, van de richtlijn.

- 38 De gemeente Farciennes voert aan dat de omstandigheden van het concrete geval vallen onder het in artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24 bedoelde samenwerkingsbegrip, zoals dat bij het arrest van 4 juni 2020, Remondis (C-429/19, EU:C:2020:436, punten 32-34), door het Hof is verduidelijkt door te verklaren dat „samenwerking tussen entiteiten in de overheidssector [...] op een gemeenschappelijke strategie van de samenwerkende partners [berust] en vereist dat de aanbestedende diensten hun inspanningen [...] voor de verstrekking van openbare diensten [bundelen]”, hetgeen de loutere terugbetaling van kosten uitsluit, maar een dimensie omvat die wijst op „een intrinsieke behoefte aan samenwerking” en veronderstelt dat „de entiteiten in de overheidssector die voornemens zijn een dergelijke overeenkomst te sluiten, gezamenlijk vaststellen wat hun behoeften zijn en hoe aan deze behoeften kan worden voldaan”.
- 39 Zij zet uiteen dat in casu sprake is van een „door de overeenkomstsluitende partijen samen genomen initiatief tot samenwerking”, aangezien:
- tussen de gemeente Farciennes en de IGRETEC een inhouseverhouding bestaat;
  - de gemeente Farciennes en de OHM „Sambre & Biesme” een gemeenschappelijk project nastreven voor de aanleg van een groene wijk en de bouw van ongeveer 150 particuliere en sociale woningen (met het oog op een sociale mix), waarvoor de gemeente en de OHM hun middelen (waaronder de door de OHM verkregen subsidie) bundelen;
  - de gemeente Farciennes en de OHM „Sambre & Biesme” lid zijn van de IGRETEC die actief is als „studie- en managementbureau en aankoopcentrale”, wat de reden is waarom tot samenwerking met die intercommunale is besloten;
  - de kaderovereenkomst voor gezamenlijke aanbestedingen blijk geeft van die samenwerking tussen de gemeente, de OHM „Sambre & Biesme” en de IGRETEC en beperkt zich niet tot de betaling van een prijs door de OHM aan de IGRETEC, met dien verstande dat het, gelet op het feit dat in ieder geval de gemeente Farciennes en de IGRETEC door een inhouseverhouding met elkaar zijn verbonden, in het kader van die samenwerking is dat door partijen is overeengekomen dat de gemeente Farciennes met de IGRETEC een overeenkomst voor ondersteuning bij projectmanagement, juridische dienstverlening en milieudiensten zou sluiten.
- 40 De gemeente Farciennes stelt zich op het standpunt dat in casu aan de voorwaarden van artikel 12, lid 4, van de richtlijn is voldaan, aangezien in die bepaling niet ook nog is opgenomen dat de aanbestedende diensten „gezamenlijk openbare diensten moeten verlenen”, dat de betrokken diensten geen projecten mogen uitvoeren voor particuliere personen, of dat de samenwerkingspartners het specifieke project waarbij zij samenwerken, in hun maatschappelijke doel moeten hebben opgenomen. Zij voegt daaraan toe dat de in dit geval beoogde samenwerking slechts betrekking heeft op dienstverlening aan overheidsinstanties

en dat ook de IGRETEC in het kader van de overeenkomst haar openbarediensttaken vervult en openbare diensten verleent aan twee van haar leden die zich binnen de intercommunale hebben verenigd om met name die openbarediensttaken te vervullen.

- 41 Voor het geval de Raad van State die analyse niet volgt, stelt de gemeente Farciennes voor om op dat punt het Hof te verzoeken om een prejudiciële beslissing.

