

130

Hof van Justitie EU (Vijfde Kamer)
13 juni 2013, C-386/11
(mr. Von Danwitz, mr. Rosas, mr. Juhász, mr. Vajda)
Noot mr. T. van Wijk

Publiek-publieke samenwerking. Begrip 'Overheidsopdracht'. Art. 1 lid 2 sub a Richtlijn 2004/18/EG. Overeenkomst tussen twee territoriale lichamen. Overdracht door lichaam van taak van reiniging van bepaalde ruimten aan ander lichaam tegen financiële vergoeding.

[Richtlijn 2004/18/EU art. 1 lid 2 sub a en d, 1 lid 8, considerans punt 2]

Kreis Düren, een vereniging van gemeenten waartoe Stadt Düren behoort, heeft met Stadt Düren (een ontwerp van) publiekrechtelijke overeenkomst opgesteld waarin hij de taak van reiniging van zijn bureau-, bestuurs- en schoolgebouwen op het grondgebied van Kreis Düren aan Stadt Düren zou overdragen voor een proeffase van twee jaar. Stadt Düren mag ter uitvoering van de haar krachtens lid 1 overgedragen taken een beroep doen op derden. Stadt Düren krijgt een financiële vergoeding voor de door haar gemaakte kosten. Piepenbrock, die voor Kreis Düren de reiniging van diens gebouwen heeft verricht, heeft een beroep ingesteld dat ertoe strekt Kreis Düren te verbieden deze overeenkomst te sluiten zonder Europese aanbestedingsprocedure. Zij heeft daarbij aangevoerd dat de uitvoering van deze taken tegen vergoeding een prestatie overeenkomstig de marktvoorwaarden vormt, die door particuliere dienstverrichters kan worden geleverd. Bovendien, zo stelt Piepenbrock, zou het niet gaan om de in-house uitzondering en de horizontale samenwerkingsuitzondering, waarbij de wetgeving inzake overheidsopdrachten niet van toepassing is. De vordering van Piepenbrock is in eerste aanleg afgewezen, omdat de ontwerpovereenkomst betrekking heeft op een zogeheten delegatieovereenkomst waarop het recht inzake overheidsopdrachten niet van toepassing is. Piepenbrock heeft vervolgens hoger beroep ingesteld bij het Oberlandesgericht Düsseldorf. Het Oberlandesgericht Düsseldorf heeft besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het HvJ EU te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag: 'Moet onder 'overheidsopdracht' in de zin van art. 1 lid

2 sub a Richtlijn 2004/18/EG een overeenkomst tussen twee territoriale lichamen worden verstaan waarmee één van deze lichamen aan het andere een strikt begrensde bevoegdheid overdraagt tegen vergoeding van de kosten, in het bijzonder wanneer de overgedragen taak geen overheidstaak als zodanig maar louter een accessoire taak is'. Het HvJ EU is van oordeel dat op de vraag moet worden geantwoord dat een overeenkomst zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarmee, zonder een samenwerking tussen de contracterende openbare lichamen tot stand te brengen om een gezamenlijke taak van algemeen belang uit te voeren, een openbaar lichaam aan een ander openbaar lichaam de taak toevertrouwt om, tegen een financiële vergoeding die wordt geacht overeen te stemmen met de kosten die de uitvoering van deze taak veroorzaakt, bepaalde bureau-, bestuurs- en schoolgebouwen te reinigen, waarbij het eerste lichaam zich het recht voorbehoudt om de goede uitvoering van deze taak te controleren, en het tweede lichaam een beroep mag doen op derden die voor de uitvoering van deze taak eventueel op de markt zouden kunnen optreden, een overheidsopdracht voor diensten in de zin van art. 1 lid 2 sub d Richtlijn 2004/18/EG is.

Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG
advocaat mr. L. Wionzeck,
tegen
Kreis Düren,
advocaten mr. R. Gruneberg en mr. A. Wilden,
in tegenwoordigheid van
Stadt Düren.

