



# Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA  
van 29 januari 2020<sup>1</sup>

**Zaak C-796/18**

**Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH  
tegen  
Stadt Köln,  
in tegenwoordigheid van:  
Land Berlin**

[verzoek van het Oberlandesgericht Düsseldorf (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Noordrijn-Westfalen, Düsseldorf, Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Overheidsopdrachten – Richtlijn 2014/24/EU – Begrip ‚overeenkomst onder bezwarende titel’ – Horizontale samenwerking tussen aanbestedende diensten – Terbeschikkingstelling van software voor de coördinatie van brandweerdiensten – Samenwerkingsovereenkomst voor het updaten en doorontwikkelen van de software – Ondersteunende activiteit bij de openbare dienst – Verbod op bevoordeling van derden”

1. De eerste Europese bepalingen inzake de plaatsing van overheidsopdrachten dateren van de jaren zeventig. Sindsdien hebben verschillende regelingen elkaar opgevolgd, tot in 2014 drie teksten werden vastgesteld die ten doel hebben om alle facetten van deze materie te regelen: richtlijn 2014/24/EU<sup>2</sup> (waarvan met deze prejudiciële verwijzing om uitlegging wordt verzocht), richtlijn 2014/23/EU<sup>3</sup> en richtlijn 2014/25/EU<sup>4</sup>.

2. Vóór de inwerkingtreding van de richtlijnen van 2014 had het Hof reeds geoordeeld dat de Unierechtelijke bepalingen inzake de plaatsing van overheidsopdrachten in beginsel niet van toepassing waren wanneer, onder bepaalde voorwaarden:

- een aanbestedende dienst een rechtspersoon waarover hij zeggenschap uitoefende, belaste met de uitvoering van bepaalde taken zonder andere, externe entiteiten te benaderen (*verticale* samenwerking of inhousegunning), of
- twee aanbestedende diensten met elkaar samenwerkten om de uitvoering van een op beide diensten rustende taak van algemeen belang te waarborgen (*horizontale* samenwerking).

1 Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65).

3 Richtlijn van het Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (PB 2014, L 94, blz. 1).

4 Richtlijn van het Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van richtlijn 2004/17/EG (PB 2014, L 94, blz. 243).

3. Ten aanzien van deze tweede wijze van samenwerking tussen aanbestedende diensten had de rechtspraak van het Hof een zekere rechtsonzekerheid<sup>5</sup> gecreëerd, die de wetgever met richtlijn 2014/24 heeft getracht weg te nemen. Ik ben er niet zeker van dat die poging het verhoopte succes heeft gehad.

4. In het hoofdgeding dat tot deze prejudiciële verwijzing heeft geleid, bestrijdt een vennootschap (Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung; hierna: „ISE”) bij de verwijzende rechter de tussen Stadt Köln (hierna: „de stad Keulen”) en Land Berlin (hierna: „de deelstaat Berlijn”) gesloten overeenkomst op grond waarvan deze laatste aan de stad Keulen een softwareprogramma voor het meldkamersysteem van haar brandweerkorps ter beschikking stelt. Aan die overeenkomst is een samenwerkingsovereenkomst verbonden.

5. De verwijzende rechter wenst in wezen te vernemen of de relatie tussen de aanbestedende diensten die aan dit geding ten oorsprong ligt al dan niet onder de voorschriften inzake de plaatsing van overheidsopdrachten van richtlijn 2014/24 valt. Daarmee wordt het Hof de gelegenheid geboden om zijn eerdere rechtspraak aan te vullen, zij het in het licht van een nieuwe bepaling (artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24), waarover bij mijn weten nog niet eerder arrest is geweest.

## I. Toepasselijke bepalingen

### A. *Unierecht. Richtlijn 2014/24*

6. In overweging 5 wordt opgemerkt dat:

„[...] geen enkele bepaling in deze richtlijn de lidstaten verplicht de dienstverlening waarvoor zij zelf zorg wensen te dragen of die zij willen organiseren met andere middelen dan overheidsopdrachten in de zin van deze richtlijn, uit te besteden of te outsourcen [...].”

7. In overweging 31 staat te lezen:

„Er is een grote rechtsonzekerheid met betrekking tot de vraag in hoeverre de aanbestedingsregels moeten worden toegepast op opdrachten tussen entiteiten in de openbare sector. De desbetreffende rechtspraak van het Europees Hof van Justitie wordt door de lidstaten en zelfs door de aanbestedende diensten op uiteenlopende wijze geïnterpreteerd. Daarom moet worden verduidelijkt in welke gevallen de aanbestedingsregels niet van toepassing zijn op binnen de openbare sector gesloten overeenkomsten.

Hierbij moeten de beginselen die in de desbetreffende rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie worden beschreven richtinggevend zijn. Het enkele feit dat beide partijen in een overeenkomst zelf overheidsdiensten zijn, sluit op zich de toepassing van aanbestedingsregels niet uit. De toepassing van aanbestedingsregels mag echter niet ten koste gaan van de vrijheid van overheidsdiensten om hun taken van algemeen belang te vervullen met gebruikmaking van hun eigen middelen, waaronder de mogelijkheid samen te werken met andere overheidsdiensten.

Er moet voor worden gezorgd dat vrijgestelde samenwerking tussen overheidsdiensten niet leidt tot vervalsing van de mededinging ten opzichte van particuliere ondernemers in die zin dat een particuliere dienstverlener bevoordeeld wordt ten opzichte van zijn concurrenten.”

<sup>5</sup> Die in overweging 31 van richtlijn 2014/24 wordt aangemerkt als „groot”. In diezelfde overweging wordt verklaard dat de rechtspraak op dit gebied „door de lidstaten en zelfs door de aanbestedende diensten op uiteenlopende wijze [wordt] geïnterpreteerd”.

8. In overweging 33 wordt verklaard:

„Aanbestedende diensten moeten kunnen besluiten hun taken van algemeen belang gezamenlijk in een samenwerkingsverband te verrichten, zonder dat een bepaalde rechtsvorm moet worden gekozen. Deze samenwerking zou betrekking kunnen hebben op alle soorten activiteiten die verband houden met het verrichten van hun diensten en met hun verantwoordelijkheden in het algemeen belang, zoals taken die territoriale lichamen verplicht of vrijwillig op zich nemen of diensten waarvoor, krachtens publiek recht, specifieke instanties bevoegd zijn. De diensten die door de verschillende deelnemende instanties worden verleend hoeven niet noodzakelijkerwijs identiek te zijn; zij kunnen ook complementair zijn.

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.

Om aan deze voorwaarden te voldoen, moet de samenwerking gebaseerd zijn op een samenwerkingsmodel. Bij deze samenwerking is 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. Bovendien moet de samenwerking, met inbegrip van eventuele financiële overdrachten tussen de deelnemende aanbestedende diensten, uitsluitend uit overwegingen van algemeen belang plaatsvinden.”

9. Artikel 1, lid 4, schrijft voor:

„Deze richtlijn doet niet af aan de vrijheid van de lidstaten om in overeenstemming met het Unierecht te bepalen wat zij onder diensten van algemeen economisch belang verstaan, hoe die diensten conform de regels inzake staatssteun moeten worden georganiseerd en gefinancierd, en aan welke specifieke verplichtingen die diensten moeten voldoen. Deze richtlijn doet evenmin af aan de beslissing van overheidsinstanties of, hoe en in welke mate zij taken van openbaar belang zelf wensen uit te voeren, overeenkomstig artikel 14 VWEU en Protocol nr. 26.”

10. In artikel 2, lid 1, punt 5, worden overheidsopdrachten als volgt gedefinieerd:

„schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten”.

11. Artikel 12 („Overheidsopdrachten tussen entiteiten in de overheidssector”), lid 4, luidt:

„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 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.”

12. In artikel 18, lid 1, wordt bepaald:

„Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen op een transparante en proportionele wijze.

Overheidsopdrachten worden niet opgesteld met het doel om deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van de richtlijn of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. De mededinging wordt geacht kunstmatig te zijn beperkt indien de aanbesteding is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen.”

## ***B. Nationaal recht***

13. In artikel 91 quater, lid 1, van de Duitse grondwet wordt het volgende bepaald: „De bondsstaat en de deelstaten kunnen samenwerken bij de planning, de realisatie en het beheer van de voor de verwezenlijking van hun taken benodigde informaticasystemen”.

14. In § 108 van het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (wet tegen mededingingsbeperkingen; hierna: „GWB”) is artikel 12 van richtlijn 2014/24 overgenomen.

