

86. Meer duidelijkheid over horizontale samenwerking tussen aanbestedende diensten?

MR. A.B.B. GELDERMAN

Er bestaat een grote rechtsonzekerheid met betrekking tot de vraag in hoeverre de aanbestedingsregels moeten worden toegepast op opdrachten tussen entiteiten in de openbare sector. Recent heeft het HvJ EU meer duidelijk verschaft. In dit artikel wordt allereerst een korte introductie tot het leerstuk van de horizontale samenwerking weergegeven. Vervolgens worden de arresten in de zaken *Remondis II* en *ISE* besproken. Er wordt per arrest stilgestaan bij de relevante feiten en de gestelde prejudiciële vragen. Vervolgens worden de antwoorden van het HvJ EU op deze vragen weergegeven. Het artikel sluit af met de vraag of de arresten daadwerkelijk meer duidelijkheid bieden en met enkele conclusies.

De Uniewetgever heeft in overweging 31 van de Richtlijn (EU) nr. 2014/24, *PbEU* 2014, L94/65 (hierna: Richtlijn) aangegeven dat er een grote rechtsonzekerheid is met betrekking tot de vraag in hoeverre de aanbestedingsregels moeten worden toegepast op opdrachten tussen entiteiten in de openbare sector. De rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) werd namelijk volgens de Uniewetgever voorafgaand aan het verschijnen van de Richtlijn door de lidstaten en zelfs door aanbestedende diensten op uiteenlopende wijze geïnterpreteerd. Daarom moest in de Richtlijn worden verduidelijkt in welke gevallen de aanbestedingsregels niet van toepassing zijn op de binnen de openbare sector gesloten overeenkomsten. Of de Europese wetgever erin geslaagd is deze duidelijkheid door middel van een introductie van richtlijnbevestigingen over publieke samenwerking te verschaffen, valt te betwijfelen wanneer wordt gekeken naar de prejudiciële vragen die recent door Duitse rechters zijn gesteld in de zaken *Remondis II*¹ en *ISE*². In deze twee recent gepubliceerde arresten wordt door het HvJ EU – in aanvulling op de (gepoogde) verduidelijkingen in de Richtlijn – nog meer duidelijkheid verschaft over art. 12 lid 4 van de Richtlijn, welk artikel bepaalde samenwerkingen tussen aanbestedende diensten uitzondert van een Europese aanbestedingsplicht.³

I. Beknopte introductie tot het leerstuk

Voor de lezers van dit tijdschrift zal de niet-geinstitutionaliseerde samenwerking tussen aanbestedende diensten – in de praktijk ook wel ‘horizontale samenwerking’ genoemd – bekend zijn. In dit artikel wordt daarom volstaan met een beknopte introductie tot het leerstuk.

Uitgangspunt in het (Europese) aanbestedingsrecht is dat overeenkomsten die worden gesloten tussen aanbestedende diensten in beginsel onder de reikwijdte van het aanbestedingsrecht vallen. Voor zover deze overeenkomsten een overheids-/concessieopdracht zijn met een drempelwaarde boven de Europese aanbestedingsdrempels bestaat er een Europese aanbestedingsplicht voor dergelijke overeenkomsten.

Het HvJ EU heeft in 2009 een uitzondering op dit uitgangspunt gecreëerd in de zaak *Stadtreinigung Hamburg*, waarbij sprake was van een samenwerkingsovereenkomst tussen aanbestedende diensten onderling die betrekking had op afvalverwerking.⁴ Uit het arrest blijkt dat bepaalde vormen van horizontale samenwerking tussen aanbestedende diensten niet onder de reikwijdte van de destijds geldende aanbestedingsrichtlijn vallen. Deze *Stadtreinigung Hamburg-doctrine* is door de Europese Commissie omarmd in een Werkdocument⁵ uit 2011 en heeft navolging gekregen in de zaken *Asl di Lecce* (2012), *Piepenbrock* (2013)⁶ en *Datenlotsen* (2014), in welke zaken de betrokken aanbestedende diensten samenwerkten op het gebied

1 HvJ EU 4 juni 2020, C-429/19, ECLI:EU:C:2020:436 (*Remondis II*). De zaak wordt aangeduid met *Remondis II*, omdat er ook een ander ‘*Remondis*’-arrest is.

2 HvJ EU 28 mei 2020, C-796/18, ECLI:EU:C:2020:395 (*ISE*).

3 Dit artikel is door de Nederlandse wetgever geïmplementeerd in art. 2.24c AanbW 2012. Voor de leesbaarheid van het artikel zal uitsluitend gerefereerd worden aan het artikel in de Richtlijn, maar dat neemt niet weg dat de uitleg die aan dit artikel wordt gegeven in de rechtspraak van het HvJ EU ook van toepassing is op art. 2.24c AanbW 2012.

4 HvJ EU 9 juni 2009, C-480/06, ECLI:EU:C:2009:357 (*Stadtreinigung Hamburg*).

5 Werkdocument van de diensten van de Europese Commissie betreffende de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht op de betrekkingen tussen aanbestedende diensten (‘publiek-publieke samenwerking’) d.d. 4 oktober 2011.

6 HvJ EU 19 december 2012, C-159/11, ECLI:EU:C:2012:817 (*Asl di Lecce*) en HvJ EU 13 juni 2013, C-386/11, ECLI:EU:C:2013:385 (*Piepenbrock*).

van onderzoek, schoonmaak en IT-diensten. In deze zaken bleek de in het *Stadtreinigung Hamburg*-arrest gecreëerde uitzondering op de aanbestedingsplicht niet van toepassing te zijn.

