

Zaak C-383/21**Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing dat is opgesteld overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie****Datum van indiening:**

24 juni 2021

Verwijzende rechter:

Raad van State (België)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

15 juni 2021

Verzoekende partij:

Société de Logement de Service public Sambre & Biesme SCRL

Verwerende partij:

Société wallonne du logement

1. Voorwerp en feiten van het geding:

- 1 De openbare huisvestingsmaatschappij „Sambre & Biesme” (hierna: „OHM „Sambre & Biesme””) is een coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid waarvan de gemeenten Farciennes en Aiseau-Presles de belangrijkste aandeelhouders zijn.
- 2 Zij maakt deel uit van het netwerk van openbare huisvestingsmaatschappijen die onder toezicht staan van de Société wallonne du logement (Waalse huisvestingsmaatschappij), die optreedt namens de Waalse regering.
- 3 In 2015 hebben de OHM „Sambre & Biesme” en de gemeente Farciennes besloten om in Farciennes een groene wijk aan te leggen, bestaande uit ongeveer 150 woningen. De partijen waren voornemens om zich daarvoor te laten bijstaan door de Intercommunale pour la Gestion et la Réalisation d’Études Techniques et Économiques (intercommunale voor het beheer en de uitvoering van technische en economische studies; hierna: „IGRETEC”).

- 4 De IGRETEC vervult openbarediensttaken op verschillende gebieden. Dankzij haar studiebureau en aankoopcentrale kan zij met name publieke of particuliere partners bijstaan bij het ontwerp en de verwezenlijking van industriële of burgergebouwen, infrastructuur, of meer algemeen bij elk stadsontwikkelings- en leefmilieuproject.
- 5 Onder de aandeelhouders van de IGRETEC, die door een aantal gemeenten is opgericht als een coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, bevinden zich momenteel meer dan 70 gemeenten, waaronder de gemeente Farciennes, en meer dan 50 andere overheidsinstanties.
- 6 Haar werking wordt geregeld door de wetten op de handelsvennootschappen. Volgens haar statuten hebben de gemeenten de meerderheid van de stemmen en bekleden zij het voorzitterschap van de verschillende bestuursorganen. De beslissingen van de organen van de intercommunale worden genomen bij meerderheid van stemmen van de gemeentelijke aandeelhouders.
- 7 Het maatschappelijk kapitaal van de IGRETEC is onderverdeeld in vijf categorieën aandelen, waaronder voornamelijk A-aandelen, die zijn toebedeeld aan de gemeenten (5 054 351 aandelen), en C-aandelen, die zijn toebedeeld aan „andere publiekrechtelijke aandeelhouders” (17 126 aandelen). De aandeelhouders van categorie C werden destijds door geen enkel lid van de raad van bestuur vertegenwoordigd. Voorts had in de raad van bestuur van de IGRETEC een gemeenteraadslid van de gemeente Farciennes zitting die tegelijkertijd bestuurder was van de OHM „Sambre & Biesme”.
- 8 Op 29 oktober 2015 heeft de OHM „Sambre & Biesme” besloten één aandeel in de IGRETEC te verwerven om als aandeelhouder, weliswaar met een duidelijk minderheidsbelang, gebruik te kunnen maken van de diensten van die intercommunale.
- 9 Voor de vaststelling van de respectieve rechten en plichten van de gemeente Farciennes en de OHM „Sambre & Biesme” bij het ontwerp en de aanleg van de groene wijk in Farciennes is een ontwerp kaderovereenkomst opgesteld.
- 10 Artikel 1 ervan bepaalt met name dat overheidsopdrachten voor diensten, werken en de promotie van werken gezamenlijk worden geplaatst en dat de gemeente Farciennes wordt aangeduid om in hun gezamenlijke naam als aanbestedende dienst op te treden en zelfstandig alle beslissingen te nemen met betrekking tot de plaatsing en de gunning van de opdrachten.
- 11 Artikel 5, met als opschrift „keuze voor ondersteuning bij projectmanagement voor de uitvoering van opdrachten voor diensten, werken en de promotie van werken en voor de realisatie van het stadsvernieuwingsdossier”, luidt dat „partijen [...] in het kader van de inhouseverhouding die elke partij met de IGRETEC verbindt, [overeenkomen] dat de gemeente Farciennes met die intercommunale [...] een overeenkomst sluit voor ondersteuning bij projectmanagement, juridische dienstverlening en milieudiensten”.