15. Ingevolge de zogeheten „besluiten van Kiel”, die zijn vastgesteld in 1979, kan een overheidsinstantie (door of namens haar ontwikkelde of aangeschafte) software overdragen aan andere overheidsinstanties in Duitsland, mits er sprake is van wederkerigheid. Wederkerigheid wordt toegekend wanneer in de begrotingsnormen of de wetten of begrotingsstatuten van de betrokken entiteiten – de eigenaar en de ontvanger van de software – rekening wordt gehouden met de in 1980 door de Conferentie van ministers van Financiën aanbevolen begrotingsregels. Over het algemeen wordt wederkerigheid niet toegekend om commerciële redenen, maar op basis van politieke overwegingen. Wederkerigheid wordt niet beschouwd als een specifieke onderlinge uitwisseling, maar als de mogelijkheid daartoe.<sup>6</sup>

## **II. Hoofddeding en prejudiciële vragen**

16. In september 2017 hebben de stad Keulen en de deelstaat Berlijn een overeenkomst betreffende de terbeschikkingstelling van software gesloten, waarbij laatstgenoemde aan de stad Keulen, kosteloos en voor onbepaalde tijd, software voor het meldkamersysteem van haar brandweerkorps ter beschikking stelde.

17. De terbeschikkingstelling diende te voldoen aan de voorwaarden van een samenwerkingsovereenkomst van dezelfde datum die, onder andere, de volgende bepalingen bevatte:

„§ 1. Doel van de bereidheid tot samenwerking

[...] De partijen komen overeen een gelijkwaardig partnerschap aan te gaan en zijn, indien noodzakelijk, bereid tot compromissen met betrekking tot de aanpassing van de software aan de betreffende behoeften van de partner, en zijn bereid deze software ter beschikking te stellen van de samenwerkingspartner [...].

§ 2. Bepaling van het samenwerkingsdoel

<sup>6</sup> Volgens een studie uit 2014 is de algemene opvatting over de praktische werking van de besluiten van Kiel in Duitsland als volgt: wanneer het beginsel van algemene wederkerigheid als bedoeld in die besluiten wordt toegepast op een specifieke samenwerking, ontbreekt een wezenlijk element van de definitie van overheidsopdracht overeenkomstig de GWB. Vanuit het gezichtspunt van de GWB ondersteunt het ontbreken van compensatie voor de terbeschikkingstelling van software het idee dat die terbeschikkingstelling kosteloos plaatsvindt. Bij toepassing van het beginsel van algemene wederkerigheid verbindt de ontvanger van de dienst zich niet specifiek tot de betaling van een geldelijke vergoeding, maar heeft hij slechts op abstracte wijze bepaald dat hij, indien nodig, in een vergelijkbare situatie onder niet-bezwarende titel softwareontwikkelingen zal leveren (Gutachten. Evaluierung der Kieler Besschlüsse II, 20 augustus 2014, blz. 106).

[...] Het softwaresysteem kan worden uitgebreid met nieuwe technische functiemodules, en kosteloos aan andere samenwerkingspartners ter beschikking worden gesteld [...].

[...]

#### § 5. Invulling van de samenwerking

[...] De basissoftware wordt kosteloos ter beschikking gesteld. Aanvullende en uitbreidende technische modules worden kosteloos aan de samenwerkingspartners aangeboden.

[...]

De samenwerkingsovereenkomst is alleen bindend in combinatie met de overeenkomst betreffende de terbeschikkingstelling van software.”

18. ISE, die zich bezighoudt met de ontwikkeling en verkoop van software, heeft bij de Vergabekammer Rheinland (voor overheidsopdrachten bevoegde kamer van Rijnland, Keulen, Duitsland) een verzoek om nietigverklaring van de tussen de deelstaat Berlijn en de stad Keulen gesloten overeenkomsten ingediend. Daarbij voerde zij aan dat de stad Keulen een overheidsopdracht voor leveringen had gegund met een waarde die de grens voor vrijstelling van de regels inzake de plaatsing van overheidsopdrachten overschreed. De betrokkenheid van de stad Keulen bij de doorontwikkeling van de ter beschikking gestelde software vormde volgens haar een voldoende geldelijk voordeel. Bovendien bracht de aanschaf van de basissoftware vervolgoopdrachten voor de softwareproducent met zich mee: voor een derde zouden de aan de doorontwikkeling en het onderhoud van die software verbonden kosten te hoog zijn.

19. De Vergabekammer Rheinland heeft het verzoek van ISE afgewezen op grond dat de overeenkomsten tussen de stad Keulen en de deelstaat Berlijn niet konden worden aangemerkt als „overheidsopdrachten” in de zin van het Unierecht. Naar het oordeel van de Vergabekammer zijn de partijen slechts een gelijkwaardige samenwerking aangegaan, in het kader waarvan de software kosteloos ter beschikking wordt gesteld.

20. ISE is tegen die beslissing opgekomen bij het Oberlandesgericht Düsseldorf (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Noordrijn-Westfalen, Düsseldorf, Duitsland). De stad Keulen verzet zich tegen dat beroep en stelt dat de bestreden beslissing juist was.

21. In deze context heeft de verwijzende rechter het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) 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/EU, respectievelijk 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?

2) Moeten op grond van artikel 12, lid 4, onder a), van richtlijn 2014/24/EU 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?

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

22. De verwijzingsbeslissing is op 19 december 2018 ingekomen ter griffie van het Hof. De stad Keulen, de regering van Oostenrijk en de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

23. Op 6 november 2019 heeft een terechtzitting plaatsgevonden waaraan is deelgenomen door de verdediging van ISE, de stad Keulen, de regering van Oostenrijk en de Commissie.

### III. Beoordeling

#### A. Probleemstelling en voorafgaande opmerkingen

24. De verrichting van diensten door middel van interbestuurlijke samenwerking, ook „horizontale” of „publiek-publieke” samenwerking genoemd, is uitdrukkelijk opgenomen in de wetgeving van de Unie, namelijk in titel I, hoofdstuk I, afdeling 3 („Uitsluitingen”), van richtlijn 2014/24, en meer bepaald in artikel 12, lid 4, ervan.<sup>7</sup>

25. Volgens die bepaling „[valt] [e]en opdracht die uitsluitend tussen twee of meer aanbestedende diensten wordt gegund [...] buiten het toepassingsgebied van” richtlijn 2014/24 wanneer is voldaan aan elk van de in de bepaling vermelde cumulatieve voorwaarden.<sup>8</sup>

26. De thans geldende tekst biedt meer ruimte voor horizontale samenwerking dan de rechtspraak van het Hof van vóór de richtlijnen van 2014. In die rechtspraak<sup>9</sup>, waarnaar wordt verwezen in overweging 31 van richtlijn 2014/24<sup>10</sup>, waren bepaalde voorwaarden gesteld aan de verrichting van openbare diensten door middel van samenwerking tussen overheidsorganen, zonder dat een beroep op de markt wordt gedaan.

27. Behalve dat de samenwerkende entiteiten aanbestedende diensten moesten zijn, hielden deze voorwaarden in dat de interbestuurlijke overeenkomst:

- tot doel had om een op beide entiteiten rustende taak van algemeen belang te vervullen;
- uitsluitend door publieke lichamen werd gesloten, zonder deelname door een particuliere onderneming;
- geen enkele particuliere dienstverrichter begunstigde ten opzichte van diens concurrenten;

<sup>7</sup> Soortgelijke formuleringen zijn te vinden in artikel 17 van richtlijn 2014/23 en artikel 28 van richtlijn 2014/25.

<sup>8</sup> De lidstaten besluiten vrijelijk of zij hun eigen voorschriften inzake de plaatsing van overheidsopdrachten op deze relaties toepassen.

<sup>9</sup> Arresten van 9 juni 2009, Commissie/Duitsland (C-480/06, EU:C:2009:357; hierna: „arrest Commissie/Duitsland”), en 19 december 2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce en Università del Salento tegen Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a. (C-159/11, EU:C:2012:817; hierna: „arrest ASL”); beschikking van 16 mei 2013, Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia e.a. (C-564/11, niet gepubliceerd, EU:C:2013:307); arrest van 13 juni 2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385; hierna: „arrest Piepenbrock”); beschikking van 20 juni 2013, Consiglio Nazionale degli Ingegneri (C-352/12, niet gepubliceerd, EU:C:2013:416; hierna: „beschikking Consiglio Nazionale”), en arrest van 8 mei 2014, Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13, EU:C:2014:303; hierna: „arrest Datenlotsen”). Ook in andere arresten, die zien op verticale samenwerking, zijn verwijzingen naar horizontale samenwerking te vinden.

<sup>10</sup> Volgens deze overweging moet bij het verduidelijken in welke gevallen de aanbestedingsregels niet van toepassing zijn op binnen de openbare sector gesloten overeenkomsten „de beginselen die in de desbetreffende rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie worden beschreven richtinggevend zijn”.

– een samenwerking instelde die uitsluitend werd beheerst door overwegingen en vereisten die inherent zijn aan de verwezenlijking van doelstellingen van algemeen belang.