Vanwege de grote rechtsonzekerheid met betrekking tot de vraag in hoeverre de aanbestedingsregels moeten worden toegepast op opdrachten tussen entiteiten in de openbare sector en vanwege de verschillende interpretaties die lidstaten en aanbestedende diensten gaven aan de rechtspraak van het HvJ EU, moest – als gezegd – de nieuwe Richtlijn duidelijkheid (rechtszekerheid) bieden.

Het leerstuk is daarom in 2014 grotendeels gecodificeerd in art. 12 lid 4 van de Richtlijn en toegelicht in de overwegingen bij de Richtlijn. Het artikel bepaalt:

‘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.’

Het artikel maakt duidelijk dat aan een aantal cumulatieve criteria moet worden voldaan, wil een samenwerking tussen aanbestedende diensten buiten het toepassingsgebied van de Richtlijn vallen. Opvallend is dat één van de cumulatieve criteria die telkens worden genoemd in de arresten die hebben geleid tot het artikel, niet terugkomt in dit artikel. Het gaat dan om het in de rechtspraak geformuleerde criterium ‘dat de samenwerking geen enkele particuliere onderneming mag bevoordelen tegenover haar concurrenten’. Dit wordt daarentegen wel aangegeven in overweging 33 van de Richtlijn.

Omdat het artikel een uitzondering op de Europese aanbestedingsplicht betreft, geldt dat dit artikel restrictief moet worden uitgelegd.⁷

II. De relevante feiten en de prejudiciële vragen

De zaak *Remondis II*

In de zaak *Remondis II* gaat het – kort samengevat – om een samenwerkingsverband tussen drie aanbestedende

diensten,⁸ welk samenwerkingsverband ook zelf een aanbestedende dienst is. Het *Abfallzweckverband Rhein-Mosel-Eifel* (hierna: het samenwerkingsverband) heeft de taak om het op het grondgebied van de drie aanbestedende diensten geproduceerde afval nuttig toe te passen of te verwijderen. Restafval dat voornamelijk van huishoudens afkomstig is en geen of nog maar weinig recyclebare materialen bevat, wordt door het samenwerkingsverband gestort. Om restafval te verkrijgen, wordt het gemengde afval gescheiden in een mechanisch-biologische scheidingsinstallatie. Deze voorbehandeling maakt het mogelijk recyclebare materialen en hoogcalorische afvalstoffen te scheiden van de rest, schadelijke stoffen zoveel mogelijk te verwijderen en de biologische activiteit van het organische afval duidelijk te verminderen. Het restafval dat na dit scheidingsproces overblijft, en vervolgens zal worden gestort is gemiddeld iets minder, dan 50% van het oorspronkelijke volume.

Omdat het samenwerkingsverband zelf niet over een dergelijke scheidingsinstallatie beschikt, besteedt het ongeveer 80% van de scheidingsdiensten uit aan particuliere ondernemingen. De verwerking/scheiding van de overige 20% werd door het samenwerkingsverband toevertrouwd aan de aanbestedende dienst Landkreis Neuwied. In dat kader sluiten het samenwerkingsverband en Landkreis Neuwied een overeenkomst, die er in de kern op neerkomt dat het samenwerkingsverband de scheidingsdiensten bij Landkreis Neuwied afneemt tegen betaling van een vergoeding. Afvalverwerker Remondis GmbH (hierna: *Remondis*) verzet zich tegen deze gang van zaken en stelt zich bij de Duitse rechter op het standpunt dat sprake is van een onrechtmatige onderhandse gunning. In eerste aanleg krijgt *Remondis* geen gelijk. De rechter oordeelt – kort gezegd – dat sprake is van een toegestane horizontale samenwerking tussen aanbestedende diensten, die is uitgezonderd van een Europese aanbestedingsplicht.⁹ In hoger beroep stelt *Remondis* zich op het standpunt dat geen sprake is van ‘een op een samenwerkingsmodel gebaseerde samenwerking’,¹⁰ maar dat sprake is van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht.

De Duitse rechter in hoger beroep kan aan de hand van de bewoordingen van art. 12 lid 4 van de Richtlijn niet bepalen of de overeenkomst voorziet in een samenwerking zoals bedoeld in het artikel. De overwegingen in de Richtlijn laten ruimte voor interpretatie. Bovendien wordt deze bepaling door de Duitse rechters uiteenlopend uitgelegd. Daarom stelt de Duitse rechter één prejudiciële vraag aan het HvJ EU.

‘Moet artikel 12, lid 4, onder a), van [richtlijn 2014/24] aldus worden uitgelegd dat er reeds sprake is van samenwerking wanneer een aanbestedende dienst die binnen zijn

⁷ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 8 mei 2014, C-15/13, ECLI:EU:C:2014:303, r.o. 23 (*Datenlotsen*).

⁸ De Landkreis Mayen-Koblenz, de Landkreis Cochem-Zell en de stad Koblenz.

⁹ Zie HvJ EU 4 juni 2020, C-429/19, ECLI:EU:C:2020:436 (*Remondis II*), r.o. 11.

