



Datum van inontvangstneming : 11/02/2013

**Zaak C-15/13**

**Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof**

**Datum van indiening:**

10 januari 2013

**Verwijzende rechter:**

Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Duitsland)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

6 november 2012

**Verwerende partij in hoger beroep:**

Datenlotsen Informationssysteme GmbH – verzoekster –

**Verzoekende partijen in hoger beroep:**

1. Technische Universität Hamburg-Harburg – verweerster –
  2. Hochschul-Informationssystem GmbH – medegedaagde –
- 

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Beroep ter zake van het plaatsen van een opdracht

**Voorwerp en rechtsgrondslag van het prejudiciële verzoek**

Uitlegging van het Unierecht, artikel 267 VWEU

**Prejudiciële vragen**

- 1) Moet onder een „overheidsopdracht” in de zin van artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114), ook worden verstaan een overeenkomst op grond waarvan de

opdrachtgever op de opdrachtnemer weliswaar geen toezicht uitoefent zoals op een eigen dienst, doch zowel de opdrachtgever als de opdrachtnemer door dezelfde instantie, die zelf een aanbestedende dienst is in de zin van richtlijn 2004/18, worden gecontroleerd, en opdrachtgever en opdrachtnemer in wezen voor diezelfde instantie werkzaamheden verrichten (horizontale in-house-opdracht)?

Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord:

- 2) Moet dan het toezicht, uitgeoefend zoals op een eigen dienst, zich uitstrekken tot alle werkzaamheden van de opdrachtnemer of is het voldoende wanneer het zich beperkt tot het gebied van de inkoop?

### **Aangevoerde regelingen van Unierecht**

Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114), met name artikel 1, lid 2, sub a

Verordening (EG) nr. 1177/2009 van de Commissie van 30 november 2009 tot wijziging van de richtlijnen 2004/17/EG, 2004/18/EG en 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft hun toepassingsdrempels inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten (PB L 314, blz. 64)

### **Aangevoerde bepalingen van nationaal recht**

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Duitse wet tegen mededingingsbeperkingen; hierna: „GWB”), met name §§ 99, lid 1, 101b, lid 1, punt 2

Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Duitse verordening betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten (Vergabeverordnung; hierna: „VgV”), met name § 2, punt 2

Hamburgisches Hochschulgesetz (Hamburgse wet op het hoger onderwijs; hierna: HmbHSchG), met name §§ 2, 5 en 6

### **Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding**

- 1 Zowel verzoekster als medegedaagde verrichten IT-softwarediensten voor instellingen voor hoger onderwijs. Anders dan de zuiver privaatrechtelijke verzoekster wordt het stamkapitaal van medegedaagde volledig gehouden door de staat. Een derde deel van dit kapitaal is in handen van de Bondsrepubliek Duitsland, de rest is in gelijke aandelen in handen van de 16 deelstaten en van de

Freie und Hansestadt Hamburg. Laatstgenoemde heeft evenwel geen permanente vertegenwoordiger in de raad van toezicht van medegedaagde, maar zij en de andere aandeelhouders wisselen elkaar volgens een in de statuten vastgelegd rouleringssysteem af als vertegenwoordiger. Volgens de statuten van medegedaagde bestaat haar maatschappelijk doel erin de instellingen voor hoger onderwijs en de bevoegde overheidsinstanties te ondersteunen bij hun streven naar een rationele en economisch verantwoorde vervulling van hun onderwijstaken. Zij behaalt ongeveer 95 % van haar omzet uit haar bedrijfswerkzaamheden met betrekking tot instellingen voor hoger onderwijs.