28. De wetgever heeft in richtlijn 2014/24 het reeds bestaande echter niet gewoon gecodificeerd, maar heeft ook enkele vereisten geherformuleerd, gespecificeerd, geschrapt en toegevoegd. Om die reden is het voor de uitlegging van richtlijn 2014/24 niet altijd relevant of zinvol om zonder meer terug te grijpen op die eerdere rechtspraak.

29. De teksten die in casu relevant zijn, zijn artikel 12, lid 4, en de overwegingen 31 en 33 van richtlijn 2014/24. Bezien in hun onderlinge samenhang voeren zij een rechtsregeling in die twee doelen verzoent die op gespannen voet met elkaar staan: enerzijds de wens om niet in te grijpen in de interne organisatie van de lidstaten, en anderzijds de noodzaak ervoor te zorgen dat uitsluiting niet uitmondt in een schending van de beginselen die ten grondslag liggen aan de Unierechtelijke openbare-aanbestedingsregels.

30. Richtlijn 2014/24 geeft duidelijk te verstaan dat er op de lidstaten geen verplichting rust om een beroep te doen op de markt teneinde de voor de uitvoering van hun activiteiten benodigde diensten in te kopen of te verkrijgen.<sup>11</sup>

31. Wanneer dit soort interbestuurlijke opdrachten aan de openbare aanbestedingsprocedures wordt onttrokken, kan dat echter ten koste gaan van het doel om ook op dit gebied een interne markt tot stand te brengen. Hoe meer opdrachten worden uitgesloten, hoe minder ruimte er is om een interne markt voor openbare aanbestedingen te creëren en te ontwikkelen.

32. Zelfvoorziening van overheidsdiensten, of die nu de vorm van inhousesamenwerking of van „horizontale” samenwerking aanneemt, is niet zonder risico’s voor het vrije verkeer van goederen en diensten.<sup>12</sup> Ook legitiem zijn de vraagtekens bij de effecten ervan op de vrije mededinging, afgezien van het geval dat uitdrukkelijk is vermeld in overweging 33, tweede alinea in fine, van richtlijn 2014/24, waarin wordt gewaarschuwd voor samenwerking die ertoe leidt dat een ondernemer wordt bevoordeeld ten opzichte van zijn concurrenten.

33. Een ongepast gebruik van deze samenwerkingsmechanismen zou tot gevolg kunnen hebben dat de markt in feite „krimpt” aan de vraagzijde en dat het aantal aanbieders waarvoor die markt ruimte heeft, kleiner wordt. In theorie is het ook denkbaar dat de aanbestedende diensten misbruik zouden kunnen maken van de (collectieve) machtspositie die zij mogelijk verwerpen.

34. Vanuit een andere invalshoek bezien, is het evenzeer juist dat de grotere flexibiliteit waarin richtlijn 2014/24 (als gevolg van een politiek besluit van de Europese wetgever) met betrekking tot horizontale samenwerking tussen aanbestedende diensten voorziet, ook positieve effecten op de mededinging kan hebben, doordat ondernemers worden aangemoedigd om betere contractvoorwaarden te bieden.

11 De discretionaire aard van het besluit om al dan niet een beroep op de markt te doen, is herhaaldelijk bevestigd in de rechtspraak van het Hof betreffende verticale samenwerking, bijvoorbeeld in de arresten van 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, punt 48); 13 november 2008, Coditel Brabant (C-324/07, EU:C:2008:621, punt 48), en, recentelijk, 3 oktober 2019, Irgita (C-285/18, EU:C:2019:829; hierna: „arrest Irgita”, punt 50 en punt 2 van het dictum). Voor horizontale samenwerking, zie arrest Commissie/Duitsland, punt 45.

12 De risico’s zijn vergelijkbaar met die waarvoor in richtlijn 2014/24 wordt gewaarschuwd in verband met het samenvoegen en centraliseren van aankopen, welke handelingen volgens overweging 59 „nauwlettend [moeten] worden gevolgd om buitensporige concentratie van kopersmacht en collusie te voorkomen en om de transparantie en concurrentie alsmede de kansen op markttoegang voor het mkb te behouden”.

35. Bij het nemen van een besluit over de wijze waarop een openbare dienst zal worden verleend (dat juist kan behelzen dat er geen beroep wordt gedaan op de markt, maar gebruik zal worden gemaakt van bestuurlijke samenwerking) moeten de lidstaten de grondregels van het VWEU eerbiedigen, met name die inzake het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting, evenals de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie.<sup>13</sup> Ook bij de uitlegging van artikel 12 van richtlijn 2014/24 dienen deze regels en beginselen in aanmerking te worden genomen.

36. Al deze overwegingen samen verklaren het bestaan van artikel 12 van richtlijn 2014/24 en rechtvaardigen de aan „publiek-publieke” samenwerking gestelde voorwaarden, die uitdrukkelijk in lid 4 ervan zijn vermeld.

37. Ten slotte dient te worden opgemerkt dat de *uitsluiting* van deze samenwerkingsmechanismen tussen aanbestedende diensten van de werkingssfeer van richtlijn 2014/24 niet beantwoordt aan de binaire logica regel/uitzondering, maar aan een verschillend begrip van het speelveld waarop die richtlijn betrekking heeft.

38. Door te bepalen dat een samenwerkingsrelatie tussen aanbestedende diensten als bedoeld in artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24 „buiten” de werkingssfeer van de richtlijn „valt”<sup>14</sup>, heeft de wetgever de grenzen van die richtlijn willen afbakenen, waarvan de overige bepalingen simpelweg niet kunnen worden ingeroepen tegen dergelijke relaties. Daarom kunnen de vaststellingen die in de eerdere arresten zijn gedaan over het (restrictieve) uitleggingscriterium dat van toepassing is op de uitzonderingen – gezien in tegenstelling tot de algemene regel – in mijn ogen niet automatisch worden gebruikt bij de uitlegging van deze *uitsluiting*.<sup>15</sup>

## ***B. Eerste prejudiciële vraag. De terbeschikkingstelling van de software en de werkingssfeer van richtlijn 2014/24***

### *1. Voorafgaande opmerking: voorwaarden voor toepassing van artikel 12*

39. De verwijzende rechter vraagt in de eerste plaats of een terbeschikkingstelling van software zoals overeengekomen tussen de deelstaat Berlijn en de stad Keulen binnen de werkingssfeer van richtlijn 2014/24 valt, hetzij als „overheidsopdracht” (in de zin van artikel 2, lid 1, punt 5), hetzij als een gewone „opdracht” (in de zin van artikel 12, lid 4).

40. De vraag, zoals die is geformuleerd, is gerezen naar aanleiding van het (schijnbaar) niet-bezwarende karakter van de terbeschikkingstelling. Uit de bewoordingen van de vraag kan worden afgeleid dat de werkingssfeer van richtlijn 2014/24 volgens de verwijzende rechter niet uitsluitend wordt bepaald door artikel 2. Dat de term „opdracht” in artikel 12, lid 4, niet wordt voorafgegaan door de term „overheids-”, zou kunnen betekenen dat ook bepaalde opdrachten die niet voldoen aan de definitie van artikel 2, lid 1, punt 5, zijn onderworpen aan de openbare-aanbestedingsregels van de Unie.

<sup>13</sup> Arrest Irgita, punten 48 en 50 en punt 2 van het dictum, aangaande de uitlegging van artikel 12, lid 1, van richtlijn 2014/24.

<sup>14</sup> Dit is de uitdrukking die in de eerste alinea van artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24 wordt gebruikt.

<sup>15</sup> Zie, in verband met verticale samenwerking, de conclusie van advocaat-generaal Hogan in de zaak Irgita (C-285/18, EU:C:2019:369, punt 45). Hetzelfde idee is verwoord in de arresten van 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, punt 46); 13 oktober 2005, Parking Brixen (C-458/03, EU:C:2005:605, punt 63), en 11 mei 2006, Carbotermo en Consorzio Alisei (C-340/04, EU:C:2006:308, punt 45), alsook in het arrest Datenlotsen, punt 23.



41. In plaats van op een gedetailleerde ontleding van de diverse betekenissen van de term „opdracht” en de adjectieven of voorvoegsels waarvan die term vergezeld gaat in de verschillende bepalingen van richtlijn 2014/24<sup>16</sup>, zal ik mijn analyse toespitsen op de uitlegging van artikel 12, lid 4, van die richtlijn om na te gaan of dat van toepassing is op een relatie zoals die welke is aangegaan door de deelstaat Berlijn en de stad Keulen. Daarom zal ik de eerste prejudiciële vraag behandelen in het licht van het specifieke karakter van die bepaling.