¹⁰ Zie HvJ EU 4 juni 2020, C-429/19, ECLI:EU:C:2020:436 (*Remondis II*), r.o. 13 waarin *Remondis* verwijst naar overweging 33 laatste alinea van de Richtlijn, waarin staat: ‘Om aan deze voorwaarden te voldoen moet de samenwerking gebaseerd zijn op een samenwerkingsmodel.’

territoriale bevoegdheidsgebied verantwoordelijk is voor de afvalverwerking, een volgens het nationale recht uitsluitend op hem rustende afvalverwerkingstaak die meerdere stappen omvat, niet geheel zelf uitvoert, maar aan een andere, onafhankelijke aanbestedende dienst, die op zijn territoriale bevoegdheidsgebied eveneens verantwoordelijk is voor de afvalverwerking, opdracht verleent tot het onder bezwarende titel verrichten van een van de vereiste verwerkingsstappen?¹¹

De zaak ISE

De feiten in de zaak *ISE* laten zich als volgt samenvatten. De deelstaat Berlijn maakt gebruik van de bij *Sopra Steria Consulting GmbH* (hierna: *Sopra*) gekochte software ‘*IGNIS Plus*’ om de werkzaamheden van de brandweerlieden te beheren. De met *Sopra* gesloten overeenkomst staat het de deelstaat Berlijn toe om de software kosteloos door te geven aan andere overheidsinstanties met veiligheidstaken. Dat doet de deelstaat Berlijn dan ook. Op 10 september 2017 sluit de deelstaat een ‘terbeschikkingstellingsovereenkomst’ met de stad Keulen, waarin – kort gezegd – wordt bepaald dat de *IGNIS Plus*-software langdurig ter beschikking wordt gesteld aan de stad Keulen. De terbeschikkingstellingsovereenkomst maakt duidelijk dat de software kosteloos ter beschikking wordt gesteld. Daarnaast bepaalt de overeenkomst dat de software ter beschikking wordt gesteld in overeenstemming met wat is overeengekomen in de samenwerkingsovereenkomst.

De samenwerkingspartners profiteren van iedere verbetering aan de software, ook al is de die door een andere partner bekostigd, hetgeen kostenbesparend is

In de samenwerkingsovereenkomst, die op dezelfde dag als de terbeschikkingstellingsovereenkomst wordt gesloten, wordt vervolgens bepaald dat partijen samenwerken om de software aan te passen/te verbeteren. De aanpassingen/verbeteringen moeten zelfstandig worden gefinancierd door een samenwerkingspartner, maar moeten vervolgens wel kosteloos ter beschikking worden gesteld aan de andere samenwerkingspartners, met wie eveneens een dergelijke samenwerkingsovereenkomst is aangegaan. De samenwerkingspartners profiteren op deze manier dus van iedere verbetering aan de software, ook al is de verbetering door een andere partner bewerkstelligd/bekostigd, hetgeen kostenbesparend is.

Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung mbH (hierna: *ISE*) is een concurrent van *Sopra* en ontwikkelt en verkoopt vergelijkbare software. *ISE* verzet zich bij de Duitse rechter tegen de twee gesloten overeenkomsten. Zij verzoekt de overeenkomsten nietig te verklaren wegens het niet naleven van het aanbestedingsrecht. *ISE* wordt in eerste

aanleg in het ongelijk gesteld, omdat de genoemde twee overeenkomsten volgens de rechter in eerste aanleg geen ‘overheidsopdrachten’ zouden zijn, aangezien het niet om bezwarende overeenkomsten ging. Meer bepaald ontbreekt aan de betrokken samenwerking de wederkerigheid van prestatie en tegenprestatie.¹² *ISE* gaat in hoger beroep en stelt zich wederom op het standpunt dat de samenwerkingsovereenkomst een overeenkomst onder bezwarende titel (overheidsopdracht) is omdat de deelstaat Berlijn zelf financieel voordeel wilde halen uit de terbeschikkingstelling van de software, daar de stad Keulen de verplichting had om de door haar ontwikkelde/bekostigde aanvullende of uitbreidende softwaremodules kosteloos ter beschikking te stellen aan de samenwerkingspartners (en dus ook aan de deelstaat Berlijn). Ook stelt *ISE* zich op het standpunt dat de rechter in eerste aanleg ten onrechte buiten beschouwing heeft gelaten dat de aanschaf van de basissoftware met zich meebrengt dat aan de softwareproducent *Sopra* vervolgoeddrachten worden verleend omdat alleen *Sopra* de software kan aanpassen en kan zorgen voor service en onderhoud ervan. De stad Keulen brengt hiertegen in dat sprake is van een van een aanbestedingsplicht uitgezonderde horizontale samenwerking. Omdat de rechter in hoger beroep twijfelt of de beslissing in eerste aanleg juist is worden drie prejudiciële vragen aan het HvJ EU gesteld.

‘Is een schriftelijke overeenkomst betreffende de terbeschikkingstelling van software door het ene overheidsorgaan aan het andere overheidsorgaan, waaraan een samenwerkingsovereenkomst is verbonden, een ‘overheidsopdracht’ als bedoeld in artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn [2014/24], dan wel een overeenkomst als bedoeld in artikel 12, lid 4, daarvan die – in ieder geval in beginsel, behoudens het bepaalde in artikel 12, lid 4, onder a) tot en met c) – binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt, wanneer de ontvanger van de software hiervoor weliswaar een prijs noch een vergoeding van de kosten hoeft te betalen, maar de met de terbeschikkingstelling van de software verbonden samenwerkingsovereenkomst erin voorziet dat iedere samenwerkingspartner – en dus ook de ontvanger van de software – mogelijke toekomstige, echter niet verplichte eigen doorontwikkelingen van de software kosteloos aan de andere partner ter beschikking stelt?’

Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord], moeten op grond van artikel 12, lid 4, onder a), van richtlijn 2014/24 de aan de burger te verlenen openbare diensten, die gezamenlijk moeten worden verleend, zelf voorwerp van de samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten zijn, of is het voldoende dat de samenwerking betrekking heeft op werkzaamheden die op een of andere manier bijdragen aan de openbare diensten die evenzeer moeten worden verleend, maar niet noodzakelijkerwijs gezamenlijk?