- 2 Verweerster, een openbare instelling voor hoger onderwijs van de Freie und Hansestadt Hamburg, is voornemens een IT-managementsysteem voor instellingen voor hoger onderwijs in te voeren. Na een vergelijking tussen de door verzoekster enerzijds, en medegedaagde anderzijds ontwikkelde IT-systemen, sloot verweerster op 7 april 2011 met medegedaagde een overeenkomst inzake de invoering van diens systeem, zonder dat van tevoren een aanbesteding op Europees niveau had plaatsgevonden. De waarde van de opdracht schat verzoekster op 840 000 EUR, welk bedrag door verweerster niet wordt betwist.
- 3 Daarop stelde verzoekster beroep in bij de Vergabekammer bei der Finanzbehörde der Freien und Hansestadt Hamburg. Deze verklaarde het beroep gegrond en verplichtte verweerster om een nieuwe opdracht te plaatsen met inachtneming van de rechtsopvatting van de Vergabekammer.
- 4 Daartegen hebben verweerster en medegedaagde hogere beroepen in kort geding ingesteld waarmee zij vernietiging vorderen van de beslissing van de Vergabekammer en verwerping van het beroep. Verzoekster vordert verwerping van de hogere beroepen in kort geding.

### **Korte uiteenzetting van de motivering van het prejudiciële verzoek**

#### *Eerste vraag*

- 5 De beslissing van de verwijzende rechter hangt af van de vraag of het bij de overeenkomst van 7 april 2011 gaat om een „overheidsopdracht” in de zin van artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2004/18. Overheidsopdrachten moeten in een formele aanbestedingsprocedure op Europees niveau worden uitgeschreven, voor zover zij de toepassingsdrempel te boven gaan (in casu 193 000 EUR, overeenkomstig § 2, punt 2, VgV juncto verordening nr. 1177/2009). Wanneer sprake is van een overheidsopdracht, heeft de Vergabekammer terecht vastgesteld dat de overeenkomst bij gebreke van een aanbesteding overeenkomstig § 101b, lid 1, punt 2, GWB nietig is, zodat de hogere beroepen moet worden verworpen. Zoniet, dan moet de beslissing van de Vergabekammer op de beroepen worden vernietigd.

- 6 In aansluiting op de definitie in artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2004/18, bepaalt § 99, lid 1, GWB: „Overheidsopdrachten zijn overeenkomsten onder bezwarende titel tussen een aanbestedende dienst en ondernemers, inzake het verrichten van prestaties die betrekking hebben op leveringen, werkzaamheden of diensten, en inzake bouwconcessies en uitlotingprocedures die moeten leiden tot dienstenopdrachten”. Verweerster is, als publiekrechtelijk lichaam met rechtspersoonlijkheid, een aanbestedende dienst. Volgens de Vergabekammer is derhalve sprake van een overeenkomst in de zin van § 99 GWB.
- 7 Volgens het arrest Teckal (arrest Hof van 18 november 1999, C-107/98, Jurispr. blz. I-8121) hoeft hier evenwel niet zonder meer sprake te zijn van een overheidsopdracht in de zin van richtlijn 2004/18. Veeleer zal er – zelfs wanneer de contractpartner een instelling is die juridisch losstaat van een aanbestedende dienst – sprake zijn van een door de staat in eigen beheer verrichte dienst in de vorm van een „in-house-opdracht”. Voorwaarde hiervoor is, in de eerste plaats, dat de overheidsinstantie, die een aanbestedende dienst is, op de betrokken instelling toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten (toezichtcriterium) en, in de tweede plaats, dat deze instelling het merendeel van haar werkzaamheden verricht voor de publiekrechtelijke instelling(en) die haar aandelen houdt/houden (criterium inzake het merendeel van de werkzaamheden).
- 8 Aan het criterium inzake het merendeel van de werkzaamheden is voldaan, aangezien de bedrijfswerkzaamheden van medegedaagde overwegend betrekking hebben op openbare instellingen voor hoger onderwijs.
- 9 Problematisch is daarentegen het toezichtcriterium. In dit verband heeft de Vergabekammer vastgesteld dat verweerster als opdrachtgever niet in staat is om op medegedaagde het vereiste toezicht uit te oefenen. Verweerster is weliswaar een publiekrechtelijke instelling van de Freie und Hansestadt Hamburg, die bovendien een deelneming heeft in medegedaagde, doch verweerster en de Freie und Hansestadt Hamburg zijn onderscheiden rechtspersonen. Aan het toezichtcriterium wordt dus slechts voldaan indien de Freie und Hansestadt Hamburg toezicht kan uitoefenen op zowel verweerster als op medegedaagde, en een dergelijke vorm van „indirect toezicht” toereikend kan worden geacht.
- 10 Het Hof heeft tot nu toe enkel arresten gewezen in zaken waarin opdrachtgevers en opdrachtnemers in een verticale verhouding tot elkaar stonden, zij het soms meerdere stappen van elkaar verwijderd (reeds aangehaald arrest Teckal; arresten van 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau, Jurispr. blz. I-1; 13 oktober 2005, Parking Brixen, C-458/03, Jurispr. blz. I-8585; 11 mei 2006, Carbotermo en Consorzio Alisei, C-340/04, Jurispr. blz. I-4137; 19 april 2007, Asemfo, C-295/05, Jurispr. blz. I-2999; 13 november 2008, Coditel Brabant, C-324/07, Jurispr. blz. I-8457, en 10 september 2009, Sea, C-573/07, Jurispr. blz. I-8127). De vraag of een opdracht ook in de hier aan de orde zijnde variant van een – gezien de verhouding tussen opdrachtgever en opdrachtnemer – horizontale