42. Het gebruik van het woord „opdracht” in artikel 12, lid 4, dient niet zozeer te worden verklaard vanuit het systematische verband van die bepaling met artikel 2 van richtlijn 2014/24, als wel vanuit dat met de overige leden van artikel 12. In die context weerspiegelt het woord het verschil met verticale samenwerking (leden 1 tot en met 3 van het artikel), waarbij de verhoudingen tussen de deelnemers worden gestructureerd op basis van het interne toezicht. Feitelijk wordt met het woord „opdracht” uitgedrukt dat er een overeenkomst of verbintenis moet bestaan waarin de grondslag en het juridische kader van de verhoudingen tussen de partijen, het doel van de samenwerking en de handelingen (bijdragen) die elk van de partijen dient te verrichten, zijn vastgelegd.<sup>17</sup>

43. Ook overweging 33, tweede alinea, van richtlijn 2014/24 wijst in die richting, met de vermelding van „[o]pdrachten met het oog op het gezamenlijk verrichten van openbare diensten” en verderop, in de derde alinea, van „verbintenissen om in een samenwerkingsverband bij te dragen tot het verrichten van de openbare dienst”, die niet noodzakelijkerwijs hoeven te impliceren dat alle partijen de nakoming van de voornaamste contractuele verplichtingen op zich nemen.

44. Uitgaande van deze premisse voorziet artikel 12 van richtlijn 2014/24 in twee soorten situaties waarvoor de term „overheidsopdracht” in zijn gebruikelijke betekenis mogelijk niet heel adequaat is, omdat zij veeleer alternatieven voor die categorie vormen.

45. Artikel 12 staat enerzijds „verticale samenwerking” toe (leden 1, 2 en 3), waarbij, zoals ik elders reeds heb opgemerkt, „[o]nder de inhouse-regeling [...] de aanbestedende dienst vanuit een functioneel gezichtspunt geen overeenkomsten [sluit] met een ander, van hem onderscheiden lichaam, maar eigenlijk met zichzelf, gelet op de banden die hij onderhoudt met het – formeel gesproken – onderscheiden lichaam. Strikt genomen gaat het niet om de aanbesteding van een opdracht, maar louter om een bestelling of een taak, die de andere ‚partij’ niet kan weigeren uit te voeren, welke vorm die bestelling of taak ook aanneemt.”<sup>18</sup>

46. Daarnaast staat artikel 12 ook „horizontale samenwerking” toe, dat wil zeggen samenwerking tussen aanbestedende diensten die die samenwerking verder uitwerken in contractuele verbintenissen om te bewerkstelligen dat de openbare diensten die zij moeten uitvoeren, worden verricht met het oog op de verwezenlijking van een gemeenschappelijke doelstelling, in een kader waarin slechts het algemeen belang leidend is en onder eerbiediging van de vrije mededinging (artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24).

<sup>16</sup> Voor de opvatting dat de term „opdracht” slechts één betekenis heeft, pleiten de volgende argumenten: het opschrift van artikel 12 („Overheidsopdrachten tussen entiteiten in de overheidssector”), de omstandigheid dat die term te vinden is op meerdere plaatsen in richtlijn 2014/24 en andere richtlijnen, als verkorte vorm van „overheidsopdracht”, en het feit dat de toevoeging van het voorvoegsel „overheids-”, als kwalificatie van het substantief „opdracht”, varieert naargelang van de taalversie van de geraadpleegde tekst; zo wordt het voorvoegsel in sommige taalversies van artikel 12 (concreet lid 1), zoals de Duitse, de Franse, de Engelse en de Italiaanse, wel gebruikt, maar in andere, zoals de Spaanse, niet.

<sup>17</sup> In artikel 11, lid 4, van het voorstel voor een richtlijn van 20 december 2011, COM(2011) 896 definitief, werd de volgende formulering gebruikt: „Een overeenkomst tussen twee of meer aanbestedende diensten wordt niet geacht een overheidsopdracht te zijn in de zin van artikel 2, lid 6, van deze richtlijn [...]” (cursivering van mij).

<sup>18</sup> Conclusie in de zaak LitSpecMe (C-567/15, EU:C:2017:319, punt 70).

47. Hoewel het niet uitdrukkelijk in de tekst van de richtlijn wordt genoemd, blijft ook een ander type interbestuurlijke verbintenissen, namelijk die welke voortvloeien uit een bevoegdheidsoverdracht of -delegatie<sup>19</sup>, buiten de werkingssfeer van richtlijn 2014/24, ook indien er een consortium van publiekrechtelijke lichamen met rechtspersoonlijkheid wordt opgericht. Deze situaties worden geacht in beginsel „niet onder het aanbestedingsrecht” te vallen.<sup>20</sup>

48. In het kader van een horizontale samenwerking kiest een aanbestedende dienst die in zijn behoeften (aan goederen, werken of leveringen) zou kunnen voorzien door via aanbestedingen een beroep op particuliere ondernemers te doen, ervoor om dat niet te doen en in plaats daarvan samen te werken met een ander overheidslichaam dat die behoeften kan vervullen.

49. Vanuit een objectief oogpunt berust het bijzondere karakter van dit type samenwerking tussen overheidslichamen op drie elementen: het samenwerkingsconcept dat aan de contractuele relatie tussen de partijen ten grondslag ligt, de gemeenschappelijke doelstelling met het oog waarop die relatie is aangegaan, en het doel van algemeen belang dat als leidraad voor de samenwerking dient.

50. De samenwerking impliceert gewoonlijk dat alle partijen een bijdrage leveren, met alle overheidsuitgaven van dien. De relatie tussen de partijen is echter niet beperkt tot het „do ut des” dat inherent is aan de wederkerige overeenkomst, die volgens de rechtspraak van het Hof een wezenlijk kenmerk van een overheidsopdracht in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen vormt.<sup>21</sup>

51. Er is namelijk sprake van een rechtshandeling met prestaties van alle partijen bij de overeenkomst, die wederzijds afdwingbaar zijn voor zover de respectieve bijdragen van de partijen gericht zijn op de verwezenlijking van een uiteindelijk gezamenlijke doelstelling. De ratio achter de bijdragen is juist de verwezenlijking van die gemeenschappelijke doelstelling, die er een van algemeen belang moet zijn.

## *2. Bezwarend of niet-bezwarend karakter van de relatie tussen de deelstaat Berlijn en de stad Keulen*

52. Om te bepalen of de relatie tussen de stad Keulen en de deelstaat Berlijn wordt beheerst door richtlijn 2014/24, dient niet alleen de overeenkomst waarbij de software ter beschikking wordt gesteld in ogenschouw te worden genomen, maar ook de daarmee verbonden samenwerkingsovereenkomst.<sup>22</sup>

53. De belanghebbende partijen zelf hebben deze relatie de vorm van een eenheid gegeven door in artikel 5 van de samenwerkingsovereenkomst uitdrukkelijk vast te leggen dat die overeenkomst en de overeenkomst inzake de terbeschikkingstelling van de software onscheidbaar zijn.<sup>23</sup>

54. Zoals ik reeds heb uiteengezet, komen de vragen van de verwijzende rechter voort uit het schijnbaar niet-bezwarende karakter van de relatie tussen de deelstaat Berlijn en de stad Keulen.

19 Voor de voorwaarden waaronder een overdracht van bevoegdheden voor het verrichten van openbare taken buiten de werkingssfeer van de openbare-aanbestedingsregels (op dat moment richtlijn 2004/18) valt, zie arrest van 21 december 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985; hierna: „arrest Remondis”, punten 41 e.v.).

20 Arrest Remondis, punt 53.

21 Ibidem, punt 43.

22 Zie naar analogie, arrest Remondis, punt 37: „Voor het antwoord op de vraag of een verrichting die uit verschillende fasen bestaat, als overheidsopdracht kan worden aangemerkt, moet deze verrichting in haar geheel worden beschouwd en moet daarbij rekening worden gehouden met het doel ervan.”

23 Zoals de vertegenwoordiger van de stad Keulen ter terechtzitting heeft verklaard – onder verwijzing naar een overeenkomst inzake de terbeschikkingstelling van software tussen de deelstaat Berlijn en de stad Hamburg, waaraan geen samenwerkingsovereenkomst is gekoppeld – zou een andere vorm tot de mogelijkheden hebben behoord.

55. Het bezwarende karakter is onderdeel van de definitie van „overheidsopdracht” overeenkomstig artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24. Dit karakter kan naar mijn mening ook worden gezien als een wezenlijk element van de in artikel 12, lid 4, bedoelde verhouding tussen aanbestedende diensten die, zoals ik al heb gezegd, niet noodzakelijkerwijs samenvalt met de verhouding waarvan sprake is in het kader van een „overheidsopdracht” in de gebruikelijke betekenis van de term.