11 HvJ EU 4 juni 2020, C-429/19, ECLI:EU:C:2020:436 (*Remondis II*), r.o. 21.

12 Hetgeen elementen zijn waaraan voldaan moet zijn wil sprake zijn van een ‘overheidsopdracht’.

Geldt binnen het kader van artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24 een ongeschreven verbod op bevoordeling en, zo ja, wat houdt dit in?¹³

III. De antwoorden van het HvJ EU

Remondis II: wat houdt ‘samenwerking’ in?

Wat moet nou precies worden verstaan onder het begrip ‘samenwerking’ in de zin van art. 12 lid 4? Het HvJ EU merkt in de zaak *Remondis II* op dat dit begrip niet wordt gedefinieerd in de Richtlijn, terwijl dit begrip wel centraal staat in de uitzondering. Het HvJ EU begint dit begrip daarom uit te leggen en constateert ten eerste dat het niet relevant is dat in de definitieve tekst van de Richtlijn (in tegenstelling tot een eerder tekstvoorstel voor de Richtlijn) niet langer gesproken wordt over het vereiste van ‘echte samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten’. Een ‘echte samenwerking’ is namelijk wel vereist. Dit blijkt volgens het HvJ EU uit overweging 33 derde alinea van de Richtlijn, waarin wordt aangegeven dat de samenwerking ‘gebaseerd [moet] zijn op een samenwerkingsmodel.’¹⁴ Deze – volgens het HvJ EU op het eerste gezicht tautologische – formulering moet volgens het HvJ EU zo worden opgevat ‘dat daarmee wordt verwezen naar het vereiste van de doeltreffendheid van de samenwerking die op die manier wordt vastgesteld of tot stand wordt gebracht. Hieruit volgt dat het van wezenlijk belang is dat alle partijen bij de samenwerkingsovereenkomst gezamenlijk daaraan deelnemen teneinde ervoor te zorgen dat de openbare diensten die zij moeten verlenen daadwerkelijk worden uitgevoerd en dat deze voorwaarde niet kan worden geacht te zijn vervuld wanneer de enige bijdrage van bepaalde partijen bij de overeenkomst beperkt is tot het simpelweg vergoeden van de kosten.’¹⁵ Zou dat anders liggen en zou een dergelijke kostenvergoeding op zich volstaan om een ‘samenwerking’ in de zin van art. 12 lid 4 van de Richtlijn tot stand te brengen, dan zou er volgens het HvJ EU ‘geen verschil meer kunnen worden vastgesteld tussen een dergelijke “samenwerking” en een “overheidsopdracht” die niet onder de uitsluiting valt waarin die bepaling voorziet.’¹⁶

Deze uitleg wordt volgens het HvJ EU ook bevestigd door overweging 31 tweede alinea van de Richtlijn waarin staat dat het enkele feit dat beide partijen in een overeenkomst zelf overheidsdiensten zijn, op zich de toepassing van de aanbestedingsregels niet uitsluit. Het HvJ EU vervolgt dat het sluiten van een samenwerkingsovereenkomst tussen entiteiten in de overheidssector het resultaat moet zijn ‘van een door de overeenkomstsluitende partijen samen genomen initiatief tot samenwerking.’ Dit leidt het HvJ EU af uit het arrest *Stadtreinigung Hamburg*.¹⁷ Het HvJ EU oordeelt vervolgens dat: ‘De uitwerking van samenwerking tussen entiteiten in de overheidssector heeft immers een dimensie

die wijst op een intrinsieke behoefte aan samenwerking welke ontbreekt bij de plaatsing van een overheidsopdracht die onder de 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.’¹⁸

Volgens het HvJ EU valt het begrip ‘opdracht’ samen met het begrip ‘overheidsopdracht’

Dit is bij een gewone aanbestedingsprocedure volgens het HvJ EU niet het geval: ‘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.’¹⁹

Hieruit volgt volgens het HvJ EU ‘dat samenwerking tussen entiteiten in de overheidssector berust op een gemeenschappelijke strategie van de samenwerkende partners en vereist dat de aanbestedende diensten hun inspanning bundelen voor de verstrekking van openbare diensten.’²⁰

Omdat de overeenkomst tussen het samenwerkingsverband en Landkreis Neuwied volgens het HvJ EU uitsluitend betrekking lijkt te hebben op het verkrijgen van een dienst tegen betaling van een vergoeding, is volgens het HvJ EU²¹ sprake van een overheidsopdracht die niet kwalificeert als een horizontale samenwerking in de zin van- en die daarom ook niet onder de uitsluiting van art. 12 lid 4 van de Richtlijn valt.

ISE: opdracht of overheidsopdracht?

De eerst gestelde prejudiciële vraag komt er in de kern op neer of de terbeschikkingstellingsovereenkomst die samenhangt met de samenwerkingsovereenkomst een ‘overheidsopdracht’ dan wel een ‘opdracht’ in de zin van art. 12 lid 4 van de Richtlijn is.