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging 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).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geschil tussen Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG (hierna: „Piepenbrock”) en Kreis Düren (arrondissement Düren, Duitsland) over een ontwerpovereenkomst waarmee Kreis Düren de taak van de reiniging van gebouwen die zijn gelegen op het grondgebied van Stadt Düren maar toebehoren aan en gebruikt worden door Kreis Düren, tegen een financiële vergoeding aan Stadt Düren (de stad Düren) zou overdragen.

Toepasselijke bepalingen
Unierecht

3 Punt 2 van de considerans van richtlijn 2004/18 luidt:

„Bij het plaatsen van overheidsopdrachten die worden afgesloten in de lidstaten voor rekening van de staat, territoriale lichamen en andere publiekrechtelijke instellingen moeten de beginselen van het [EG-verdrag] geëerbiedigd worden, met name het vrije verkeer van goederen, vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van diensten, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie. Voor overheidsopdrachten boven een bepaalde waarde is het echter raadzaam om bepalingen voor de coördinatie door de Gemeenschap van de nationale procedures voor de plaatsing van dergelijke opdrachten op te stellen die gebaseerd zijn op die beginselen, om ervoor te zorgen dat zij effect sorteren en daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten te garanderen. [...]”

4 Artikel 1 van die richtlijn bepaalt:

[...]

2. a) ‚overheidsopdrachten’ zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn.

[...]

d) ‚overheidsopdrachten voor diensten’ zijn andere overheidsopdrachten dan overheidsopdrachten voor werken of leveringen, die betrekking hebben op het verrichten van de in bijlage II bedoelde diensten.

[...]

8. De termen ‚aannemer’, ‚leverancier’ of ‚dienstverlener’ omvatten elke natuurlijke of rechtspersoon of elk openbaar lichaam of elke combinatie van deze personen en/of lichamen die respectievelijk de uitvoering van werken en/of werkzaamheden[,] [...] producten of diensten op de markt aanbiedt.

De term ‚ondernemer’ dekt zowel de termen ‚aannemer’, ‚leverancier’ als ‚dienstverlener’. De term ‚ondernemer’ wordt louter ter vereenvoudiging van de tekst gebruikt.

[...]”

5 Reiniging van gebouwen is een dienst in de zin van richtlijn 2004/18, overeenkomstig bijlage II A, categorie 14, erbij.

Duits recht

6 Artikel 28, lid 2, van het Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (grondwet van de Bondsrepubliek Duitsland) bepaalt:

„Aan de gemeenten moet het recht zijn gewaarborgd om alle aangelegenheden van de plaatselijke gemeenschap binnen de wettelijke grenzen op eigen verantwoording te regelen. Ook de verenigingen van gemeenten hebben in het kader van hun wettelijke taken met inachtneming van de wetten, het recht op zelfbestuur. [...]”

7 § 23 van het Gesetz über die Kommunale Gemeinschaftsarbeit des Landes Nordrhein-Westfalen (Wet inzake de gemeentelijke samenwerking van de deelstaat Nordrhein-Westfalen; hierna: „GkG NRW”) luidt als volgt:

„1) Gemeenten en verenigingen van gemeenten kunnen overeenkomen dat één van de betrokkenen afzonderlijke taken van de andere betrokkenen in zijn bevoegdheid overneemt of zich ertoe verbindt om dergelijke taken voor de andere betrokkenen te verrichten.

2) Indien een betrokkene een taak van de andere betrokkenen in zijn bevoegdheid overneemt, dan gaan het recht en de verplichting tot uitvoering van de taak op hem over. Indien één van de betrokkenen zich ertoe verbindt om een taak voor de anderen uit te voeren, dan blijven hun rechten en verplichtingen als verantwoordelijke voor de taak onaangetast.

3) De overeenkomst kan aan de andere betrokkenen het recht verlenen om bij de vervulling of de uitvoering van de taken mee te werken; dat geldt eveneens voor de aanstelling van personeel.