56. Met betrekking tot de betekenis van het begrip „onder bezwarende titel” zij eraan herinnerd dat dit in de rechtspraak van het Hof ruim is uitgelegd.<sup>24</sup>

57. In de relatie tussen de deelstaat Berlijn en de stad Keulen wordt de doorgifte van het computerprogramma gepresenteerd als kosteloos en gericht op samenwerking, met de bedoeling dat het programma verder wordt ontwikkeld en aangepast aan de operationele behoeften van de respectieve brandweerkorpsen.

58. Zoals de verwijzende rechter uiteenzet<sup>25</sup>, vertegenwoordigt die verdere ontwikkeling een geldelijke waarde, die zeer hoog kan zijn.<sup>26</sup> In de beschrijving van de feiten verklaart de stad Keulen dat het programma haar ter beschikking wordt gesteld zodat zij aan de samenwerking kan deelnemen. De stad Keulen heeft erkend dat de verrichting van de brandweerdienst – waartoe zij, zoals zij ter terechtzitting heeft opgemerkt, wettelijk verplicht is – niet haalbaar is zonder een geoptimaliseerd meldkamersysteem, dat op continue basis wordt aangepast aan de uit de uitvoering van de dienst voortvloeiende behoeften, waarvoor doelmatige software nodig is.

59. In lijn met hetgeen de Commissie heeft betoogd, mag dus worden aangenomen dat hoewel de overeenkomst geen verplichting stricto sensu tot doorontwikkeling van de software behelst, het uitblijven van die doorontwikkeling en, in voorkomend geval, van daaropvolgende aanpassingen van het computerprogramma, niet waarschijnlijk is. Zoals ter terechtzitting is gebleken, zal het praktisch onvermijdelijk zijn om dat programma te updaten, zowel op korte termijn als daarna.<sup>27</sup>

60. Bijgevolg mag redelijkerwijs worden verwacht dat de stad Keulen bijdragen in de vorm van doorontwikkelingen en modulaire uitbreidingen van de software zal leveren. Deze bijdragen vormen de tegenprestatie voor de terbeschikkingstelling van het programma door de deelstaat Berlijn – anders zou aan de overeenkomst betreffende de terbeschikkingstelling van software geen samenwerkingsovereenkomst zijn gekoppeld.

61. Vanuit het perspectief van de stad Keulen is de tegenwaarde op basis waarvan aan haar relatie met de deelstaat Berlijn een bezarend karakter kan worden toegekend dus haar deelname aan een samenwerking die voor de deelstaat Berlijn voordelen met zich mee kan brengen in de vorm van aanpassingen van de software (§ 1 van de samenwerkingsovereenkomst) en aanvullende technische modules (§ 5 van die overeenkomst). Die aanpassingen, waaraan bepaalde financiële kosten zijn verbonden, zullen zonder twijfel worden uitgevoerd, omdat de meldkamers van de brandweerkorpsen anders niet goed kunnen functioneren.

24 Beschikking Consiglio Nazionale, punt 38; arrest Remondis, punt 43, en arrest van 18 oktober 2018, IBA Molecular Italy (C-606/17, EU:C:2018:843, punt 31). In haar conclusie in de zaak Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a. (C-159/11, EU:C:2012:303, punt 32) heeft advocaat-generaal Trstenjak verklaard dat „enkel met een ruime opvatting van het begrip ‚onder bezwarende titel’ recht wordt gedaan aan het doel van de aanbestedingsrichtlijnen, namelijk het openen van de markten voor echte mededinging”, en heeft zij specifiek verwezen naar andere vormen van vergoeding waaruit niet zonder meer een winst oogmerk blijkt, zoals in geval van ruilovereenkomsten of wanneer contractpartijen afzien van de over en weer bestaande rechten.

25 Punt 29 van de verwijzingsbeslissing.

26 Welke waarde hoger kan zijn dan de waarde van de software zelf. Ter terechtzitting heeft ISE dat gegeven onderstreept in verband met de derde prejudiciële vraag.

27 De vertegenwoordiger van de stad Keulen heeft een onderscheid gemaakt tussen belangrijke en minder belangrijke updates. Belangrijke updates zijn drie- of viermaal per jaar nodig en worden uitgevoerd na overleg met de andere samenwerkingspartij of -partijen teneinde zoveel mogelijk rekening te houden met haar of hun behoeften. Voor minder belangrijke updates, die zijn bedoeld om kleine fouten te verhelpen, hoeft geen voorafgaand overleg plaats te vinden.

62. De tegenprestatie hangt derhalve niet af van een zuiver potestatieve voorwaarde: dat de tegenprestatie zal worden geleverd, is slechts een kwestie van tijd. Het betreft hier niet louter een intentieverklaring, maar een verbintenis tot samenwerking die kan worden afgedwongen, afhankelijk van een *wanneer* (wanneer er een update wordt uitgevoerd) en niet van een *of* (of er een update zal worden uitgevoerd).

63. In de samenwerkingsovereenkomst is voorzien in de mogelijkheid dat beide partijen de software doorontwikkelen, en in theorie zou één van hen zich daar dus van kunnen onthouden om simpelweg de bijdragen van de andere partij af te wachten, maar dat scenario is – nogmaals – in hoge mate onwaarschijnlijk, aangezien daardoor de verrichting van de openbare dienst waarvoor elk van beide partijen verantwoordelijk is, in gevaar zou komen. Een dergelijke houding zou de op vrijwillige basis tussen beide partijen gesloten samenwerkingsovereenkomst zinloos maken.

64. De contractuele relatie tussen de aanbestedende diensten die de terbeschikkingstelling van het computerprogramma en de voorwaarden van hun samenwerking om dat programma verder te ontwikkelen zijn overeengekomen, valt, kortom, binnen de werkingssfeer van artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24.

### ***C. Tweede prejudiciële vraag. Doel van de samenwerking***

#### *1. Probleemstelling*

65. De verrichting van de openbare brandweerdienst waartoe de in casu samenwerkende partijen gehouden zijn, is geen gezamenlijke activiteit; dat kan het ook niet zijn, al was het alleen maar vanwege de geografische afstand tussen de grondgebieden waarop elk van beide die dienst verricht.

66. Om die reden vraagt de verwijzende rechter zich af of de samenwerking binnen de werkingssfeer van artikel 12, lid 4, onder a), van richtlijn 2014/24 valt en of het daarvoor „voldoende [is] 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”.

67. De beantwoording van deze vraag vereist een afzonderlijke analyse van twee elementen: a) de gezamenlijke exploitatie van de openbare dienst die het doel van de samenwerking vormt, en b) de aard van „openbare dienst” van de activiteit die het voorwerp van samenwerking vormt.

*a) Gezamenlijke verrichting van de openbare dienst. Van „taak van algemeen belang” tot „gemeenschappelijke doelstellingen van algemeen belang”*

68. Volgens de rechtspraak van het Hof van vóór richtlijn 2014/24 was de haalbaarheid van horizontale samenwerking afhankelijk van onder andere de voorwaarde dat de partijen een *op beiden rustende* taak van algemeen belang verrichtten. Het Hof heeft zich daarbij echter nooit hoeven te buigen over de vraag of dat element van *gemeenschappelijkheid* betrekking moest hebben op de verrichting zelf van de dienst.

69. Het model van horizontale samenwerking die is uitgesloten van de Europese openbare-aanbestedingsregels was vervat in zaak C-480/06, Commissie/Duitsland, waarin die samenwerking, die de vorm van handelingen en verbintenissen van verschillende aard en omvang had gekregen, in laatste instantie de uitvoering van een op alle aanbestedende diensten rustende taak van algemeen belang verzekerde. Die zaak had betrekking op de verwijdering van afvalstoffen, een activiteit waaraan werd deelgenomen door alle betrokkenen, aangezien zij de installatie voor de behandeling van die afvalstoffen exploiteerden.

70. De thans voorliggende vraag was in dat arrest niet speciaal aan de orde, net zo min als in andere, latere arresten, waarin de *gemeenschappelijkheid* van de taak van algemeen belang, als voorwaarde voor de gezamenlijke verrichting ervan, ontbrak.<sup>28</sup>

71. Volgens artikel 12, lid 4, onder a), van richtlijn 2014/24 moet de opdracht betrekking hebben op gemeenschappelijke doelstellingen van de deelnemende aanbestedende diensten wil een interbestuurlijke samenwerking buiten de werkingssfeer van die richtlijn vallen. Elk van die diensten verricht „de openbare diensten die zij moeten uitvoeren”<sup>29</sup> [...] met het oog op de verwezenlijking van hun *gemeenschappelijke* doelstellingen”. In de opdracht of overeenkomst zal worden gespecificeerd op welke wijze de openbare diensten dienen te worden uitgevoerd om dit te verwezenlijken. Letterlijk houdt de *gemeenschappelijkheid* nu verband met de doelstellingen en niet met een concrete taak van algemeen belang.