*B Société wallonne du logement*

*Eerste middel: „gezamenlijk inhouse”*

- 42 Allereerst wijst de Société wallonne du logement erop dat het door de OHM „Sambre & Biesme” ingeroepen artikel 12, lid 3, van richtlijn 2014/24 geen rechtstreekse werking heeft. Zij herinnert eraan dat enkel bepalingen die een gedragsregel vaststellen en dus subjectieve rechten toekennen aan particulieren, rechtstreekse werking kunnen hebben, terwijl voornoemde bepaling van richtlijn 2014/24 niet aan dat vereiste voldoet, aangezien deze de Staat geen verplichting tot handelen of nalaten ten behoeve van een onderneming oplegt. Volgens haar biedt die bepaling de Staat daarentegen louter de mogelijkheid om een opdracht niet voor mededinging open te stellen wanneer aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Daaruit leidt zij af dat de OHM „Sambre & Biesme” zich niet op die bepaling kan beroepen om in casu de niet-naleving van het mededingingsbeginsel te rechtvaardigen. Voor het geval de Raad van State haar standpunt niet deelt, stelt zij voor om het Hof over de rechtstreekse werking van die bepaling te verzoeken om een prejudiciële beslissing.
- 43 Vervolgens geeft zij aan waarom volgens haar de voorwaarden voor een gezamenlijke inhouseverhouding in casu niet zijn vervuld tussen de OHM „Sambre & Biesme” enerzijds en de IGRETEC anderzijds.
- 44 De contractverhouding tussen twee rechtens onderscheiden personen kan volgens de rechtspraak van het Hof als een „inhouseverhouding” worden aangemerkt wanneer de persoon die een opdracht voor een product of een dienst plaatst, toezicht op de opdrachtnemer toezicht uitoefent zoals over zijn eigen diensten en die opdrachtnemer het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van de overheidsinstantie(s) die hem vormen.
- 45 De opdrachtgever moet een aanbestedende dienst zijn die over zodanige toezichtbevoegdheid beschikt dat hij „zijn beslissingen kan beïnvloeden” en „[h]et moet gaan om een doorslaggevende invloed zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van [de opdrachtnemer]” (arrest van 13 november 2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, punt 28), waardoor het toezicht dat wordt uitgeoefend zoals op de eigen diensten meer omvat dan louter beslissende invloed omdat het wordt geacht te zien op zowel de strategische keuzen als op de afzonderlijke managementbeslissingen. Daarbij

komt volgens de Société wallonne du logement dat de intensiteit van het uitgeoefende toezicht in globo dient te worden beoordeeld, rekening houdend met het beheer als geheel en alle structuren van de betrokken entiteit en niet met betrekking tot de specifieke manier waarop zij in een aanbestedingsprocedure is opgetreden (zie arrest van 17 juli 2008, Commissie/Italië, C-371/05, niet gepubliceerd, EU:C:2008:410).

- 46 Voor de uitoefening van gezamenlijk toezicht is volgens de rechtspraak van het Hof weliswaar niet meer vereist dat elke entiteit afzonderlijk ten aanzien van de gecontroleerde entiteit over dezelfde beslissende invloed beschikt als wanneer deze de activiteit zelfstandig en intern zou hebben georganiseerd, noch dat de overheidsinstantie een meerderheidsdeelneming bezit, zodat het toezicht gezamenlijk kan worden uitgeoefend, maar dit is met name slechts het geval voor zover er geen uiteenlopende belangen zijn bij het dagelijkse beheer van de aan de gecontroleerde entiteit toegewezen openbardiensttaken, die entiteit niet onafhankelijk van haar aandeelhouders doelstellingen kan nastreven en derhalve geen marktgerichte onderneming is geworden. De Société wallonne du logement merkt op dat het Hof korter geleden in het arrest van 29 november 2012, Econord (C-182/11 en C-183/11, EU:C:2012:758, punt 31), de in geval van een gezamenlijke inhouseverhouding geldende voorwaarden voor toezicht zoals op de eigen diensten heeft verfijnd door te preciseren dat elk van de aanbestedende diensten zowel dient deel te nemen in het kapitaal als deel dient uit te maken van de bestuursorganen van de opdrachtnemer, dat het toezicht op laatstgenoemde niet uitsluitend mag afhangen van de toezichtbevoegdheid van de overheidsinstantie die een meerderheidsdeelneming in het kapitaal van de betrokken entiteit bezit, omdat „[i]ndien de positie van een aanbestedende dienst in een gemeenschappelijke opdrachtnemende entiteit zodanig is dat hij geen enkele mogelijkheid heeft om deel te nemen aan het toezicht op die entiteit, [...] de Unierechtelijke voorschriften inzake overheidsopdrachten of dienstenconcessies immers [zouden] kunnen worden omzeild, aangezien een louter formele deelneming in een dergelijke entiteit of een gemeenschappelijk bestuursorgaan ervan, die aanbestedende dienst zou vrijstellen van de verplichting om een aanbestedingsprocedure te organiseren overeenkomstig de voorschriften van het Unierecht, ook al zou bedoelde aanbestedende dienst in het geheel niet deelnemen aan de uitoefening van het ‚toezicht zoals op de eigen diensten’ op die entiteit”. Zij wijst erop dat het Hof de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) in die zaak heeft verzocht vast te stellen of de aanbestedende diensten op grond van de door hen gesloten aandeelhoudersovereenkomst effectief aan het toezicht op de opdrachtnemende vennootschap konden deelnemen (punt 32) aangezien elk van hen over slechts één aandeel in die vennootschap beschikte. De Société wallonne du logement zet uiteen dat het Hof door die beslissing het risico wil vermijden dat de regeling inzake overheidsopdrachten door een louter formele aansluiting bij een gemeenschappelijke entiteit zou worden omzeild en haar eerdere rechtspraak bevestigt waarin is vereist dat de aanbestedende diensten ondanks het bezit van een heel duidelijk minderheidsbelang effectief structureel en functioneel toezicht op de opdrachtnemende vennootschap kunnen uitoefenen.