Het HvJ EU constateert dat in art. 12 lid 4 van de Richtlijn wordt verwezen naar het begrip ‘opdracht’ en niet naar het begrip ‘overheidsopdracht’.²² Dit zou erop kunnen wijzen dat het gaat om twee verschillende begrippen. Dat is echter volgens het HvJ EU niet het geval. In werkelijkheid mag geen onderscheid tussen deze twee begrippen worden gemaakt. Na een analyse van andere artikelen in de Richtlijn, de ontstaansgeschiedenis van art. 12 lid 4 en de context/plaats van de uitzondering op de aanbestedingsplicht in de Richtlijn, volgt volgens het HvJ EU dat het in art. 12 lid 4

13 HvJ EU 28 mei 2020, C-796/18, ECLI:EU:C:2020:395 (*ISE*), r.o. 27.

14 HvJ EU 4 juni 2020, C-429/19, ECLI:EU:C:2020:436 (*Remondis II*), r.o. 28.

15 HvJ EU 4 juni 2020, C-429/19, ECLI:EU:C:2020:436 (*Remondis II*), r.o. 28-29.

16 HvJ EU 4 juni 2020, C-429/19, ECLI:EU:C:2020:436 (*Remondis II*), r.o. 30.

17 HvJ EU 9 juni 2009, C-480/06, ECLI:EU:C:2009:357, pnt. 38 (*Stadtreinigung Hamburg*).

18 HvJ EU 4 juni 2020, C-429/19, ECLI:EU:C:2020:436 (*Remondis II*), r.o. 33.

19 HvJ EU 4 juni 2020, C-429/19, ECLI:EU:C:2020:436 (*Remondis II*), r.o. 33.

20 HvJ EU 4 juni 2020, C-429/19, ECLI:EU:C:2020:436 (*Remondis II*), r.o. 34.

21 Uiteraard onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter.

22 De Nederlandse wetgever spreekt overigens wel in art. 2.24c over een ‘overheidsopdracht’.

van de Richtlijn vermelde begrip ‘opdracht’ samenvalt met het in art. 2 lid 1 punt 5 van de Richtlijn omschreven begrip ‘overheidsopdracht’. Er mag dus volgens het HvJ EU ‘*geen onderscheid tussen deze twee begrippen worden gemaakt*’.

23

Vervolgens beoordeelt het HvJ EU of een overeenkomst die bepaalt dat een aanbestedende dienst software kosteloos ter beschikking stelt aan een andere aanbestedende dienst en die samenhangt met een samenwerkingsovereenkomst op grond waarvan iedere partij bij deze overeenkomst verplicht is om haar mogelijke toekomstige doorontwikkelingen van deze software kosteloos ter beschikking te stellen aan de andere partij, een ‘overheidsopdracht’ vormt. Dat is volgens het HvJ EU het geval.²⁴

Het HvJ EU brengt – onder verwijzing naar eerdere rechtspraak²⁵ – nog eens in herinnering dat een ‘overheidsopdracht’ een *schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel* is. Dit houdt in dat de aanbestedende dienst in ruil voor een tegenprestatie een prestatie ontvangt die een rechtstreeks economisch belang moet hebben voor de aanbestedende dienst. Daarnaast moet de overeenkomst wederkerig en afdwingbaar zijn. Al deze elementen worden volgens het HvJ EU in de zaak *ISE* vervuld.²⁶ Belangrijk/doorslaggevend in deze vaststelling is dat het gaat om een langdurige samenwerking waarbij het de facto onvermijdbaar is dat de software geüpdatet/doorontwikkeld wordt, zodat de tegenprestatie van de stad Keulen niet afhangt van een zuiver potestatieve voorwaarde²⁷ én dat de samenwerkende partners over en weer financiële belangen hebben bij (de wederkerige verplichting tot) doorontwikkeling van de software. Het geheel aan overeenkomsten levert aldus een situatie op waarbij er in ruil voor een tegenprestatie een prestatie wordt geleverd, die een rechtstreeks economisch belang heeft voor de aanbestedende dienst.

ISE: samenwerking met betrekking tot nevenactiviteiten?

Kan een samenwerking zoals bedoeld in art. 12 lid 4 van de Richtlijn ook betrekking hebben op nevenactiviteiten van openbare diensten? Voordat het HvJ EU deze vraag concreet beantwoordt, stelt het HvJ EU vast dat dit artikel niet verlangt dat een openbare dienst gezamenlijk wordt verricht. Uit overweging 33 eerste alinea van de Richtlijn leidt het HvJ EU af dat de diensten die door de verschillende aan de samenwerking deelnemende instanties worden verleend niet noodzakelijkerwijs identiek hoeven te zijn. Zij kunnen ook complementair zijn. Het is dus niet absoluut noodzakelijk dat de taak van algemeen belang gezamenlijk wordt uitgevoerd door de publiekrechtelijke rechtspersonen die aan de samenwerking deelnemen. Hieruit volgt dat art. 12 lid 4 onder a van de Richtlijn zo moet worden uitge-

legd dat het de aan de samenwerking 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.

Vervolgens oordeelt het HvJ EU dat uit art. 12 lid 4, gelezen in samenhang met overweging 33 eerste alinea van de Richtlijn, voortvloeit dat een samenwerking 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. De uitdrukking ‘*alle soorten activiteiten*’ kan dus ook betrekking 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. Uit overweging 33 derde alinea van de Richtlijn valt immers te lezen dat het bij een samenwerking tussen openbare diensten niet vereist is dat alle deelnemende diensten de nakoming van de voornaamste contractuele verplichtingen op zich nemen, zolang er sprake is van verbintenissen om in een samenwerkingsverband bij te dragen tot het verrichten van de openbare dienst in kwestie.

ISE: bevoordelen van een onderneming?

