

## LEGAL UPDATE

### **Wanneer geldt een samenwerking tussen aanbestedende diensten als uitzondering op de aanbestedingsplicht?**

Datum: 31 januari 2023

Als een aanbestedende dienst een opdracht willen vergeven aan een andere aanbestedende dienst, dan zijn daarop in beginsel de aanbestedingsregels van toepassing. Er bestaan echter wel uitzonderingen waarbij een aanbestedende dienst rechtstreeks (dus zonder het organiseren van een aanbestedingsprocedure) een opdracht kan vergeven aan een andere aanbestedende dienst. Dat wordt dan vaak een publiek-publieke samenwerking genoemd. In een recent arrest heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ) zich uitgesproken over twee van die uitzonderingen: de niet-geïstitutionaliseerde (ook wel: horizontale) samenwerking en quasi-inbesteding met gezamenlijk toezicht ([gevoegde zaken C-383/21 en C-384/21, Sambre & Biesme](#)).

In de Nederlandse Aanbestedingswet zijn deze mogelijkheden uitgewerkt in de artikelen 2.24c (horizontale samenwerking, een implementatie van artikel 12 lid 4 van de Richtlijn 2014/24/EU) en 2.24b (quasi-inbesteden met gezamenlijk toezicht, een implementatie van artikel 12 lid 3 van de Richtlijn 2014/24/EU). De voorwaarden waaronder van deze mogelijkheden gebruik kan worden gemaakt, volgen uit die bepalingen. Wordt aan de voorwaarden voldaan, dan is sprake van een uitzondering op de aanbestedingsplicht.

#### **De casus**

In de Belgische zaak die voorlag bij het HvJ, speelde de vraag of voldaan was aan de vereisten van de bovengenoemde uitzonderingen.

In de zaak speelden drie partijen een rol:

- Een openbare sociale huisvestingsmaatschappij genaamd SLSP Sambre et Biesme (SLSP). Dit is een overheidsinstantie, met als belangrijkste aandeelhouders twee Belgische gemeenten (Farciennes en Aieau-Presles);
- De Belgische gemeente Farciennes;
- Igretec. Dit is een publiekrechtelijke rechtspersoon die zich richt op onder andere projectmanagement. De aandeelhouders zijn gemeenten en andere overheidsinstanties. Ook de gemeente Farciennes is aandeelhouder en SLSP heeft één aandeel verworven om gebruik te kunnen maken van de diensten van Igretec.

De gemeente Farciennes en SLSP sloten in 2017 een kaderovereenkomst om in samenwerking een groene wijk aan te leggen. Daarin was opgenomen dat ze rechtstreeks – dus zonder aanbestedingsprocedure – Igretec zouden inschakelen om te helpen met het project (onder andere voor technische bijstand bij de bouw en asbestinventarisatiediensten). Toen dit de Waalse toezichthouder op huisvestingsmaatschappijen (SWL) ter ore kwam, verklaarde die de kaderovereenkomst nietig. De toezichthouder was namelijk van mening dat tussen SLSP en Igretec niet was voldaan aan de voorwaarden voor het toepassen van een uitzondering op de aanbestedingsplicht.

De gemeente, SLSP en Igretec waren het niet eens met deze nietigverklaring. Volgens hen voldeden ze zowel aan voorwaarden voor niet-geïstitutionaliseerde samenwerking als de voorwaarden voor quasi-inbesteding met gezamenlijk toezicht.

## Het oordeel van het HvJ

Wat betreft de uitzondering van quasi-inbesteden met gezamenlijk toezicht oordeelt het HvJ dat daarvan géén sprake is. Het loopt stuk op het toezichtcriterium. Om een beroep te kunnen doen op deze uitzondering op de aanbestedingsplicht, moeten de aanbestedende diensten die die een opdracht willen vergeven aan de gecontroleerde rechtspersoon gezamenlijk toezicht uitoefenen op die rechtspersoon. Dat houdt in dat zij daadwerkelijk moeten *deelnemen* in de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon. Dit betekent dat *beide samenwerkende aanbestedende diensten* als lid van de besluitvormingsorganen moeten optreden, als vertegenwoordiger van de aanbestedende dienst *zelf*. Als slechts één van de deelnemende aanbestedende diensten lid is van een besluitvormingsorgaan van de gecontroleerde rechtspersoon, wordt dus niet voldaan aan het vereiste.

Dit was in de onderhavige zaak het geval, want SLSP beschikte over geen enkele vertegenwoordiger in de raad van bestuur van Igretec. In de raad van bestuur van Igretec zat wel een gemeenteraadslid dat ook lid was van de raad van bestuur van SLSP, maar in de raad van bestuur van Igretec vertegenwoordigde die alleen de gemeente Farciennes. Voor SLSP zelf miste dus de vertegenwoordiging.

Het HvJ oordeelt verder dat de deelneming van Igretec aan een overheidsopdracht voor de tenuitvoerlegging van het project voor een groene wijk niet onder de uitzondering van de niet-geïstitutionaliseerde samenwerking kan vallen. Weliswaar voert Igretec haar taken uit in het kader van de samenwerking tussen SLSP en de gemeente Farciennes, om hen bij te staan bij de tenuitvoerlegging van hun gezamenlijke project, maar de realisatie van dit project is geen door Igretec zelf nagestreefde doelstelling. Dat betekent dat niet wordt voldaan aan het vereiste dat de samenwerking gericht moet zijn op het bereiken van doelstellingen die voor alle aanbestedende diensten *gemeenschappelijk* zijn.

## Conclusie

Deze uitleg van het HvJ bevestigt dat niet op indirecte wijze kan worden voldaan aan de voorwaarden van artikel 2.24b Aanbestedingswet inzake het gezamenlijk toezicht door aanbestedende diensten op de rechtspersoon waaraan zij onderhands een opdracht willen gunnen. Ook wordt bevestigd dat het begrip 'gezamenlijke doelstellingen' een doorslaggevende rol heeft bij de uitzondering van artikel 2.24c Aanbestedingswet. Het verwezenlijken van doelstellingen die alleen andere aanbestedende diensten gemeen hebben, is in dat kader onvoldoende.

Wilt u meer weten over de uitleg die het HvJ geeft aan de uitzondering op de aanbestedingsplicht bij samenwerking tussen aanbestedende diensten? Lees dan ook de Legal Update ['Europees Hof laat zich uit over publiek-publieke samenwerking tussen aanbestedende diensten'](#) en de Legal Update ['Europees Hof laat zich uit over publiek-publieke samenwerking tussen aanbestedende diensten in het kader van \(doorontwikkeling van\) software'](#) of neem contact op met één van onze specialisten. Wij zijn u graag van dienst.

Dit is een Legal Update van Anne Kusters.

Voor meer informatie:

Anne Kusters  
+31 30 25 95 572  
[annekusters@vbk.nl](mailto:annekusters@vbk.nl)