4) De overeenkomst moet een redelijke vergoeding vaststellen, die normaliter zo moet worden berekend dat de kosten ten gevolge van de overname of de uitvoering worden gedekt.

5) Indien de geldigheidsduur van de overeenkomst niet beperkt is of meer dan 20 jaar bedraagt, moet de overeenkomst bepalen onder welke voorwaarden en in welke vorm zij door de betrokkenen kan worden opgezegd.”

8 In de verwijzingsbeslissing wordt benadrukt dat, ten eerste, het GkG NRW een onderscheid maakt tussen zogeheten „mandaatovereenkomsten”, waarmee een lichaam zich ertoe verbindt bepaalde taken voor rekening van een ander lichaam te verrichten, en zogeheten „delegatieover-

eenkomsten”, die een bevoegdheidsoverdracht teweegbrengen en waarmee een lichaam een taak van een ander lichaam overneemt. Ten tweede vallen de „mandaatovereenkomsten” volgens de nationale rechtspraak onder het recht inzake overheidsopdrachten indien zij onder bezwarende titel zijn.

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

9 Kreis Düren is een vereniging van gemeenten waartoe Stadt Düren behoort. Op grond van een aantal overeenkomsten heeft Piepenbrock de reiniging van de gebouwen van deze Kreis verricht.

10 Kreis Düren heeft met Stadt Düren een ontwerp van publiekrechtelijke overeenkomst opgesteld waarin hij de taak van reiniging van zijn bureau-, bestuurs- en schoolgebouwen op het grondgebied van Stadt Düren aan haar zou overdragen, om te beginnen voor een proeffase van twee jaar.

11 Artikel 1 van de ontwerpovereenkomst luidt als volgt:

„1) Kreis Düren draagt de op hem rustende taak van reiniging van zijn in de stad Düren gelegen en hem toebehorende gebouwen over aan Stadt Düren, waardoor Kreis Düren van zijn verplichtingen wordt bevrijd.

2) De taak van reiniging omvat de reiniging van de gebouwen en de vensters in bureau-, bestuurs- en schoolgebouwen van Kreis Düren.

3) Stadt Düren wordt exclusief bevoegd voor de in de leden 1 en 2 omschreven taak. Het recht en de verplichting om deze taak te uit te voeren gaan over op Stadt Düren (§ 23, lid 1, eerste alternatief, en lid 2, eerste volzin, GkG NRW). Stadt Düren neemt de verplichtingen van Kreis Düren over en is in dat opzicht alleen verantwoordelijk.

4) Stadt Düren mag ter uitvoering van de haar krachtens lid 1 overgedragen taken een beroep doen op derden.”

12 Deze ontwerpovereenkomst voorziet overeenkomstig § 23, lid 4, GkG NRW in een financiële vergoeding voor de kosten van Stadt Düren, die wordt vastgesteld op basis van een uurtarief.

13 Overigens blijkt uit het dossier waartoe het Hof toegang heeft gehad dat in dit ontwerp aan Kreis Düren het recht wordt voorbehouden om de overeenkomst eenzijdig te beëindigen in geval van gebrekkige uitvoering door Stadt Düren.

14 Ten slotte blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat de betrokken reinigingstaken zouden worden uitgevoerd door Dürener Reinigungsgesellschaft mbH, een vennootschap waarvan Stadt Düren eigenaar is.

15 Piepenbrock heeft een beroep ingesteld dat ertoe strekt Kreis Düren te verbieden deze overeenkomst te sluiten zonder overheidsopdrachtenprocedure, en heeft daarbij aangevoerd dat de uitvoering van deze taken tegen vergoeding een prestatie overeenkomstig de marktvoorwaarden vormt, die door particuliere dienstverrichters kan worden verricht. In een dergelijke context zou het overigens niet gaan om een soort interne aanbesteding waarop de wetgeving inzake overheidsopdrachten overeenkomstig het arrest van 18 november 1999, Teckal (C 107/98, Jurispr. blz. I 8121) niet van toepassing is, aangezien niet is voldaan aan de toepassingsvoorwaarden voor deze uitzondering, terwijl een verwijzing naar het arrest van 9 juni 2009, Commissie/Duitsland (C 480/06, Jurispr. blz. I 4747) niet relevant is, aangezien er geen sprake is van „horizontale samenwerking” tussen de twee betrokken openbare lichamen.