situatie waarbij drie personen betrokken zijn, kan worden gegund als een niet-aanbestedingsplichtige in-house-opdracht is tot nu toe niet duidelijk beantwoord.

- 11 Voor het geval dat opdrachtgever en opdrachtnemer zustermaatschappijen zijn die onder het toezicht vallen van een gemeenschappelijke moedermaatschappij, betogen de voorstanders van aanbestedingsvrijheid, dat de desbetreffende opdracht – welbeschouwd – als intern moet worden aangemerkt. De opdracht blijft binnen het gebied van de overheid. Het ligt niet erg voor de hand dat de gemeenschappelijke moeder wel zonder openbare aanbesteding opdrachten aan haar dochtermaatschappijen kan gunnen, doch opdrachten tussen dochtermaatschappijen onder het aanbestedingsrecht vallen. Verweester voert met betrekking tot de in casu aan de orde zijnde situatie aan, dat het voor de Freie und Hansestadt Hamburg zonder meer mogelijk was geweest om het IT-systeem eerst via een zuivere in-house-opdracht bij medegedaagde te bestellen, en daarna met een volgende zuivere in-house-opdracht ter beschikking te stellen aan verweester. De onderhavige overeenkomst is derhalve niets meer dan de combinatie van twee afzonderlijke opdrachten.
- 12 De tegenstanders van aanbestedingsvrijheid beroepen zich op de ratio van de voorwaarden voor in-house-opdrachten, die erin bestaat dat het geven van opdrachten aan slechts formeel gescheiden organisatie-eenheden wordt gelijkgesteld aan de gunning van een niet-aanbestedingsplichtige, in eigen beheer verrichte dienst, doch die niet betekent dat complexe concernverbanden niet meer onder het aanbestedingsrecht zouden vallen. Volgens verzoekster moeten de criteria voor een aanbestedingsvrije in-house-opdracht derhalve restrictief worden uitgelegd, teneinde te voorkomen dat de aanbestedingsregels worden omzeild. In de onderhavige zaak heeft de opdrachtgever evenwel geen enkele directe en bindende mogelijkheid om de opdrachtnemer te beïnvloeden. Wanneer de opdracht in een dergelijke situatie toch aanbestedingsvrij zou mogen worden gegund, dan zou op het gebied van het indirecte staatsbestuur een groot deel van de overheidsinkopen niet meer onder de aanbestedingsregels vallen.
- 13 De beantwoording van de vraag of, gelet op het bovenstaande, de rechtspraak inzake in-house-opdrachten kan worden uitgebreid tot horizontale situaties, blijft evenwel voorbehouden aan het Hof van Justitie, met name gelet op het feit dat deze rechtspraak het uitzonderingskarakter van die opdrachten heeft beklemtoond (zie arrest Carbotermo und Consorzio Alisei).
- 14 Verder stelt de verwijzende rechter vast dat de beslissing of aan het toezichtcriterium is voldaan niet overbodig wordt doordat wordt teruggegrepen op de rechtspraak inzake publiek-publieke samenwerking (zie arrest van 9 juni 2009, Commissie/Duitsland, ook wel genoemd „Stadtreinigung Hamburg”, C-480/06, Jurispr. blz. I-4747), volgens welke de afzonderlijke groep gevallen van „in state-opdrachten” ook is vrijgesteld van aanbesteding. Aangezien medegedaagde privaatrechtelijk georganiseerd is, treden in casu namelijk niet aan allebei de