- 47 Zij komt tot de slotsom dat het besluit van de raad van bestuur van de OHM „Sambre & Biesme” van 29 oktober 2015 om één aandeel in de IGRETEC te verwerven, uitsluitend tot doel had om zich aan de toepassing van de regeling inzake overheidsopdrachten te onttrekken en dat het feit dat beroep wordt gedaan op een entiteit die gezamenlijk in handen is van meerdere aanbestedende diensten weliswaar in beginsel niet belet dat van de inhouse-uitzondering gebruik wordt gemaakt, maar dat dit slechts het geval is voor zover de aanbestedende dienst die op die entiteit beroep doet, effectief structureel en functioneel toezicht op die entiteit uitoefent, hetgeen veronderstelt dat hij zowel deelneemt in het kapitaal als deel uitmaakt van de bestuursorganen van de opdrachtnemende entiteit, en dit toezicht van dien aard is dat een beslissende invloed kan worden uitgeoefend op de strategische doelstellingen en op de belangrijke beslissingen van die entiteit.
- 48 Voorts verduidelijkt zij dat de deelneming van de OHM „Sambre & Biesme”, die slechts een enkel aandeel in het maatschappelijk kapitaal van de IGRETEC bezit, in het licht van het aantal aandelen in de IGRETEC waarop is ingeschreven, volstrekt symbolisch is, omdat die deelneming volgens haar berekeningen slechts 0,000000197 % van de aandelen met stemrecht op de algemene vergadering (aandeelhouders van categorie A, C en P) vertegenwoordigt. Zij wijst er eveneens op dat de OHM „Sambre & Biesme” door geen enkele bestuurder in de raad van bestuur van de IGRETEC wordt vertegenwoordigd, terwijl de gemeenten (aandeelhouders van categorie A) bij het toezicht op de organen van de IGRETEC een dominante positie bekleden. Aangezien de aandeelhouders van categorie A (gemeenten) op grond van de statuten van de IGRETEC de meerderheid in de raad van bestuur hebben, belet hun machtspositie volgens de Société wallonne du logement dat de aandeelhouders van de andere categorieën, waaronder de OHM „Sambre & Biesme”, effectief deelnemen aan structureel en functioneel toezicht op de IGRETEC en beslissende invloed uitoefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van die intercommunale.
- 49 Zij herinnert eraan dat de inhouse-uitzondering strikt moet worden uitgelegd en dat de bewijslast bij degene ligt die zich erop beroept. Ter rechtvaardiging van gezamenlijk toezicht zoals op de eigen diensten moeten de besluitvormingsorganen van de opdrachtnemende entiteit zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle aanbestedende diensten, terwijl de OHM „Sambre & Biesme” in de raad van bestuur van de IGRETEC geen enkele vertegenwoordiger heeft. Daarbij komt volgens haar dat het gemeenteraadslid van Farciennes dat in die raad van bestuur aanwezig is, slechts optreedt als vertegenwoordiger van de gemeente Farciennes en niet als vertegenwoordiger van de OHM „Sambre & Biesme”. Daaruit leidt zij af dat de voorwaarde voor gezamenlijk inhousetoezicht niet is vervuld.

*Tweede middel: „inhousesamenwerking”*

- 50 Allereerst wijst de Société wallonne du logement elke rechtstreekse werking van artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24, dat de „horizontale niet-geïnstitutionaliseerde samenwerking tussen aanbestedende diensten” beoogt, van

de hand, op grond dat ook die bepaling geen subjectieve rechten aan een onderneming toekent daar zij de Staat geen verplichting tot handelen of nalaten oplegt.

- 51 Vervolgens zet zij uiteen dat de gemeente Farciennes niet aantoont dat in casu aan de drie cumulatieve voorwaarden van die bepaling is voldaan, te weten (1) dat de opdracht voorziet in of uitvoering geeft 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, (2) dat de invulling van die samenwerking uitsluitend berust op overwegingen in verband met het openbaar belang en (3) dat de deelnemende aanbestedende diensten op de open markt niet meer dan 20 % van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening nemen.
- 52 De Société wallonne du logement voert aan dat de overeenkomst tussen de OHM „Sambre & Biesme”, de gemeente Farciennes en de IGRETEC geen overeenkomst vormt die uitsluitend is gesloten tussen 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. Zij wijst erop dat de betrokken overeenkomst ziet op door de gemeente Farciennes en de OHM „Sambre & Biesme” aan de IGRETEC toevertrouwde studiebureaudiensten, die worden uitgevoerd onder toezicht van eerstgenoemden en dat met die overeenkomst derhalve niet wordt beoogd de overeenkomstsluitende partijen in staat te stellen om gezamenlijk openbare diensten door samenwerking te verlenen. Voorts geeft zij aan dat de IGRETEC dergelijke gespecialiseerde studiebureaudiensten voor het ontwerp, de realisatie en de uitvoering van projecten ten behoeve van zowel publieke als particuliere partners uitvoert, zodat die intercommunale geen openbare diensttaken nastreeft.
- 53 Nog fundamenteler volgens haar is dat de door de OHM „Sambre & Biesme” en de gemeente Farciennes nagestreefde doelstellingen, die bestaan in de aanleg van een groene wijk, overduidelijk verschillen van het maatschappelijk doel van de IGRETEC.