16 Piepenbrocks vordering is in eerste aanleg afgewezen op grond dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde ontwerpovereenkomst betrekking heeft op een zogeheten „delegatieovereenkomst” overeenkomstig artikel 23 GkG NRW, waarop het recht inzake overheidsopdrachten niet van toepassing is. Piepenbrock heeft tegen deze beslissing hoger beroep ingesteld bij het Oberlandesgericht Düsseldorf en heeft daarbij aangevoerd dat deze kwalificatie als delegatieovereenkomst geen betekenis heeft, gelet op de kenmerken van de in geding zijnde ontwerpovereenkomst.

17 Kreis Düren voert daarentegen aan dat bij een dergelijke publiekrechtelijke taakdelegatie sprake is van een beslissing die valt onder de interne nationale organisatie waarop het recht inzake overheidsopdrachten niet van toepassing is.

18 De verwijzende rechter benadrukt dit kenmerk van de in geding zijnde ontwerpovereenkomst en vraagt zich af wat de invloed is van de publiekrechtelijke aard van deze overeenkomst op de toepassing van de regels inzake overheidsopdrachten.

19 Ten eerste stelt hij vast dat de betrokken taak niet valt onder de uitoefening van het openbaar gezag in de zin van de artikelen 51, eerste alinea, VWEU en 62 VWEU, en dus om die reden niet valt buiten de werkingssfeer van de bepalin-

gen van het VWEU inzake de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten, en evenmin buiten de werkingssfeer van de handelingen van afgeleid recht ter verwezenlijking van deze vrijheden, zoals richtlijn 2004/18.

20 Ten tweede stelt hij vast dat de uit het reeds aangehaalde arrest Teckal blijkende uitzondering niet van toepassing is op de in geding zijnde ontwerpovereenkomst, aangezien Kreis Düren op Stadt Düren, noch overigens op de vennootschap Dürener Reinigungsgesellschaft, een toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten.

21 Ten derde merkt de verwijzende rechter op dat de context van de aan hem voorgelegde zaak verschilt van de omstandigheden van de zaak die heeft geleid tot het reeds aangehaalde arrest Commissie/Duitsland, aangezien de hier in geding zijnde ontwerpovereenkomst wordt gekenmerkt door het feit dat de betrokken openbare lichamen niet samenwerken, aangezien het ene lichaam louter en alleen een van zijn taken aan het andere delegeert, hetgeen is toegestaan op grond van het GkG NRW.

22 De verwijzende rechter vraagt zich evenwel af of, in het kielzog van het arrest Commissie/Duitsland, nog andere soorten overeenkomsten tussen territoriale lichamen dan de soort waarop dit arrest betrekking had, buiten het recht inzake overheidsopdrachten vallen. Zo vraagt hij zich af of een onderscheid moet worden gemaakt tussen overeenkomsten inzake taken van algemeen belang als zodanig, zoals afvalverwijdering, en overeenkomsten die slechts indirect de uitvoering van deze taken betreffen, zoals, in casu, de reiniging van gebouwen die worden gebruikt om een dergelijke taak uit te voeren.

23 De verwijzende rechter vraagt zich tevens af of overeenkomsten van intergemeentelijke samenwerking niet algemeen buiten het recht inzake overheidsopdrachten vallen als „handelingen van interne administratieve organisatie”. Hij merkt in dit verband op dat de administratieve organisatie van de lidstaten niet onder de bevoegdheid van de Europese Unie valt en voorts dat de administratieve autonomie van de gemeenten en dus de mogelijkheid om vrijwillige samenwerkingen tussen gemeenten tot stand te brengen, wordt gewaarborgd door artikel 28, lid 2, van het Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland.