72. Uit de voorbereidende teksten van de richtlijn blijkt dat de wetgever het voornemen had om de samenwerking flexibeler te maken met betrekking tot het voorwerp ervan.<sup>30</sup>

73. In het voorstel van de Commissie voor een richtlijn werd nog gesproken van [samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten met de bedoeling] „hun taken van openbaar belang gezamenlijk uit te oefenen”. Tijdens de behandeling door de Raad en het Parlement is de tekst diverse keren geherformuleerd, tot de huidige versie werd vastgesteld. Ook de huidige overweging 33 is gewijzigd, parallel aan de wijzigingen die in de tekst van het artikel zijn aangebracht en in dezelfde geest van verruiming.

74. In de slotonderhandelingen is de verwijzing naar het gezamenlijk uitoefenen van taken uit artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24 verdwenen, hoewel er in de huidige overweging 33 nog wel aan wordt gerefereerd. De vermelding van gemeenschappelijke doelstellingen is ingevoerd op voorstel van het Parlement, tegelijk met de schrapping uit de desbetreffende overweging (destijds overweging 14) van de beschrijving van het samenwerkingsmodel als gemeenschappelijk beheer en gemeenschappelijke besluitvorming, gedeelde verantwoordelijkheid voor risico's en gemeenschappelijke synergieën.<sup>31</sup>

75. De verklaring in overweging 33, eerste alinea in fine, dat de door de openbare lichamen verrichte openbare diensten niet identiek hoeven te zijn, maar complementair mogen zijn, bevestigt dat niet langer wordt vastgehouden aan het vereiste dat het om een gemeenschappelijke taak van algemeen belang gaat.

76. In deze context betekent de verwijzing naar de *gezamenlijke* verrichting van de diensten, die in die overweging meerdere malen voorkomt, waarschijnlijk dat de – ofwel identieke, ofwel complementaire – openbare diensten waarmee elk van de deelnemende diensten is belast, „in samenwerking” moeten worden verricht, dat wil zeggen door elk openbaar lichaam, met de steun van het andere openbare lichaam dan wel op gecoördineerde wijze.

28 Arrest ASL, punt 37. In latere uitspraken heeft het Hof de rechtspraak van het arrest ASL gevolgd in zaken die vrijwel identiek waren wat betreft de aard van de actoren en de vraag ten gronde: zie beschikking van 16 mei 2013, Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia (C-564/11, niet gepubliceerd, EU:C:2013:307), en beschikking Consiglio Nazionale. Die rechtspraak is eveneens toegepast op andere gevallen, in de arresten Piepenbrock, punt 39, en Datenlotsen, punt 35.

29 Ik stel vast dat het *verplichte* karakter van de taak impliceert dat de aanbestedende diensten reeds met de verrichting van de dienst zijn belast voordat zij de samenwerkingsovereenkomst sluiten. Die verplichting zou ook de in het kader van een specifieke samenwerking te verrichten openbare dienst kunnen omvatten.

30 Ook in verband met de subjecten kan deze flexibiliteit worden waargenomen: zie overweging 32 inzake horizontale samenwerking tussen aanbestedende diensten met deelneming door particulier kapitaal. In het voorstel van de Commissie werd deze mogelijkheid echter uitgesloten in artikel 11, lid 4, onder e).

31 Zie de nota van de Raad van de Europese Unie van 26 juni 2013, nummer 11644/13.

77. Dit mogen louter semantische uitweidingen lijken, maar zoals dat in het recht het geval is, kunnen de rechtsgevolgen die uit de keuze voor de ene of de andere term voortvloeien aanzienlijk van elkaar verschillen. Relevant is, nogmaals, dat in de (nieuwe) regeling wordt gerefereerd aan de gemeenschappelijke doelstellingen van de aanbestedende diensten die met elkaar samenwerken.

b) „Openbare dienst” en „activiteiten die een openbare dienst ondersteunen”

78. De tweede prejudiciële vraag noopt tevens tot een analyse van de aard van de activiteit die de aanbestedende diensten in onderlinge samenwerking moeten uitvoeren. Daarbij moet worden uitgemaakt of die activiteit zelf een „openbare dienst”<sup>32</sup> moet zijn, dan wel ook een bijkomende activiteit mag zijn, dat wil zeggen een activiteit die een openbare dienst ondersteunt.<sup>33</sup>

79. In de van vóór richtlijn 2014/24 daterende rechtspraak is in het arrest Commissie/Duitsland enig licht geworpen op het soort activiteiten die onder de „publiek-publieke” samenwerking kunnen vallen, die niet is onderworpen aan de openbare-aanbestedingsregels.<sup>34</sup>

80. Uit dat arrest kon worden afgeleid dat activiteiten die zelf geen openbare dienst vormden, maar rechtstreeks verband hielden met die dienst, waarvan de verrichting voor de aanbestedende diensten de reden was geweest om de samenwerking aan te gaan, het doel van de samenwerking konden vormen.

81. Het voorgaande vormt echter geen antwoord op de vraag of de samenwerking, in een context als die van dit geding, *exclusief* betrekking kan hebben op een activiteit die zelf geen openbare dienst is. In herinnering zij gebracht dat de deelnemende aanbestedende diensten in dit geval elk voor eigen rekening en afzonderlijk van elkaar dezelfde openbare (brandweer)dienst verrichten, terwijl de samenwerking beperkt is tot een ondersteunende activiteit (het beheer van het computersysteem voor de meldkamer).

82. In het kader van richtlijn 2014/24 pleit overweging 33 voor een bevestigend antwoord op die vraag door te onderstrepen dat de samenwerking tussen aanbestedende diensten betrekking kan hebben op „*alle soorten activiteiten die verband houden met het verrichten van hun diensten en met hun verantwoordelijkheden in het algemeen belang*, zoals taken die territoriale lichamen verplicht of vrijwillig op zich nemen [...]”.<sup>35</sup> Uit de voorbereidende wetgevingsteksten kan, ook hier weer, worden opgemaakt dat er een wens bestond om dit aspect, dat in het initiële voorstel van de Commissie niet was opgenomen, nadrukkelijk te vermelden.<sup>36</sup>

32 Ik herinner eraan dat in artikel 12, lid 4, onder a), van richtlijn 2014/24 uitdrukkelijk wordt gesproken van de „openbare diensten die [de aanbestedende diensten] moeten uitvoeren”. Deze categorie wordt alleen in artikel 93 VWEU gebruikt. Het begrip „dienst van algemeen belang” (DAB), dat al dan niet een economische inhoud kan hebben, is daar in hoge mate equivalent aan. De vrijheid van de lidstaten om diensten van algemeen economisch belang (DAEB's) te definiëren, te organiseren en te financieren is neergelegd in artikel 1, lid 4, van richtlijn 2014/24, waarin dan weer wordt verwezen naar artikel 14 VWEU en Protocol nr. 26 bij het VWEU en het VEU. Zie in dit verband de conclusie van advocaat-generaal Hogan in de zaak Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:769).

33 In richtlijn 2014/24 worden de omvang, de kwaliteit of de aard (hoofd- of ondersteunende dienst; verplichte of facultatieve dienst, dienst met een economische inhoud of niet) van de *openbare diensten* die de horizontale samenwerking kan omvatten nergens concreet gemaakt. Overweging 33 lijkt in dit opzicht een grote flexibiliteit te bieden. Uitgesloten kan derhalve worden dat de samenwerking zich dient te beperken tot activiteiten die behoren tot een kernbevoegdheid van de aanbestedende dienst, zoals zou kunnen worden afgeleid uit het arrest ASL, punt 37, eerste volzin.

34 In die zaak bestond een van de bijdragen in de terbeschikkingstelling van infrastructuur voor de behandeling van afvalstoffen die door de deelnemers werden ingezameld op het onder hun bevoegdheid vallende geografische gebied. Ook de terbeschikkingstelling van overschotten was onderdeel van de samenwerking; de niet-gebruikte stortcapaciteit van een van de partijen kon het tekort aan stortcapaciteit van een andere partij verminderen. Een andere bijdrage bestond erin dat de stadsreinigingsdienst van een van de aanbestedende diensten zich ertoe verbond om de rechten van de andere stadsreinigingsdiensten te verdedigen tegenover de eigenaar van de installatie ingeval die hun schade zou berokkenen.

35 Cursivering van mij.

36 Zie, voor een vergelijking, interinstitutioneel document nummer 12167/13.

83. De flexibiliteit die ik heb genoemd als kenmerk van horizontale samenwerking overeenkomstig richtlijn 2014/24, en die kan worden vastgesteld wanneer deze richtlijn wordt vergeleken met de eraan voorafgaande wettelijke situatie, de vroegere rechtspraak van het Hof en het voorstel van de Commissie, bevestigt de juistheid van dat bevestigende antwoord.