Zij concludeert daaruit dat de overeenkomst tussen de OHM „Sambre & Biesme”, de gemeente Farciennes en de IGRETEC niet voldoet aan de voorwaarden van horizontale samenwerking. De IGRETEC treedt volgens haar op als een pure verstrekker van diensten tegen betaling zonder dat tussen de drie entiteiten sprake is van „echte samenwerking” in de zin van de rechtspraak van het Hof.

- 54 Voor het geval de Raad van State haar standpunt niet deelt, dient het Hof volgens de Société wallonne du logement op dat punt te worden verzocht om een prejudiciële beslissing.



#### 4. Beoordeling door de Raad van State:

##### A. *Eerste middel: „gezamenlijk inhouse”*

- 55 Het enkele feit dat beide partijen in een overeenkomst zelf overheidsdiensten zijn, sluit de toepassing van aanbestedingsregels niet uit (arrest van 18 november 1999, Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, punten 50 en 51; overweging 31 van richtlijn 2014/24). De inhouseverhouding vormt een uitzondering op de toepassing van die regels. De toepassingsvoorwaarden dienen dus strikt te worden uitgelegd en het is aan degene die zich erop beroept, om aan te tonen dat aan die voorwaarden is voldaan (arresten van 13 oktober 2005, Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, punt 63, en 8 mei 2014, Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, punt 23).
- 56 Bij een gezamenlijke inhouseverhouding is een entiteit in handen van meerdere aanbestedende diensten die „gezamenlijk” op die entiteit „toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten”.
- 57 Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat de uitoefening van (enkelvoudig of gezamenlijk) „toezicht zoals op de eigen diensten” in elk geval impliceert dat de aanbestedende dienst(en), zelfstandig of gezamenlijk, zodanig effectief structureel en functioneel toezicht op de opdrachtnemende vennootschap uitoefent (uitoefenen) dat de aanbestedende dienst(en) zowel de strategische doelstellingen als de belangrijke beslissingen van die vennootschap doorslaggevend kan (kunnen) beïnvloeden. De intensiteit van het uitgeoefende toezicht moet in globo worden beoordeeld, rekening houdend met het beheer als geheel en alle structuren van de betrokken entiteit. Bij deze beoordeling moet rekening worden gehouden met alle relevante wetsbepalingen en omstandigheden van het concrete geval (arresten van 13 oktober 2005, Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, punt 65; 11 mei 2006, Carbotermo en Consorzio Alisei, C-340/04, EU:C:2006:308, punt 36; 17 juli 2008, Commissie/Italië, C-371/05, niet gepubliceerd, punt 24; 13 november 2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, punt 28; 10 september 2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, punt 65, en 8 mei 2014, Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, punt 24).
- 58 Nog steeds volgens de rechtspraak van het Hof wijst het feit dat de besluitvormingsorganen van de opdrachtnemende entiteit bestaan uit afgevaardigden van de aanbestedende dienst(en) op het feit dat deze dienst(en) controle uitoefent (uitoefenen) op die besluitvormingsorganen en dus een doorslaggevende invloed kan (kunnen) uitoefenen zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van deze entiteit (arrest van 13 november 2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, punt 34).
- 59 Aangaande met name het geval van toezicht dat door meerdere aanbestedende diensten „gezamenlijk” wordt uitgeoefend zoals op de eigen diensten, blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat het feit dat een van de aanbestedende diensten een

louter symbolisch aandeel in de opdrachtnemende vennootschap bezit, op zich niet volstaat om aan te nemen dat ten aanzien van die aanbestedende dienst de voorwaarde van „toezicht zoals op de eigen diensten” niet is vervuld (arrest van 19 april 2007, Asemfo, C-295/05, EU:C:2007:227, punten 58-61).