Bij de beantwoording van de laatste prejudiciële vraag in het *ISE*-arrest, gaat het HvJ EU eerst terug in de tijd. Art. 12 lid 4 van de Richtlijn is immers een codificatie van een uitzondering op de Europese aanbestedingsplicht die in de rechtspraak van het HvJ EU is ontstaan (zie ook par. I van onderhavig artikel). In de arresten die betrekking hadden op de oude aanbestedingsrichtlijn (Richtlijn (EG) nr. 2004/18, *PbEU* 2014, L40/20) werd duidelijk aangegeven dat een horizontale samenwerking er niet toe mag leiden dat een particuliere dienstverrichter wordt bevoordeeld tegenover zijn concurrenten. Dit was één van de cumulatieve criteria waaraan voldaan moest zijn, voor een succesvol beroep op de destijds in de rechtspraak gecreëerde uitzondering op de aanbestedingsplicht.²⁸

Hoewel het voor de aan een samenwerking deelnemende aanbestedende diensten geldende verbod om een particuliere onderneming te bevoordelen ten opzichte van haar concurrenten niet is opgenomen in art. 12 lid 4 van de Richtlijn, heeft de Uniewetgever volgens het HvJ EU geenszins afstand willen nemen van deze voorwaarde.²⁹ *Sopra* mag dus niet bevoordeeld worden als gevolg van de horizontale samenwerking. Dat risico bestaat wel indien

23 HvJ EU 28 mei 2020, C-796/18, ECLI:EU:C:2020:395 (*ISE*), r.o. 29.

24 Onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter, met betrekking tot de wederkerigheid van de overeenkomst.

25 HvJ EU 21 december 2016, C-51/15, EU:C:2016:985, pnt. 43 (*Remondis*).

26 Met nogmaals de kanttekening dat de verwijzende rechter moet verifiëren hoe het zit met de wederkerigheid.

27 Een potestatieve voorwaarde is een voorwaarde waarvan de vervulling van een bepaalde partij afhangt.

28 HvJ EU 19 december 2012, C-159/11, EU:C:2012:817, pnt. 34-36 (*Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*) en HvJ EU 13 juni 2013, C-386/11, EU:C:2013:385, pnt. 36-38 (*Piepenbrock*).

29 Het HvJ EU leidt dit af (i) uit het feit dat de Uniewetgever de rechtspraak van het HvJ EU op dit punt niet er discussie wilde stellen, (ii) uit overweging 33 van de Richtlijn, waarin het bevoordelingsverbod wel staat genoemd en (iii) uit het beginsel van gelijke behandeling (art. 18 lid 1 Richtlijn).

de samenwerkende aanbestedende diensten bij nadere opdrachten voor de aanpassing, het onderhoud en de doorontwikkeling van de IGNIS Plus-software zijn aangewezen op Sopra, omdat alleen Sopra over de broncode en noodzakelijke andere kennis inzake de doorontwikkeling van die broncode beschikt.

Als de samenwerkende aanbestedende diensten dus een aanbesteding uitschrijven voor het onderhoud, de aanpassing of de doorontwikkeling van de software, dan moeten die aanbestedende diensten ervoor zorgen ‘dat aan de potentiële gegadigden en inschrijvers voldoende informatie wordt meegedeeld om een daadwerkelijke mededinging op de afgeleide markt voor het onderhoud, de aanpassing of de doorontwikkeling van die software mogelijk te maken.’³⁰ De verwijzende rechter moet daarom nagaan (i) of de samenwerkende aanbestedende diensten beschikken over de broncode (ii) of de aanbestedende diensten, wanneer zij een aanbesteding uitschrijven voor het onderhoud, de aanpassing of de doorontwikkeling van de IGNIS Plus-software, die broncode kunnen meedelen aan concurrenten van Sopra én (iii) of de toegang tot de broncode volstaat om te waarborgen dat de marktdeelnemers die belang hebben bij de gunning van de betrokken opdracht op een transparante, gelijke en niet-discriminerende wijze worden behandeld. Kortom, als de (horizontaal) samenwerkende aanbestedende diensten niet om Sopra heen kunnen in het kader van het onderhoud, de aanpassing of de doorontwikkeling van de IGNIS Plus-software, dan zal Sopra bevoordeeld worden, hetgeen ingevolge art. 12 lid 4 Richtlijn niet is toegestaan.

IV. Meer of minder duidelijkheid?

De vraag die in de inleiding van onderhavig artikel is gesteld, is of de arresten *Remondis* en *ISE* daadwerkelijk meer duidelijkheid verschaffen over de toepassing van de horizontale samenwerking-uitzonderingsgrond in de zin van art. 12 lid 4 van de Richtlijn. Dat is in mijn optiek slechts gedeeltelijk het geval.

Het *ISE*-arrest kan in ieder geval worden opgevat als een verruiming van het toepassingsgebied van de uitzondering op de Europese aanbestedingsplicht, omdat het arrest verduidelijkt dat de samenwerking ook betrekking kan hebben op nevenactiviteiten voor zover de nevenactiviteiten bijdragen aan de daadwerkelijke verwezenlijking van de taak van algemeen belang die het voorwerp vormt van de samenwerking. Ook maakt het HvJ EU in het *ISE*-arrest duidelijk dat een beroep op de uitzondering op de aanbestedingsplicht niet tot gevolg mag hebben dat een bepaalde onderneming wordt bevoordeeld. Wellicht een open deur, maar wel prettig dat dit nu duidelijk vaststaat.