24 Aan de andere kant merkt de verwijzende rechter op dat het voorwerp van de in geding zijnde ontwerpovereenkomst eigenlijk identiek

is aan een willekeurige aan richtlijn 2004/18 onderworpen opdracht waarbij aan Stadt Düren de uitvoering van reinigingsprestaties onder bezwarende titel zou worden toevertrouwd. Dienaangaande vraagt hij zich af of het in het GkG NRW gemaakte onderscheid tussen „mandaatovereenkomsten” en „delegatieovereenkomsten”, waarbij de betrokken overeenkomst tot deze tweede categorie behoort, doorslaggevend is, aangezien in geval van een overeenkomst betreffende ondergeschikte taken die niet rechtstreeks betrekking hebben op de werkzaamheden van de gemeenten naar buiten toe, de daarmee teweeggebrachte bevoegdheidsoverdracht louter formeel is, aangezien de keuze voor de ene, dan wel de andere mogelijke soort overeenkomst, uit economisch oogpunt feitelijk dezelfde gevolgen sorteert. Daarom overweegt deze rechter dat door het gebruik van een „delegatieovereenkomst”, in de context van het hoofdgeding sprake zou kunnen zijn van „een constructie [...] die bedoeld was om de regels inzake overheidsopdrachten te ontwijken” als vermeld in punt 48 van het reeds aangehaalde arrest Commissie/Duitsland.

25 In deze context heeft het Oberlandesgericht Düsseldorf besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Moet onder ‚overheidsopdracht’ in de zin van artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2004/18 [...] een overeenkomst tussen twee territoriale lichamen worden verstaan waarmee één van deze lichamen aan het andere een strikt begrensde bevoegdheid overdraagt tegen vergoeding van de kosten, in het bijzonder wanneer de overgedragen taak geen overheidstaak als zodanig maar louter een accessoire taak is?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

26 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of als overheidsopdracht voor diensten in de zin van artikel 1, lid 2, sub d, van richtlijn 2004/18 moet worden beschouwd, en om die reden aan de bepalingen van deze richtlijn is onderworpen, een overeenkomst als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarmee een openbaar lichaam aan een ander openbaar lichaam de taak toevertrouwt om bepaalde bureau-, bestuurs- en schoolgebouwen te reinigen en dit tweede lichaam voor de uitvoering van deze taak een beroep mag doen op derden, tegen een financiële vergoeding die wordt geacht over-

een te stemmen met de kosten die de uitvoering van deze taak veroorzaakt, en waarbij het zich het recht voorbehoudt om de goede uitvoering van deze taak te controleren.

27 Dienaangaande dient inderdaad te worden opgemerkt dat Kreis Düren zich in de in geding zijnde ontwerpovereenkomst een dergelijke controlebevoegdheid voorbehoudt, aangezien deze overeenkomst bepaalt dat Kreis Düren deze eenzijdig zal kunnen beëindigen in geval van gebrekkige uitvoering door Stadt Düren.

28 In herinnering dient te worden gebracht dat overeenkomstig artikel 1, lid 2, van richtlijn 2004/18, een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die tussen een ondernemer en een aanbestedende dienst is gesloten en betrekking heeft op de verrichting van in bijlage II A bij deze richtlijn bedoelde diensten, een overheidsopdracht is.

29 Dienaangaande is het in de eerste plaats niet van belang, ten eerste, dat deze ondernemer zelf een aanbestedende dienst is en, ten tweede, dat het betrokken lichaam niet hoofdzakelijk winst nastreeft, niet als een onderneming is georganiseerd of niet op een regelmatige basis op de markt aanwezig is (arrest van 19 december 2012, Ordine degli Ingegneri della provincia di Lecce e.a., C 159/11, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 26).