- 60 De OHM „Sambre & Biesme” geeft evenwel zelf toe dat de aanbestedende dienst, om zich op „gezamenlijk toezicht zoals op de eigen diensten” te kunnen beroepen, dient aan te tonen op de een of andere manier aan het toezicht op de opdrachtnemende entiteit te kunnen deelnemen. Zij toont echter niet aan dat zij enig toezicht op de IGRETEC kan uitoefenen. Ter zake blijkt uit het bestreden besluit dat „de statuten van de IGRETEC [...] aan haar gemeentelijke aandeelhouders (categorie A) meer gewicht [toekennen] dan aan de andere overheidsinstanties (categorie C)”, dat „[d]e aandeelhouders van categorie C, waarvan de OHM „Sambre & Biesme” deel uitmaakt, [...] niet verzekerd [zijn] van vertegenwoordiging door hun eigen leden in de raad van bestuur en [...] over evenveel stemrechten als maatschappelijk aandelen [beschikken]”, dat „een minieme deelneming in het maatschappelijk kapitaal van de IGRETEC [...] weinig invloed [oplevert]”, dat „enkel de gemeentelijke aandeelhouders [...] op de algemene vergadering beslissingen [kunnen] blokkeren”, dat „de gemeenten (categorie A) [...] volgens de statuten van de IGRETEC klaarblijkelijk over omvangrijke toezichtbevoegdheden [beschikken]” en dat „de statuten van de IGRETEC [...] op [dat] moment een dominante positie aan de gemeenten [toekennen], waardoor de OHM „Sambre & Biesme” niet kan bewijzen dat ook de andere publieke aandeelhouders over een daadwerkelijke en doorslaggevende invloed beschikken”.
- 61 Uit het arrest van 29 november 2012, Econord (C-182/11 en C-183/11, EU:C:2012:758, punten 31 en 33), blijkt dat de aanbestedende dienst, om zich op „gezamenlijk toezicht zoals op de eigen diensten” te kunnen beroepen, moet „deelnemen in het kapitaal van die entiteit alsook deel [moet] uitmaken van de bestuursorganen ervan”, zodat hij „effectief [kan] deelnemen aan het toezicht” op die entiteit. Het Hof benadrukt dat het begrip „gezamenlijk toezicht” niet mag worden uitgehold en wijst erop dat „[i]ndien de positie van een aanbestedende dienst in een gemeenschappelijke opdrachtnemende entiteit zodanig is dat hij geen enkele mogelijkheid heeft om deel te nemen aan het toezicht op die entiteit, [...] de Unierechtelijke voorschriften inzake overheidsopdrachten of dienstenconcessies immers [zouden] kunnen worden omzeild, aangezien een louter formele deelneming in een dergelijke entiteit of een gemeenschappelijk bestuursorgaan ervan, die aanbestedende dienst zou vrijstellen van de verplichting om een aanbestedingsprocedure te organiseren overeenkomstig de voorschriften van het Unierecht, ook al zou bedoelde aanbestedende dienst in het geheel niet deelnemen aan de uitoefening van het ‚toezicht zoals op de eigen diensten’ op die entiteit”.
- 62 De vraag rijst evenwel in welke mate en op welke manier de aanbestedende dienst „deel moet uitmaken” van de bestuursorganen van de gecontroleerde entiteit en „effectief [moet] deelnemen aan het toezicht”. In zijn arrest van 8 mei 2014, Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13, EU:C:2014:303, punt 28), heeft het

Hof geoordeeld dat er geen toezichtverhouding bestaat tussen de aanbestedende dienst en de opdrachtnemende entiteit wanneer die dienst niet deelneemt in het kapitaal van die entiteit en „geen wettelijke vertegenwoordiger [heeft] in de bestuursorganen ervan”.

- 63 Artikel 12, lid 3, van richtlijn 2014/24 lijkt het begrip „deel uitmaken” van de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde entiteit te verduidelijken door te bepalen:

„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”.

- 64 In casu heeft de OHM „Sambre & Biesme” op 29 oktober 2015 een maatschappelijk aandeel in de IGRETEC verworven voor een bedrag van 6,20 EUR, teneinde rechtstreeks van de diensten van die intercommunale gebruik te kunnen maken. Op 31 december 2015 kwam dat ene maatschappelijke aandeel overeen met 0,0000049 % van de 20 366 778 maatschappelijke aandelen in de intercommunale en met 0,0000197 % van de 5 071 477 aandelen met stemrecht op de algemene vergadering. Uit die stukken blijkt eveneens dat de aandeelhouders van „categorie C” op datzelfde tijdstip samen 0,084 % van de maatschappelijke aandelen en 0,34 % van de maatschappelijke aandelen met stemrecht op de algemene vergadering vertegenwoordigden. De aandeelhouders van „categorie C”, en met name de OHM „Sambre & Biesme”, beschikten binnen de IGRETEC dus over een heel duidelijke minderheidspositie.