84. Dat betekent overigens niet dat de aldus toegestane horizontale samenwerking niet aan grenzen is gebonden. Uiteraard blijft het vereiste gelden dat die samenwerking gericht is op de verlening van openbare diensten waarvoor de partijen verantwoordelijk zijn.<sup>37</sup> Wanneer het doel van de samenwerking niet de verrichting van een openbare dienst zelf is, maar van een activiteit die daarmee „verband” houdt, moet dat verband erin bestaan dat die activiteit functioneel is gericht op de verrichting van de dienst.

85. Het evenwicht tussen de op gespannen voet met elkaar staande doelen waarop ik hierboven<sup>38</sup> ben ingegaan, maakt het bovendien raadzaam om bij het onderzoek van dat verband een onderscheid te maken tussen de verschillende activiteiten op basis van de mate waarin zij verbonden zijn met de dienst waaraan zij bijdragen. Volgens mij biedt artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24 ruimte voor onder meer ondersteunende activiteiten die rechtstreeks en onscheidbaar zijn verbonden met de openbare dienst, dat wil zeggen activiteiten van een dermate fundamenteel belang dat de dienst zelf zonder die activiteiten niet als een openbare dienst zou kunnen worden verricht.

86. De samenwerking moet voorts voldoen aan de overige, reeds genoemde voorwaarden (betreffende de subjecten, het doel en de leidende beginselen van de samenwerking) van artikel 12, lid 4.

## *2. Samenwerking tussen de deelstaat Berlijn en de stad Keulen*

87. Zoals ik reeds heb opgemerkt, verrichten de twee bij de onderhavige zaak betrokken aanbestedende diensten de activiteiten inzake de primaire openbare dienst, dat wil zeggen die welke kenmerkend zijn voor de brandweerdienst, niet samen. Het doel van hun samenwerking is daarentegen het installeren en up-to-date houden van een softwareprogramma dat voor elk van hen onmisbaar is voor een optimaal beheer van de activiteiten van hun respectieve brandweerkorpsen binnen hun eigen geografisch gebied.

88. Volgens de beschrijving die in het procesdossier wordt gegeven van de software en van de updates daarvan, aangevuld met de daarmee overeenstemmende verklaringen die ter terechtzitting zijn afgelegd, was en is het computerprogramma onontbeerlijk voor de verrichting van die openbare dienst.

89. Om die reden voldoet de samenwerking tussen de deelstaat Berlijn en de stad Keulen, voor zover deze betrekking heeft op een activiteit die onontbeerlijk is voor de doeltreffende verrichting van een openbare dienst die beide aanbestedende diensten moeten verlenen, aan de in artikel 12, lid 4, onder a), van richtlijn 2014/24 geformuleerde voorwaarde.

<sup>37</sup> In de eerdere rechtspraak is in het arrest *Datenlotsen*, punt 16 (waarnaar wordt verwezen in punt 34), het volgende verklaard: „[...] want zowel de universiteit als HIS is geen overheidsinstantie en HIS is niet rechtstreeks belast met de uitvoering van een taak van algemeen belang”.

<sup>38</sup> *Supra*, punten 29 e.v.: de wens om niet in te grijpen in de interne organisatie van de lidstaten dient te worden verzoend met de noodzaak ervoor te zorgen dat uitsluiting van de werkingsfeer van het Unierecht niet uitmond in een schending van de beginselen inzake openbare aanbesteding en vrije mededinging.

#### ***D. Derde prejudiciële vraag. Beoordeling van derden***

90. De overeenkomst tussen de deelstaat Berlijn en de stad Keulen stuit op andere bezwaren, die zijn gebaseerd op de spanning tussen horizontale samenwerking en het mededingingsrecht. De verwijzende rechter verwijst naar die bezwaren in zijn derde vraag, waarmee hij wenst te vernemen of artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24 een ongeschreven verbod op bevoordeling bevat en, zo ja, wat dat verbod inhoudt.

##### *1. Horizontale samenwerking en mededingingsrecht*

91. De voorwaarde dat geen enkele ondernemer als gevolg van de horizontale samenwerking mag worden bevoordeeld ten opzichte van zijn concurrenten wordt niet uitdrukkelijk en afzonderlijk vermeld in artikel 12 van richtlijn 2014/24. In de eerdere rechtspraak was dat wel het geval.<sup>39</sup>

92. Bij het onderzoek of de voorwaarde, ondanks die woordelijke afwezigheid, standhoudt, herinner ik er meteen aan dat de lidstaten beschikken over een ruime vrijheid om te besluiten of zij een dienst zelf zullen verrichten dan wel zullen uitbesteden.

93. In het eerste geval (zelfvoorziening in ruime zin), en mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan, rust op de lidstaten geen verplichting om de regels en procedures van het Unierecht op het gebied van overheidsopdrachten te volgen. De lidstaten blijven wel onderworpen aan andere regels<sup>40</sup>, waaronder die inzake vrije mededinging van artikel 106, lid 2, VWEU.

94. Daarom wordt in artikel 18, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2014/24, in een verwante context, bepaald dat „[o]verheidsopdrachten [niet] worden [...] opgesteld met het doel om deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van de richtlijn of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken”.

95. De door de mededingingsregels opgelegde begrenzingsen gelden derhalve ook voor horizontale samenwerking tussen aanbestedende diensten, en wel op twee manieren:

- Enerzijds zijn die begrenzingsen bepalend voor de verhouding van aanbestedende diensten met particuliere ondernemers als collectief, in hun hoedanigheid van concurrenten in de markt.
- Anderzijds bepalen die begrenzingsen hoe publieke lichamen hun samenwerking, indien daar ook op enigerlei wijze particuliere ondernemers bij betrokken worden, vorm moeten geven om te waarborgen dat de mededinging tussen die ondernemers niet wordt vervalst.

96. Artikel 12, lid 4, van de richtlijn 2014/24 heeft tot doel om verstoring van de vrije mededinging te voorkomen vanuit het eerste gezichtspunt, door te vereisen dat de samenwerking uitsluitend tussen aanbestedende diensten wordt aangegaan.<sup>41</sup> Tegelijkertijd voorziet de richtlijn in bepaalde afbakeningen die zijn geïnspireerd op hetzelfde doel:

- De samenwerking moet zich beperken tot de verrichting van openbare diensten waarmee de deelnemende aanbestedende diensten belast zijn en mag zich dus niet uitstrekken tot de uitoefening van gewone economische activiteiten [onder a)].
- De samenwerking mag uitsluitend berusten op overwegingen van openbaar belang, niet op marktoverwegingen [onder b)].

<sup>39</sup> Arrest Commissie/Duitsland, punt 47; arrest ASL, punten 35 en 38 en dictum, en beschikking Consiglio Nazionale, punt 44 en dictum.

<sup>40</sup> Zie hierboven, punten 30 tot en met 35.

<sup>41</sup> Al staat richtlijn 2014/24, in lijn met de regeling betreffende inhousesamenwerking, een bepaalde deelneming door particulier kapitaal in publieke lichamen toe; zie supra, voetnoot 30 van deze conclusie.



- Indien de samenwerkende openbare lichamen ook op de „open markt” actief zijn, mogen zij daar niet meer dan 20 % van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening nemen.

97. Anders dan de stad Keulen betoogt, beperkt de verplichting om de vrije mededinging te vrijwaren zich niet tot de situatie waarin aanbestedende diensten in de markt concurreren met particuliere ondernemers als collectief.

98. Integendeel, de algemene plicht om de mededinging niet te vervalsen is, zoals ik reeds heb opgemerkt, neergelegd in het primaire recht (artikel 106, lid 2, VWEU) en, in het specifieke kader van overheidsopdrachten, in artikel 18, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2014/24.

## 2. Uitbesteding aan derden

### a) Algemene opmerkingen

99. De overwegingen 31 en 33 van richtlijn 2014/24 bevestigen dat de samenwerking tussen aanbestedende diensten „niet [mag leiden] tot vervalsing van de mededinging” doordat een particuliere dienstverlener wordt bevoordeeld ten opzichte van zijn concurrenten.<sup>42</sup> Benadrukt dient te worden dat die overwegingen geen nieuwe normatieve elementen toevoegen aan de hoofdtekst van de richtlijn, maar slechts richtinggevend zijn voor de uitlegging van artikel 12, lid 4, van de richtlijn.

100. De gedragingen van aanbestedende diensten die de mededinging vervalsen en een particuliere dienstverlener benadelen ten opzichte van zijn concurrenten, zijn derhalve niet in overeenstemming met richtlijn 2014/24. De „bevoordeling” van een particuliere ondernemer ten nadele van alle andere waar de verwijzende rechter op alludeert, is bijgevolg verboden.