Daar waar het HvJ EU in de arresten een stukje extra verduidelijking schept, creëert het in mijn optiek tegelijkertijd ook onduidelijkheid of – op zijn minst – nieuwe ruimte voor interpretatie. Legt men de arresten *Remondis II* en

ISE bijvoorbeeld naast elkaar, dan valt direct op dat het HvJ EU in het *ISE*-arrest oordeelt dat het begrip ‘opdracht’ in art. 12 lid 4 van de Richtlijn samenvalt met het begrip ‘overheidsopdracht’. Kijkt men in het *Remondis*-arrest, dan stelt het HvJ EU echter dat van een ‘echte samenwerking’ in de zin van art. 12 lid 4 de Richtlijn geen sprake kan zijn wanneer sprake is van een overheidsopdracht (waarbij de ene aanbestedende dienst betaalt voor werkzaamheden die de andere aanbestedende dienst verricht). Hoe deze twee oordelen zich precies tot elkaar verhouden is onduidelijk. Mijn eigen interpretatie is dat het bij een beroep op art. 12 lid 4 van de Richtlijn moet gaan om een speciaal soort (overheids)opdrachten. Geen klassieke (overheids)opdracht waarbij de ene aanbestedende dienst betaalt en de andere aanbestedende dienst werkt, maar overheidsopdrachten waarbij de ene werkt en de ander ook. Allebei werken dus. Krachten bundelen. Samenwerken.³¹

Het moet gaan om een speciaal soort opdrachten waarbij de ene werkt en de ander ook

Deze interpretatie roept wel allerlei vervolgvragen/onduidelijkheden op. Hoe het zit bijvoorbeeld met horizontale samenwerkingen tussen aanbestedende diensten waarbij zowel een vergoeding wordt betaald als waarbij de inspanningen worden gebundeld: een tegenprestatie in geld én in natura? En als dat is toegestaan, waar ligt dan precies de grens?³²

Een andere onduidelijkheid betreft de ‘connexiteit’ van de inspanningen over en weer. Het HvJ EU verduidelijkt in het *ISE*-arrest weliswaar dat de diensten die door de verschillende aan de samenwerking deelnemende instanties worden verleend niet noodzakelijkerwijs identiek hoeven te zijn. Zij kunnen ook complementair zijn. Het gaat er immers om dat hun samenwerking het mogelijk maakt hun gemeenschappelijke doelstellingen te verwezenlijken. Maar ook hier is het de vraag: waar ligt de grens? Mag Veiligheidsregio A bijvoorbeeld veiligheidssoftwarediensten bij Veiligheidsregio B afnemen in ruil voor diensten op het gebied van training van brandweerpersoneel om zo bij te dragen aan het verrichten van de openbare brandveiligheidsstaken die de veiligheidsregio’s moeten verrichten? Geldt dit ook wanneer de diensten over en weer eigenlijk volkomen los van elkaar staan, maar wel ‘complementair’ zijn in het licht van een bredere gezamenlijke doelstelling? Het is voor de acceptatie van welke diensten wel en niet complementair

31 Deze opvatting werd ook al door de Europese Commissie verdedigd in het Werkdocument uit 2011: ‘Uit een algemene studie van de rechtspraak blijkt ook dat de overeenkomst het karakter van een echte samenwerking moet hebben, in tegenstelling tot een normale overheidsopdracht waarin één partij een bepaalde taak tegen betaling vervult. Een dergelijke eenzijdige toewijzing van een taak door één aanbestedende dienst aan een andere kan niet als samenwerking worden beschouwd.’

32 Zie in dit kader ook HvJ EU 9 juni 2009, C-480/06, ECLI:EU:C:2009:357 (*Stadtreinigung Hamburg*).

30 HvJ EU 28 mei 2020, C-796/18, ECLI:EU:C:2020:395 (*ISE*), r.o. 74.

kunnen zijn maar net hoe breed de gezamenlijke doelstelling wordt gedefinieerd.

Ook de verduidelijking in het *ISE*-arrest dat een samenwerking ook betrekking kan hebben op nevenactiviteiten voor zover de nevenactiviteiten bijdragen aan de daadwerkelijke verwezenlijking van de taak van algemeen belang die het voorwerp vormt van de samenwerking, zorgt in mijn optiek voor interpretatieruimte. Wanneer draagt een nevenactiviteit bij aan de daadwerkelijke verwezenlijking van de taak van algemeen belang? Bij een ‘software-samenwerking’ ten behoeve van veiligheidsdiensten/brandbestrijding ligt het voor de hand dat de nevenactiviteit bijdraagt aan de daadwerkelijke verwezenlijking van de taak van algemeen belang. Maar is dat bijvoorbeeld ook het geval wanneer de softwaresamenwerking betrekking heeft op HR-software, inkoopsoftware of tijdschrijfsoftware? Betoogd kan worden dat ook die software voor de overheid noodzakelijk is en bijdraagt aan de verwezenlijking van taken van algemeen belang, maar die bijdrage is zo ‘indirect’ dat betwijfeld kan (of misschien wel: moet) worden of een softwaresamenwerking op dat gebied kan profiteren van art. 12 lid 4 Richtlijn. Kortom, waar de scheidlijnen nu precies liggen en wanneer een nevenactiviteit wel of niet bijdraagt aan de daadwerkelijke verwezenlijking van de taak van algemeen belang die het voorwerp vormt van de samenwerking, is niet geheel duidelijk.

Duidelijkheid naast onduidelijkheid dus. De arresten laten nog altijd ruimte voor interpretatie.

V. Conclusies en afrondende opmerkingen

Het HvJ EU slaat met de arresten *Remondis II* en *ISE* wederom een aantal piketpaaltjes. Uit de arresten vallen de volgende vier – kort samengevatte – rechtsregels af te leiden:

1. Betalen voor werkzaamheden is geen ‘samenwerking’ in de zin van art. 12 lid 4 Richtlijn.
2. Het woord ‘opdracht’ in art. 12 lid 4 Richtlijn staat gelijk aan ‘overheidsopdracht’.
3. Een samenwerking mag betrekking hebben op nevenactiviteiten die bijdragen aan de verwezenlijking van de taak van algemeen belang.
4. In art. 12 lid 4 Richtlijn moet een bevoordelingsverbod worden gelezen.