30 In de tweede plaats zijn activiteiten als die waarop de in geding zijnde ontwerpovereenkomst betrekking heeft, diensten voor reiniging van gebouwen bedoeld in bijlage II A, categorie 14, bij richtlijn 2004/18.

31 In de derde plaats moet een overeenkomst worden geacht te zijn gesloten „onder bezwarende titel” in de zin van artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2004/18, zelfs indien de vastgestelde vergoeding beperkt is tot de terugbetaling van de kosten die zijn gemaakt om de overeengekomen dienst te verrichten (zie in die zin, arrest Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a., reeds aangehaald, punt 29).

32 Onder voorbehoud van het door de verwijzende rechter te verrichten onderzoek lijkt het erop, ten eerste, dat een overeenkomst als de in het hoofdgeding voorgenomen overeenkomst alle voormelde kenmerken heeft en dus in beginsel een overheidsopdracht is.

33 Ten tweede lijkt een dergelijke overeenkomst niet te behoren tot de twee types overeenkomsten die, hoewel zij door openbare lichamen

zijn gesloten, toch niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht inzake overheidsopdrachten vallen.

34 Daarbij gaat het in de eerste plaats om de overeenkomsten gesloten tussen een openbaar lichaam en een persoon die daar rechtens van onderscheiden is, wanneer dit lichaam op deze persoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen (zie in die zin reeds aangehaalde arresten Teckal, punt 50, alsook Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a., punt 32).

35 Dienaangaande staat vast dat geen van deze voorwaarden is vervuld bij een overeenkomst als de in het hoofdgeding voorgenomen overeenkomst. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt immers dat in de context van het hoofdgeding allereerst geen van de lichamen een ander beheerst. Vervolgens oefent het lichaam dat de uitvoering van een taak aan het andere lichaam toevertrouwt, hoewel het zich het recht voorbehoudt om de goede uitvoering van deze taak te controleren, op het tweede lichaam geen toezicht uit dat kan worden gekwalificeerd als een toezicht zoals op zijn eigen diensten. Ten slotte verricht dit tweede lichaam niet het merendeel van zijn werkzaamheden voor het eerste lichaam.

36 In de tweede plaats gaat het om de overeenkomsten die een samenwerking tussen openbare lichamen tot stand brengen, die ertoe strekt de uitvoering te verzekeren van een taak van algemeen belang die op hen gezamenlijk rust (zie arrest Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a., punt 34).

37 In bedoeld geval zijn de Unierechtelijke regels inzake overheidsopdrachten niet van toepassing voor zover dergelijke overeenkomsten uitsluitend door openbare lichamen zijn gesloten, zonder enige particuliere inbreng, geen enkele particuliere dienstverrichter wordt bevoordeeld tegenover zijn concurrenten en de samenwerking die deze overeenkomsten tot stand brengen uitsluitend wordt beheerst door overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang (arrest Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a., punt 35).

38 Alle voormelde criteria zijn cumulatief, zodat een opdracht tussen openbare lichamen enkel buiten de werkingssfeer van het Unierecht inzake

overheidsopdrachten kan vallen krachtens deze uitzondering indien de overeenkomst waarin deze opdracht wordt vastgesteld aan al deze criteria voldoet (zie in die zin arrest *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, punt 36).

39 Uit de vaststellingen van de verwijzende rechter blijkt echter dat het voorwerp van de in geding zijnde ontwerpovereenkomst niet erin lijkt te bestaan een samenwerking tussen de twee contracterende openbare lichamen tot stand te brengen om een gezamenlijke taak van algemeen belang uit te voeren.

40 Bovendien blijkt uit die vaststellingen ook dat het in het kader van deze overeenkomst mogelijk is om een beroep te doen op derden voor de uitvoering van de in deze overeenkomst vastgestelde taak, zodat deze derde zou kunnen worden bevoordeeld tegenover de andere ondernemingen die op dezelfde markt actief zijn.