- 65 Door de heel duidelijke minderheidspositie konden de aandeelhouders van categorie C niet effectief aan het toezicht op de IGRETEC deelnemen. Volgens de statuten beschikten de gemeenten (aandeelhouders van categorie A) bovendien op alle fronten en in alle besluitvormingsorganen over een dominante positie. De OHM „Sambre & Biesme” kan niet worden gevolgd wanneer zij verklaart dat de aandeelhouders van categorie C in de raad van bestuur van de IGRETEC waren vertegenwoordigd. Gelet op het beperkte aantal bestuurders kunnen de aandeelhouders van categorie C door hun heel duidelijke minderheidspositie de facto niet beschikken over een bestuurder om hen in dat orgaan te vertegenwoordigen, terwijl de statuten van de IGRETEC geen enkele waarborg bevatten dat de aandeelhouders van categorie C worden vertegenwoordigd door een door hen aangewezen bestuurder. Derhalve wijst het bestreden besluit er heel terecht op dat „[d]e aandeelhouders van categorie C, waarvan de OHM „Sambre & Biesme” deel uitmaakt, [...] niet verzekerd [zijn] van vertegenwoordiging door hun eigen leden in de raad van bestuur”. Uit voorgaande elementen kan worden afgeleid dat de aandeelhouders van categorie C, waarvan de OHM „Sambre & Biesme” deel uitmaakt, in geen enkele mate en op geen enkele manier deelnemen aan de uitoefening van gezamenlijk toezicht op de IGRETEC.

- 66 De OHM „Sambre & Biesme” heeft ter terechtzitting evenwel betoogd dat in de raad van bestuur van de IGRETEC ten tijde van de feiten een gemeenteraadslid van de gemeente Farciennes zitting had dat tegelijkertijd bestuurder van de OHM „Sambre & Biesme” was. De OHM „Sambre & Biesme” heeft echter niet kunnen aantonen dat die configuratie rehtens was vastgesteld en gewaarborgd. Bovendien had die persoon zitting in de raad van bestuur van de IGRETEC in zijn hoedanigheid van „gemeenteraadslid van Farciennes”. Uit niets kan worden afgeleid dat deze persoon, ondanks dat hij de facto tevens bestuurder van de OHM „Sambre & Biesme” was, ter zake eveneens werd geacht de belangen van laatstgenoemde vennootschap te vertegenwoordigen.
- 67 Volgens de OHM „Sambre & Biesme” volstaat die feitelijke toestand evenwel om aan te tonen dat zij „deel uitmaakt” van de besluitvormingsorganen van de IGRETEC en om aan te nemen dat zij via de gemeente Farciennes, die aandeelhouder is van zowel de IGRETEC als van de OHM en in elk van die entiteiten een bestuurder heeft, over die intercommunale „gezamenlijk toezicht zoals over haar eigen diensten” uitoefent. Zij wijst er dienaangaande op dat het bestaan van dergelijk toezicht in concreto moet worden beoordeeld, rekening houdend met de omstandigheden van het geval, en dat het volstaat dat dit toezicht plaatsvindt, wat ook de manier is waarop het in de praktijk wordt uitgeoefend.
- 68 Het Hof dient op dat punt te worden verzocht om een prejudiciële beslissing. Evenwel moet erop worden gewezen dat de OHM „Sambre & Biesme” weliswaar geldend maakt dat de gemeente Farciennes aandeelhouder is van zowel de OHM „Sambre & Biesme” als van de IGRETEC en toezicht op die twee entiteiten uitoefent, maar niet beweert dat sprake is van een „zijdelingse inhouseverhouding” op grond waarvan twee entiteiten die onder zeggenschap van dezelfde aanbestedende dienst staan, elkaar opdrachten kunnen gunnen zonder voorafgaande oproep tot mededinging. Hoe dan ook lijkt van dat soort toezicht slechts sprake te kunnen zijn wanneer dezelfde dienst als enige toezicht uitoefent op de twee lichamen die de overeenkomst sluiten [conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in de zaak *Datenlotsen Informationssysteme* (C-15/13, EU:C:2014:23, punten 44 en 45)], wat in casu niet het geval is aangezien de gemeente Farciennes de IGRETEC en de OHM „Sambre & Biesme” slechts samen met andere publieke en zelfs particuliere aandeelhouders (wat laatstgenoemde entiteit betreft) in handen heeft.
- 69 Partijen in het geding blijken trouwens van mening te zijn dat het antwoord op die vraag kan verschillen naargelang aan artikel 12, lid 3, van richtlijn 2014/24, dat ten tijde van de feiten van kracht was, al dan niet rechtstreekse werking wordt toegekend. Derhalve is het aangewezen om het Hof eveneens te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de vraag of aan voornoemde bepaling rechtstreekse werking moet worden toegekend, aangezien het Hof in zijn arrest van 3 oktober 2019, *Irgita* (C-285/18, EU:C:2019:829, punten 46 en 49), reeds over artikel 12, lid 1, van voornoemde richtlijn heeft geoordeeld, zonder zich uit te spreken over de rechtstreekse werking van dat artikel 12, dat het de lidstaten niet kan dwingen om gebruik te maken van een inhoustransactie wanneer aan de voorwaarden van

die bepaling is voldaan en dat het een lidstaat vrijstaat om een aanbestedende dienst voorwaarden voor het sluiten van een inhoustransactie op te leggen die niet in artikel 12, lid 1, van richtlijn 2014/24 zijn neergelegd.