kanten van de overeenkomst bestuursorganen op, en is medegedaagde bovendien niet verplicht tot openbare aanbesteding.

*Tweede vraag*

- 15 Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, hangt de beslissing van de verwijzende rechter voorts af van de vraag of de Freie und Hansestadt Hamburg, als overheidsinstantie waaraan de beide contractpartners zijn onderworpen, zowel op verweerster als op medegedaagde individueel een toezicht uitoefent zoals op een eigen dienst, in de zin van de rechtspraak van het Hof inzake in-house-opdrachten. In dit verband wordt met de tweede vraag beoogd te vernemen of het toezicht op verweerster aan deze vereisten voldoet.
- 16 Het toezichtcriterium wordt in de rechtspraak van het Hof in die zin gepreciseerd dat de aanbestedende dienst alleen of met andere overheidsdiensten op de onderneming een toezicht moet uitoefenen zoals op zijn eigen diensten (reeds aangehaald arrest Carbotermo en Consorzio Alisei, punt 33). Of dit het geval is, moet worden beoordeeld aan de hand van alle relevante wetsbepalingen en omstandigheden. Uit dit onderzoek moet blijken dat de vennootschap waaraan de opdracht wordt toegewezen onder een zodanig toezicht staat dat de aanbestedende dienst haar beslissingen kan beïnvloeden. Het moet gaan om een doorslaggevende invloed zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van deze vennootschap (ibidem, punt 36, en reeds aangehaald arrest Coditel Brabant, punt 28).
- 17 De vraag rijst of, ondanks het feit dat het bij verweerster gaat om een Hamburgse instelling voor hoger onderwijs waaraan door de deelstaatwetgever een grote mate van autonoom zelfbestuur is toegekend, aan deze voorwaarde is voldaan.
- 18 Volgens de bepalingen van het Hamburgisches Hochschulgesetz strekt het zelfbestuur zich met name uit tot onderzoeks- en onderwijsgebied. De overeenkomst van 7 april 2004 heeft evenwel betrekking op een inkoopmaatregel ten behoeve van de technische uitrusting voor het beheer van de universiteit en dus, overeenkomstig § 6, lid 2, HmbHSchG, op een overheidsopdracht die wordt uitgevoerd in het kader van het beheer van de aan verweerster toegewezen begroting. In dergelijke aangelegenheden oefent de bevoegde autoriteit niet alleen juridisch maar ook vakinhoudelijk toezicht uit. Zij controleert derhalve ook of de instelling voor hoger onderwijs haar bevoegdheid doeltreffend gebruikt. Daarbij kan zij aanwijzingen geven voor toekomstig optreden, maar ook reeds vastgestelde maatregelen intrekken dan wel corrigeren. In beginsel dient zij daarbij te handelen door middel van richtlijnen en algemene aanwijzingen. Individuele aanwijzingen zijn evenwel niet uitgesloten en kunnen in voorkomend geval ook worden uitgevoerd. De verwijzende rechter gaat er echter niet aan voorbij dat de wetgever de instellingen voor hoger onderwijs met het in § 2, lid 3, HmbHSchG neergelegde vereiste om doelstellings- en prestatieovereenkomsten te sluiten met de Freie und Hansestadt Hamburg en door de overdracht van algemene

toewijzingen, ook op het gebied van overheidsopdrachten een steeds grotere beoordelingsvrijheid toekent.