41 Gelet op één en ander, moet op de vraag worden geantwoord dat een overeenkomst zoals die welke in het hoofdging aan de orde is, waarmee, zonder een samenwerking tussen de contracterende openbare lichamen tot stand te brengen om een gezamenlijke taak van algemeen belang uit te voeren, een openbaar lichaam aan een ander openbaar lichaam de taak toevertrouwt om, tegen een financiële vergoeding die wordt geacht overeen te stemmen met de kosten die de uitvoering van deze taak veroorzaakt, bepaalde bureau-, bestuurs- en schoolgebouwen te reinigen, waarbij het eerste lichaam zich het recht voorbehoudt om de goede uitvoering van deze taak te controleren, en het tweede lichaam een beroep mag doen op derden die voor de uitvoering van deze taak eventueel op de markt zouden kunnen optreden, een overheidsopdracht voor diensten in de zin van artikel 1, lid 2, sub d, van richtlijn 2004/18 is.

Kosten

42 Ten aanzien van de partijen in het hoofdging is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Vijfde kamer) verklaart voor recht:

Een overeenkomst zoals die welke in het hoofdging aan de orde is, waarmee, zonder een samenwerking tussen de contracterende openbare lichamen tot stand te brengen om een gezamenlijke taak van algemeen belang uit te voeren, een openbaar lichaam aan een ander openbaar lichaam de taak toevertrouwt om, tegen een financiële vergoeding die wordt geacht overeen te stemmen met de kosten die de uitvoering van deze taak veroorzaakt, bepaalde bureau-, bestuurs- en schoolgebouwen te reinigen, waarbij het eerste lichaam zich het recht voorbehoudt om de goede uitvoering van deze taak te controleren, en het tweede lichaam een beroep mag doen op derden die voor de uitvoering van deze taak eventueel op de markt zouden kunnen optreden, is een overheidsopdracht voor diensten in de zin van artikel 1, lid 2, sub d, 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.

NOOT

Het arrest is een nadere uitwerking van de uitzondering op een aanbestedingsplicht ingeval van een samenwerking tussen overheden. Deze uitzondering is geïntroduceerd in het arrest van 9 juni 2009, *Commissie/Duitsland*, C-480/06 en vervolgens nader omlind bij arrest van 19 december 2012 *Azienda Sanitaria Locale di Lecce/Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* («JAAN» 2013/5 met noot van mr. W.M. Ritsema van Eck).

De Duitse verwijzende rechter heeft de prejudiciële vraag gesteld of de ontwerpovereenkomst tussen Kreis Düren en Stadt Düren inzake de taakoverdracht van reiniging van gebouwen binnen het grondgebied van Stadt Düren een overheidsopdracht betreft. In de verwijzingsbeslissing wordt benadrukt dat volgens nationale jurisprudentie zogeheten 'delegatieovereenkomsten' die een bevoegdheidsoverdracht teweegbrengen en waarmee een openbaar lichaam een taak van een ander openbaar lichaam overneemt niet onder het recht inzake overheidsopdrachten vallen. Om die reden is het bezwaar van de marktpartij Piepenbrock in eerste aanleg ook afgewezen. Bij de beantwoording van de prejudiciële vraag gaat het hof niet in op de bijzonde-