101. In dat verband kunnen zich twee situaties voordoen, die niet geheel gelijkwaardig zijn:

- Een horizontale samenwerking waarin een aanbestedende dienst door hem bij een particuliere ondernemer aangeschafte goederen of diensten ter beschikking stelt van een andere aanbestedende dienst, zonder zich te onderwerpen aan de regels inzake overheidsopdrachten. Wanneer die regels van toepassing zijn (vanwege het doel [van de samenwerking], de waarde van de overeenkomst, enz.), worden de derde ondernemers *opnieuw*, en bij wijze van spreken *dubbel* benadeeld, doordat zij zowel in eerste instantie als in latere stadia niet aan bod komen.
- Een horizontale samenwerking die, met het oog op de verdere ontwikkeling ervan, de deelname van andere marktdeelnemers dan de aanbestedende diensten vereist. Als sommige van die marktdeelnemers op discriminerende of arbitraire wijze worden beroofd van hun mogelijkheden om deel te nemen aan het mechanisme voor de toekomstige levering van goederen en diensten, doet zich de situatie voor dat de betrokken ondernemers worden benadeeld.

102. In het tweede geval zijn er, wanneer er een aanbestedingsprocedure wordt ingeleid om de samenwerking aan te vullen of voort te zetten, geen redenen om aan te nemen dat een particuliere ondernemer onontkoombaar, de iure of de facto, in een betere positie dan zijn concurrenten wordt geplaatst omdat hij bijdraagt aan de taken waaruit de interbestuurlijke samenwerking bestaat.

<sup>42</sup> Uiteraard zijn er ook andere wijzen van verstoring denkbaar, bijvoorbeeld wanneer de aanschaf van de software en de daaropvolgende onderhouds- en uitbreidingswerkzaamheden het voorwerp van afzonderlijke overeenkomsten zouden worden om te voorkomen dat er één overeenkomst wordt gesloten waarvan de waarde hoger is dan de drempel waarboven openbare aanbesteding verplicht wordt. Zie arrest van 18 januari 2007, Auroux e.a. (C-220/05, EU:C:2007:31, punt 67), en arrest Commissie/Duitsland, waarin het Hof refereert aan „een constructie [...] die bedoeld was om de regels inzake overheidsopdrachten te ontwijken” (punt 48).

*b) Uitbesteding aan derden met het oog op de samenwerking tussen de deelstaat Berlijn en de stad Keulen*

103. De processtukken bevatten onvoldoende informatie om te achterhalen onder welke voorwaarden de aanschaf door de deelstaat Berlijn van het nadien ter beschikking van de stad Keulen gestelde computerprogramma heeft plaatsgevonden. Ook is niet met zekerheid vastgesteld of de deelstaat Berlijn zich, buiten de samenwerking met de stad Keulen om, nieuwe softwaremodules aanschaf buiten of op de markt.<sup>43</sup> Het staat aan de verwijzende rechter om deze feitelijke gegevens te verifiëren.

104. Voor de toekomstige ontwikkeling van de samenwerking lijkt deelname door derden echter een vereiste, en wel in zodanige mate dat de stad Keulen een aankondiging van een (niet-openbare) aanbestedingsprocedure voor de aanpassing, de inbedrijfstelling en het onderhoud van de door de deelstaat Berlijn ter beschikking gestelde software heeft gepubliceerd.<sup>44</sup>

105. De door de deelstaat Berlijn met het oog op de samenwerking aan de stad Keulen ter beschikking gestelde uitbreidingen en updates van de software hebben een hoge geldelijke waarde. Dan is het niet meer dan logisch dat ondernemers<sup>45</sup> belangstelling hebben voor de vervolgoopdrachten voor de aanpassing, het onderhoud en de doorontwikkeling van de software.

106. Volgens ISE zorgt de technische complexiteit van deze activiteiten ervoor dat geen enkele andere aanbieder dan de producent van de software in staat is die activiteiten uit te voeren. Indien dit het geval is, zou het besluit over de oorspronkelijke aanschaf van de software een belangrijk gewicht kunnen hebben bij de gunning van de latere overheidsopdrachten en zou de deelname van andere ondernemers dan de producent van het programma de facto worden geblokkeerd.

107. In die situatie (waarvan de verificatie aan de verwijzende rechter staat) zou de voorwaarde dat ondernemers niet worden bevoordeeld ten opzichte van hun concurrenten<sup>46</sup> vereisen dat bij het ontwerpen van de opdracht bijzondere aandacht wordt geschonken aan de vervolgprestaties. Specifiek zouden alle potentiële belangstellenden over alle voor deelname aan de procedure benodigde informatie moeten kunnen beschikken.<sup>47</sup>

108. Deze maatregel zou echter alsnog onvoldoende kunnen blijken te zijn, hetgeen een indicatie zou vormen voor het feit dat het probleem zich voordoet op een eerder moment, namelijk dat van de aanschaf van de software. Het staat aan de verwijzende rechter om te bepalen of uit de oorspronkelijke aanschaf een situatie van exclusiviteit is ontstaan, om technische redenen, die doorslaggevend is voor de uitkomst van latere aanbestedingsprocedures, en om in dat geval passende maatregelen vast te stellen om de gevolgen daarvan te corrigeren.<sup>48</sup>

43 Ter terechtzitting heeft de vertegenwoordiger van ISE verklaard dat de deelstaat Berlijn in juli 2018 een vooraankondiging van een aanbestedingsprocedure voor de doorontwikkeling van het programma heeft gepubliceerd, met een waarde van 3 500 000 EUR.

44 Ter terechtzitting is verduidelijkt dat de aankondiging (referentienummer: 2019-0040-37-3) is gepubliceerd in het *Publicatieblad van de Europese Unie* onder nummer 2019/S 160-394603 en dat de waarde van de opdracht 2 000 000 EUR bedraagt.

45 Ter terechtzitting heeft de vertegenwoordiger van ISE verklaard dat het economische belang niet was gelegen in de aanschaf, of verkoop, van de basissoftware, maar in de vervolgoopdrachten voor de aanpassing, het onderhoud en de doorontwikkeling van het computerprogramma.

46 Maar ook de doelstelling dat de opdracht wordt gegund aan de economisch meest voordelige inschrijving.

47 Ter terechtzitting is gedebatteerd over de vraag of het zou volstaan om in latere aanbestedingsprocedures te vermelden dat de inschrijver aan wie de opdracht zou worden gegund toegang zou krijgen tot de broncode van de software. De stad Keulen verklaarde dat dit was gebeurd, maar volgens ISE was dat niet afdoende, gegeven de praktische moeilijkheden om, zonder risico's, de aanpassingen aan het basisprogramma te ontwikkelen.

48 De mogelijkheid dat er een blokkeringseffect zou optreden nadat de oorspronkelijke software was aangeschaft, had idealiter op het moment van de aanschaf moeten worden beoordeeld. Aangezien dat niet is gebeurd, en het nu te laat is voor die beoordeling, zouden de corrigerende maatregelen slechts een mitigerend effect hebben. De Commissie heeft ter terechtzitting voorgesteld om de fabrikant van de software te verzoeken een samenwerkingsverbintenis aan te gaan met de inschrijvers aan wie de vervolgoopdrachten worden gegund.

#### IV. Conclusie

109. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging om de prejudiciële vragen van het Oberlandesgericht Düsseldorf te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG moet aldus worden uitgelegd dat een tussen twee aanbestedende diensten gesloten schriftelijke overeenkomst betreffende de terbeschikkingstelling van software, waaraan een overeenkomst voor onderlinge samenwerking is verbonden, een ‚opdracht‘ in de zin van die bepaling vormt.

Die contractuele relatie is ook dan een relatie onder bezwarende titel wanneer de ontvanger van de software hiervoor een prijs noch een vergoeding van de kosten hoeft te betalen, indien elk van de partijen (en dus ook de ontvangende dienst) zich ertoe verbindt om de andere partij de toekomstige aanpassingen en doorontwikkelingen van die software ter beschikking te stellen en die aanpassingen en doorontwikkelingen onontbeerlijk zijn voor de verrichting van een openbare dienst waarmee beide aanbestedende diensten zijn belast, zodat zij zeker zullen plaatsvinden.

2) De samenwerking tussen aanbestedende diensten overeenkomstig artikel 12, lid 4, onder a), van richtlijn 2014/24 hoeft niet noodzakelijkerwijs betrekking te hebben op de openbare diensten zelf die zij aan de burgers moeten verlenen. Een samenwerking die is gericht op ondersteunende activiteiten voor die diensten valt onder artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24 wanneer, bijvoorbeeld, de ondersteunende activiteiten onontbeerlijk zijn voor de openbare dienst in die zin dat hij zonder die activiteiten niet kan worden verricht.

3) De samenwerking tussen aanbestedende diensten die een particuliere ondernemer bevoordeelt ten opzichte van zijn concurrenten op de markt valt niet onder artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24.”