- 19 De Vergabekammer heeft met betrekking tot deze thematiek opgemerkt dat in casu geen sprake kan zijn van een toezicht zoals op een eigen dienst. Met name juridisch en vakinhoudelijk toezicht kunnen uiteindelijk niet worden gelijkgesteld met de zeggenschap die een aanbestedende dienst uitoefent op een afgezonderde vennootschap waarvan zij 100 % van de aandelen houdt en waaraan zij een opdracht gunt.
- 20 Verweerster acht het daarentegen beslissend dat zij verplicht is om de aan haar toegewezen middelen te gebruiken voor de met de Freie und Hansestadt Hamburg overeengekomen inkopen. Zonder medewerking van laatstgenoemde zouden haar bedrijfswerkzaamheden ondenkbaar zijn.
- 21 De verwijzende rechter is, gelet op de bevoegdheden van de toezichthoudende autoriteit in het kader van het vakinhoudelijk toezicht, van mening dat in ieder geval voor het in casu aan de orde zijnde gebied van de inkopen van instellingen voor hoger onderwijs aan het in de rechtspraak inzake in-house-opdrachten ontwikkelde toezichtcriterium is voldaan.
- 22 Een andere vraag, die voortvloeit uit de hiervoor aangehaalde arresten Carbotermo en Consorzio Alisei alsmede het arrest Coditel Brabant, is echter of het toezichtcriterium zich niet zou moeten uitstrekken tot alle gebieden waarop de opdrachtnemer werkzaam is, zodat een begrenzing van de werkingssfeer van dit criterium tot inkoopmaatregelen ontoelaatbaar zou zijn.
- 23 Vóór een tot het gebied van de inkopen beperkte toepassing van het toezichtcriterium pleit, dat het aanbestedingsrecht in elk geval alleen op dit gebied toepassing vindt.
- 24 Daartegen pleit, dat besluiten over inkopen ook kunnen raken aan bevoegdheden die binnen het zelfbestuur vallen. Zo betoogt verzoekster dat een enkel selectief toezicht op afzonderlijke gebieden niet volstaat om, zoals het Hof verlangt, een doorslaggevende invloed uit te oefenen op zowel de strategische doelstellingen als de belangrijke beslissingen van de opdrachtnemer.
- 25 Het Hof heeft deze vraag, die in casu relevant is voor de beslechting van dit geschil, aangezien de vereiste toezichtmogelijkheid in ieder geval tegenover medegedaagde bestaat, nog niet beantwoord.
- 26 Weliswaar zijn partijen het oneens over de vraag of de Freie und Hansestadt Hamburg gelet op haar geringe aandeel in het stamkapitaal van medegedaagde en op het in de raad van toezicht van laatstgenoemde geldende rouleringsbeginsel, op medegedaagde een toezicht uitoefent dat voldoet aan de vereisten van de rechtspraak van het Hof inzake in-house-opdrachten.



- 27 De verwijzende rechter acht zich echter in staat deze vraag bevestigend te beantwoorden, zonder het Hof om uitlegging te verzoeken. Het Hof heeft namelijk reeds geoordeeld dat wanneer een overheidsdienst minderheidsaandeelhouder is van een kapitaalvennootschap waarvan het kapitaal volledig in handen is van de overheid, het toezicht dat de overheidsdiensten als aandeelhouders uitoefenen op de vennootschap, ook dan kan worden aangemerkt als een toezicht zoals op de eigen diensten, wanneer een dergelijk toezicht door deze autoriteiten gezamenlijk worden uitgeoefend (recentelijk bevestigd in de reeds aangehaalde arresten *Coditel Brabant en Sea*). Derhalve is met betrekking tot een collegiaal orgaan zoals de raad van toezicht van medegedaagde, de vraag welke beslissingsprocedure wordt gebruikt, met name of bij meerderheid wordt beslist, irrelevant. Ook het in die procedure voorziene rouleringsbeginsel doet hier, vanwege het gelijklopen van de belangen met die van de overige vennoten, dat door het in de statuten vastgelegde maatschappelijk doel wordt gewaarborgd, in zoverre niet aan af.