Dit zijn overigens rechtsregels die niet allemaal even verrassend zijn te noemen. Zo viel bijvoorbeeld uit het Werkdocument van de Europese Commissie uit 2011³³ en uit de conclusie van advocaat-generaal Trstenjak bij het *Asl di Lecce*-arrest³⁴ al af te leiden dat een ‘echte samenwerking’ in de zin van art. 12 lid 4 Richtlijn iets anders is dan sec

betalen voor werkzaamheden. Dit oordeel van het HvJ EU (rechtsregel 1) kwam dus niet uit de lucht vallen.³⁵

Dat geldt ook voor rechtsregel 2. Dat de Uniewetgever met het woord ‘opdracht’ in art. 12 lid 4 Richtlijn ‘overheidsopdracht’ bedoelt, is in mijn optiek niet meer dan logisch. Niet alleen gelet op de argumenten die het HvJ EU noemt (zie hierboven), maar ook vanwege het feit dat art. 12 lid 4 Richtlijn duidelijk maakt wanneer een bepaalde opdracht ‘buiten het toepassingsgebied’ van de Richtlijn valt. Nu de Richtlijn betrekking heeft op overheidsopdrachten (het toepassingsgebied), kán art. 12 lid 4 Richtlijn niet zo worden gelezen dat met ‘opdracht’ iets anders dan ‘overheidsopdracht’ wordt bedoeld.

Meest opmerkelijke is rechtsregel 3, waarin het HvJ EU het toepassingsgebied van art. 12 lid 4 uitbreidt tot nevenactiviteiten

Dat in art. 12 lid 4 Richtlijn voorts een ‘bevoordelingsverbod’ moet worden gelezen is ook niet een verrassend oordeel, gelet op overweging 33 bij de Richtlijn, waarin het bevoordelingsverbod duidelijk wordt genoemd. ‘*Opdrachten met het oog op het gezamenlijk verrichten van openbare diensten dienen niet onderworpen te zijn aan de voorschriften van onderhavige richtlijn, mits zij uitsluitend tussen aanbestedende diensten zijn gegund en deze samenwerking uitsluitend uit overwegingen van algemeen belang plaatsvindt, zodat geen enkele particuliere onderneming bevoordeeld wordt ten opzichte van haar concurrenten.*’

Meest opmerkelijke/verrassende rechtsregel is dan ook rechtsregel 3, waarin het HvJ EU het toepassingsgebied van art. 12 lid 4 Richtlijn uitbreidt tot nevenactiviteiten die bijdragen aan de verwezenlijking van de taak van algemeen belang. Deze rechtsregel is ook voor de praktijk het meest belangrijk. Geconcludeerd kan worden dat het HvJ EU met deze rechtsregel art. 12 lid 4 Richtlijn heeft opgerekt. Deze rechtsregel past in een jarenlange trend waarbij de Uniewetgever en het HvJ EU aanbestedende diensten meer ruimte willen bieden om zelf (in samenwerking met elkaar) zaken te regelen, zonder daarbij een beroep te hoeven doen op de markt (recht op zelforganisatie). Vanuit die optiek is dit oordeel ook niet heel verrassend te noemen. Echter, in het licht van de arresten *Asl di Lecce*, *Piepenbrock* en *Datenlotsen* is dit oordeel wel verrassend, omdat van die arresten de suggestie uitging dat een horizontale samenwerking juist niet betrekking mocht hebben op ‘nevenactiviteiten’ of activiteiten die juist vaak door marktpartijen worden verricht. Dit leek overigens ook te worden bevestigd door het feit dat in het wetgevingsproces voorafgaand aan het verschijnen van de definitieve versie van de Richtlijn werd voorgesteld om ook ‘ancillary activities’ (nevenactiviteiten)

33 Werkdocument van de diensten van de Europese Commissie betreffende de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht op de betrekkingen tussen aanbestedende diensten (‘publiek-publieke samenwerking’) d.d. 4 oktober 2011.

34 Conclusie A-G Trstenjak 23 mei 2012, C-159/11, ECLI:EU:C:2012:303 pnt. 75 e.v.

35 Zie ook de *Handreiking Publiek-publieke samenwerking en het aanbestedingsrecht*; Vereniging van Nederlandse Gemeenten, Den Haag: 2015, p. 43.

op te nemen in art. 12 lid 4 Richtlijn, hetgeen uiteindelijk niet gebeurd is.³⁶ In zoverre is rechtsregel 3 dus wél verrassend te noemen.

Onder de streep concludeer ik dat het HvJ EU in de arresten *Remondis II* en *ISE* niet hele verrassende (en misschien zelfs wel hele voor de hand liggende) antwoorden heeft gegeven op de gestelde prejudiciële vragen. Wat deze arresten dan ook vooral interessant maakt zijn de nieuwe onduidelijkheden en nieuwe interpretatieruimte die ontstaat (of

blijft bestaan) naar aanleiding van deze arresten. De door de Uniewetgever gewenste rechtszekerheid en de ongewenste verschillende interpretaties zullen de komende jaren dan ook wel blijven bestaan, zo is mijn voorspelling.

Over de auteur

Mr. A.B.B. (Arnold) Gelderman

Advocaat aanbestedingsrecht bij KienhuisHoving N.V.

³⁶ Zie ook W.A. Janssen, *EU Public Procurement Law & Self-Organisation. A nexus of tensions & reconciliations*, Den Haag: Eleven International Publishing 2018, p. 210.