re omstandigheid van een taakoverdracht, maar wordt de litigieuze ontwerpovereenkomst (gewoon) getoetst aan de criteria van een overheidsopdracht. Van een overheidsopdracht lijkt volgens het hof wel sprake te zijn. Er worden immers (bijlage 2A-)diensten tegen betaling verricht. Het feit dat de opdrachtnemer, Stadt Düren, zelf een aanbestedende dienst is, doet daar – volgens vaste rechtspraak – niet aan af. Vervolgens gaat het hof in op twee in de jurisprudentie ontwikkelde aanbestedingsuitzonderingen, te weten (quasi-)inbesteding en samenwerking tussen overheden. Van een (quasi-)inbestedingssituatie is geen sprake omdat een doorslaggevend toezicht door Kreis Düren op Stadt Düren ontbreekt en Stadt Düren niet het merendeel van haar werkzaamheden voor Kreis Düren verricht. Bij de behandeling van de aanbestedingsuitzondering inzake samenwerking tussen overheden herhaalt het hof dat de samenwerking ertoe moet strekken een taak van algemeen belang te verzekeren die op alle bij samenwerking betrokken overheden rust zonder bevoordeling van een particuliere dienstverrichter. In het onderhavige geval is volgens het hof (vooralnog) niet gebleken dat er sprake is van een samenwerking om een gezamenlijke taak van algemeen belang uit te voeren. Van belang is daarom dat op alle contracts – respectievelijk samenwerkende partijen een taak van algemeen belang rust waarop de overeenkomst respectievelijk samenwerking ziet. Louter (een taak van algemeen belang) ondersteunende werkzaamheden (zoals in dit geval reiniging van gebouwen) lijken niet onder deze aanbestedingsuitzondering te vallen. Het beroep op de aanbestedingsuitzondering inzake samenwerking strandt ook op het feit dat in de ontwerpovereenkomst is bepaald dat Stadt Düren voor de uitvoering een beroep op derden mag doen. Volgens het hof zou dat er namelijk toe kunnen leiden dat deze derde wordt bevoordeeld tegenover andere ondernemingen die actief zijn op de markt. Tot een soortgelijk oordeel komt het hof ook in het arrest van 19 december 2012 («JAAN» 2013/5 met noot van mr. W.M. Ritsema van Eck). Wellicht dat de formulering in de overeenkomst te ruim was. Uit de feiten blijkt dat de uitvoering zou worden verricht door een vennootschap waarvan Stadt Düren eigenaar is. Ik meen dat aan de voorwaarde van het niet bevoordelen van een marktpartij wordt voldaan als in de betreffende samenwer-

kingsovereenkomst wordt opgenomen dat de eventuele uitbesteding van werkzaamheden wordt aanbesteed dan wel dat de uitvoering plaatsvindt door een openbaar lichaam waarmee een (quasi-)inbestedingsrelatie bestaat. Tot slot is van belang dat de verwijzende rechter noch het hof ingaat op de in de art. 18 Richtlijn 2004/18/EG (en art. 2.24a en 3.28 Aanbestedingswet 2012) neergelegde uitzondering op een aanbestedingsplicht inzake het verlenen van een alleenrecht. Ook een alleenrecht betreft immers een overheidsopdracht (voor diensten). Dit arrest sluit derhalve niet uit dat de beoogde dienstverlening (alsnog) door Stadt Düren zou kunnen worden uitgevoerd zonder voorafgaande aanbesteding met een beroep op art. 18 Richtlijn 2004/18/EG.

T. van Wijk
Advocaat bij Dirkzwager

131

Gerecht van Eerste Aanleg EU (Vierde Kamer)
24 april 2013, T-32/08
(mr. Pilikánová, mr. Jürimäe, mr. Van der Woude)
Noot mr. dr. W.A. Sinnighe Damsté

Overheidsopdrachten voor diensten. Marginale toetsing. Afwijzing offerte inschrijver. Motiveringsplicht. Selectie- en gunningscriteria. Niet-contractuele aansprakelijkheid. Aanbesteding door instelling van de EU. Alle klachten worden afgewezen.

[VWEU art. 268; Financiële Verordening van de Raad inzake de algemene begroting van de Europese Unie van 25 juni 2002 nr. 1605/2002 art. 89 lid 1, 100 lid 2; Verordening van de Commissie van 23 december 2002, nr. 2342/2002 betreffende gedetailleerde regels voor de toepassing van de Financiële Verordening art. 149 lid 3]

De Europese Commissie heeft een opdracht in de markt gezet betreffende een marktanalyse voor de ontwikkeling van een nieuwe aanpak voor de website 'Jonge Europeanen en het milieu'. De opdracht wordt niet aan appellant gegund omdat deze op een bepaald onderdeel te weinig punten heeft behaald. Appellant komt tegen het gun-