- 70 De Raad van State legt in dit verband de hieronder opgenomen eerste drie vragen voor.

*B Tweede middel: „inhousesamenwerking”*

- 71 Subsidiair beroept de gemeente Farciennes zich op het feit dat sprake is van horizontale samenwerking tussen aanbestedende diensten als bedoeld in artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24.
- 72 Zoals reeds is aangegeven bij het onderzoek van het eerste middel was de wet tot omzetting van richtlijn 2014/24 op het tijdstip van de litigieuze feiten nog niet van kracht, ofschoon de gestelde omzettingstermijn reeds was verstreken. Derhalve dient aan het Hof in eerste instantie de vraag te worden voorgelegd of aan artikel 12, lid 4, van die richtlijn rechtstreekse werking moet worden toegekend.
- 73 Publiek-publieke horizontale samenwerking vormt een uitzondering op de toepassing van de aanbestedingsregels. Zoals dat het geval is voor inhouseverhoudingen, moeten de voorwaarden om zich op een dergelijke samenwerking te beroepen, strikt worden uitgelegd en is het aan degene die er aanspraak op maakt, om het bewijs te leveren dat aan de voorwaarden voor die samenwerking is voldaan.
- 74 Een van de voorwaarden die artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24 oplegt om zich op horizontale samenwerking te beroepen, is dat de „opdracht” voorziet in of uitvoering geeft 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.
- 75 In het arrest van 28 mei 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395, punten 57-60), heeft het Hof erop gewezen dat artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24 alleen maar „verwijst naar gezamenlijke doelstellingen [zonder te verlangen] dat een openbare dienst gezamenlijk wordt verricht” of dat „de taak van algemeen belang gezamenlijk wordt uitgevoerd door de publiekrechtelijke personen die aan de samenwerking deelnemen”, aangezien uit overweging 33 van de richtlijn blijkt dat „[d]e diensten die door de verschillende [aan een dergelijke samenwerking] deelnemende instanties worden verleend [...] niet noodzakelijkerwijs identiek [hoeven] te zijn; zij kunnen ook complementair zijn”. Het Hof leidt daaruit af dat artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24 „aldus moet worden uitgelegd dat het de deelnemende aanbestedende diensten zonder onderscheid toestaat om zowel gezamenlijk als elk afzonderlijk een taak van algemeen belang te verrichten, mits hun samenwerking het mogelijk maakt hun gemeenschappelijke doelstellingen te verwezenlijken” en dat „een

samenwerking tussen publiekrechtelijke personen betrekking kan hebben op alle soorten activiteiten die verband houden met de uitvoering van diensten en met de uitoefening van verantwoordelijkheden die aan de deelnemende aanbestedende diensten zijn toevertrouwd of door hen zijn aanvaard”. Het Hof wijst er nog op dat de uitdrukking „alle soorten activiteiten” „ook betrekking kan hebben op een nevenactiviteit van een openbare dienst, voor zover deze nevenactiviteit bijdraagt aan de daadwerkelijke verwezenlijking van de taak van algemeen belang die het voorwerp vormt van de samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten”.

- 76 Bij arrest van 4 juni 2020, Remondis (C-429/19, EU:C:2020:436, punten 32-34), heeft het Hof eraan herinnerd dat artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24 en de daarin opgenomen uitsluitingsregeling vereisen dat sprake is van een „echte samenwerking” tussen de deelnemende aanbestedende diensten: „[h]et sluiten van een samenwerkingsovereenkomst tussen entiteiten in de overheidssector moet [...] het resultaat zijn van een door de overeenkomstsluitende partijen samen genomen initiatief tot samenwerking (zie in die zin arrest van 9 juni 2009, Commissie/Duitsland, C-480/06, EU:C:2009:357, punt 38). De uitwerking van samenwerking tussen entiteiten in de overheidssector heeft immers een dimensie die wijst op een intrinsieke behoefte aan samenwerking die ontbreekt bij de plaatsing van een overheidsopdracht die onder richtlijn 2014/24 valt. De voorbereiding van een samenwerkingsovereenkomst veronderstelt dus dat de entiteiten in de overheidssector die voornemens zijn een dergelijke overeenkomst te sluiten, gezamenlijk vaststellen wat hun behoeften zijn en hoe aan deze behoeften kan worden voldaan. Bij een gewone aanbestedingsprocedure verloopt een dergelijke fase van evaluatie en vaststelling van de behoeften in de regel daarentegen eenzijdig. In dit laatste geval doet de aanbestedende dienst immers slechts een oproep tot inschrijving onder opgaaf van het door hemzelf opgestelde bestek. Hieruit volgt dat samenwerking tussen entiteiten in de overheidssector berust op een gemeenschappelijke strategie van de samenwerkende partners en vereist dat de aanbestedende diensten hun inspanningen bundelen voor de verstrekking van openbare diensten” (onderstreping toegevoegd).
- 77 In casu zijn de gemeente Farciennes en de OHM „Sambre & Biesme” de enige partijen bij de kaderovereenkomst inzake gezamenlijke opdrachten voor diensten, werken en de promotie van werken met betrekking tot het ontwerp en de realisatie van bouwwerkzaamheden voor de groene wijk in Farciennes. De IGRETEC is geen partij bij die overeenkomst. De aan de IGRETEC toevertrouwde werkzaamheden bestaande in ondersteuning bij projectmanagement, juridisch en milieuadvies vallen ongetwijfeld onder de openbarediensttaken die deze intercommunale dient uit te voeren en waarvoor zij is opgericht. De loutere omstandigheid dat zij die taken in het kader van de tussen de gemeente Farciennes en de OHM „Sambre & Biesme” gesloten overeenkomst voor de verwezenlijking van een groenewijkproject in Farciennes uitoefent, houdt evenwel niet in dat de IGRETEC zelf meewerkt bij het project, noch dat zij samen met de partijen bij die overeenkomst een gemeenschappelijke doelstelling nastreeft.

- 78 Uit die verschillende elementen moet worden geconcludeerd dat de IGRETEC niet kan worden beschouwd als „partij bij een samenwerkingsovereenkomst” die „veronderstelt [...] dat de entiteiten [...] gezamenlijk vaststellen wat hun behoeften zijn en hoe aan deze behoeften kan worden voldaan”, „berust op een gezamenlijke strategie van de samenwerkende partners”, „vereist dat de aanbestedende diensten hun inspanningen bundelen voor de verstrekking van openbare diensten” en waarvan het sluiten „het resultaat [is] van een [...] initiatief tot samenwerking”.
- 79 De gemeente Farciennes lijkt evenwel aan te voeren dat de aan de IGRETEC toevertrouwde taken bestaande in ondersteuning bij projectmanagement, juridische dienstverlening en milieudiensten kunnen voldoen aan de voorwaarden van artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24, op grond dat die taken passen in de samenwerking tussen de OHM „Sambre & Biesme” en de gemeente Farciennes, een gezamenlijke inhouseverhouding in ieder geval de gemeente Farciennes en de IGRETEC met elkaar verbindt en de gemeente en de OHM „Sambre & Biesme” lid zijn van de IGRETEC die actief is als „studie- en projectmanagementbureau en aankoopcentrale”. In dat verband legt de Raad van State de vierde en de vijfde vraag voor.

## **5. Prejudiciële vragen:**

- 80 De Raad van State legt de volgende vragen voor:

„1) Dient artikel 12, lid 3, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014, zoals gewijzigd bij gedelegeerde verordening (EU) 2015/2170 van de Commissie van 24 november 2015, betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG aldus te worden uitgelegd dat het rechtstreekse werking heeft?

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

3) Indien die eerste vraag ontkennend moet worden beantwoord: dient te worden aangenomen dat een aanbestedende dienst, in casu een openbare huisvestingsmaatschappij, „deel uitmaakt” van de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon, in casu een intercommunale coöperatieve

vennootschap, louter op grond dat een persoon die in zijn hoedanigheid van gemeenteraadslid van een andere deelnemende aanbestedende dienst, in casu een gemeente, zitting heeft in de raad van bestuur van die intercommunale coöperatieve vennootschap, vanwege uitsluitend feitelijke omstandigheden en zonder juridisch gegarandeerde vertegenwoordiging ook bestuurder blijkt te zijn van de openbare huisvestingsmaatschappij, terwijl de gemeente (niet-exclusieve) aandeelhouder is van zowel de gecontroleerde entiteit (intercommunale coöperatieve vennootschap) als van de openbare huisvestingsmaatschappij?

4) Dient artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014, zoals gewijzigd bij gedelegeerde verordening (EU) 2015/2170 van de Commissie van 24 november 2015, betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG aldus te worden uitgelegd dat het rechtstreekse werking heeft?

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