- 12 Op 9 februari 2017 heeft de raad van bestuur van de OHM „Sambre & Biesme” besloten, ten eerste, om „het sluiten van de kaderovereenkomst voor gezamenlijke aanbestedingen met de gemeente Farciennes goed te keuren” en ten tweede om, „gelet op de inhouseverhouding tussen de [OHM „Sambre & Biesme”] en de IGRETEC”, het eerder door hem goedgekeurde bijzondere bestek voor de „overheidsopdracht voor asbestinventarisatiediensten niet voor mededinging open te stellen”. Dat bestek is omschreven als de eerste stap in de verwezenlijking van het groenewijkproject in Farciennes.
- 13 Die twee besluiten van 9 februari 2017 zijn op 10 februari 2017 ter beoordeling voorgelegd aan de Société wallonne du logement, toezichthouder van de openbare huisvestingsmaatschappijen, op grond dat in de betrekkingen tussen de OHM’s en de IGRETEC op dat moment niet voldaan was aan de voorwaarden voor de inhouse-uitzondering en dat voor de opdrachten die de OHM’s bij die intercommunale plaatsen, de regeling inzake overheidsopdrachten moest worden toegepast.
- 14 Op 25 februari 2017 heeft de Société wallonne du logement de besluiten van de OHM „Sambre & Biesme” nietig verklaard op grond dat laatstgenoemde de overeenkomst voor technische ondersteuning (artikel 5 van de kaderovereenkomst) en de overeenkomst voor asbestinventarisatiediensten zonder aanbestedingsprocedure aan de IGRETEC had gegund.
- 15 Haars inziens kan redelijkerwijze worden betwijfeld of de OHM „Sambre & Biesme” een beslissende invloed op de IGRETEC uitoefent, met name omdat zij slechts één aandeel in het maatschappelijk kapitaal van die intercommunale bezit en met name de gemeenten volgens de statuten van de IGRETEC over een dominante positie beschikken.
- 16 Ofschoon de gemeente Farciennes afzonderlijk van de inhouse-uitzondering gebruik kan maken in haar betrekkingen met de IGRETEC, volstaat haar aanduiding als leidende aanbestedende dienst in artikel 1 van de kaderovereenkomst niet om te rechtvaardigen dat de overeenkomsten rechtsreeks aan de IGRETEC worden gegund namens de verschillende partijen bij de kaderovereenkomst. Bij een gezamenlijke aanbesteding verenigen de verschillende partners zich voor het uitwerken van de opdracht, maar dienen de gebruikelijke aanbestedingsprocedures door alle partners te worden nageleefd.
- 17 Dat besluit tot nietigverklaring vormt het voorwerp van het onderhavige beroep.

2. Toepasselijke bepalingen:

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

- 18 Artikel 12 luidt als volgt:

„Overheidsopdrachten tussen entiteiten in de overheidssector

1. Een overheidsopdracht die door een aanbestedende dienst aan een andere privaat- of publiekrechtelijke rechtspersoon wordt gegund, valt buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

a) de aanbestedende dienst oefent op die rechtspersoon toezicht uit zoals op zijn eigen diensten;

b) meer dan 80 % van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon wordt uitgeoefend in de vorm van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende dienst of door andere, door diezelfde aanbestedende dienst gecontroleerde rechtspersonen, en

[...]

Een aanbestedende dienst wordt geacht op een rechtspersoon toezicht zoals op zijn eigen diensten uit te oefenen in de zin van de eerste alinea, onder a), indien hij zowel op strategische doelstellingen als op belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon een beslissende invloed uitoefent. [...]

2. [...]

3. Een aanbestedende dienst die op een privaat- of publiekrechtelijke rechtspersoon geen controle uitoefent in de zin van lid 1, kan niettemin zonder deze richtlijn toe te passen een overheidsopdracht gunnen aan die rechtspersoon, indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

a) de aanbestedende dienst oefent samen met andere aanbestedende diensten op die rechtspersoon toezicht uit zoals op hun eigen diensten;

b) meer dan 80 % van de activiteiten van die rechtspersoon behelst de uitvoering van taken die haar zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten of door andere, door diezelfde aanbestedende diensten gecontroleerde rechtspersonen, en

[...]

Voor de toepassing van punt a) van de eerste alinea oefenen de aanbestedende diensten gezamenlijk toezicht uit over een rechtspersoon indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

i) de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten; individuele vertegenwoordigers kunnen verscheidene of alle deelnemende aanbestedende diensten vertegenwoordigen;

ii) deze aanbestedende diensten zijn in staat gezamenlijk beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon, en

iii) de gecontroleerde rechtspersoon streeft geen belangen na die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten.”

3. Standpunt van partijen:

A. *OHM „Sambre & Biesme”*

- 19 De OHM „Sambre & Biesme” stelt zich op het standpunt dat de inhouseverhouding tussen haar en de IGRETEC ten onrechte door het bestreden besluit van de hand wordt gewezen. Die inhouse-uitzondering is neergelegd in artikel 12 van richtlijn 2014/24, waarbij de rechtspraak van het Hof van Justitie is gecodificeerd. Zij betoogt dat in casu, in tegenstelling tot hetgeen bij het bestreden besluit wordt verklaard, aan de voorwaarden voor die uitzondering is voldaan. Zij voert met name aan dat de aanbestedende dienst gezamenlijk met andere aanbestedende diensten toezicht op de IGRETEC uitoefent zoals op de eigen diensten, hetgeen inhoudt dat: 1) de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon samengesteld zijn uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten, waarbij individuele vertegenwoordigers verscheidene of alle deelnemende aanbestedende diensten kunnen vertegenwoordigen, en 2) deze aanbestedende diensten in staat zijn gezamenlijk beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon.
- 20 Zij betoogt dat aan alle gestelde voorwaarden in casu is voldaan, aangezien zij gezamenlijk met andere aanbestedende diensten, met name OHM's en gemeenten, toezicht op de IGRETEC uitoefent „zoals op [haar] eigen diensten” en „[deelneemt] in het kapitaal [van de IGRETEC] alsook deel [uitmaakt] van de bestuursorganen ervan” (arrest van 29 november 2012, Econord, C-182/11 en C-183/11, EU:C:2012:758, punt 33).
- 21 Voorts voert zij aan dat artikel 12, lid 3, van richtlijn 2014/24 op het moment van vaststelling van het bestreden besluit wel degelijk rechtstreekse werking had en dat die bepaling bijgevolg moet worden toegepast om de voorwaarden vast te stellen waaraan gezamenlijk toezicht zoals over de eigen diensten dient te voldoen.
- 22 Ten eerste zet zij uiteen dat het volgens de rechtspraak van het Hof irrelevant is dat zij slechts een enkel aandeel in het kapitaal van de IGRETEC bezit en dat dit aandeel volgens haar slechts 0,0000000197 % vertegenwoordigt van de aandelen met stemrecht op de algemene vergadering.
- 23 Ten tweede merkt zij op dat volgens artikel 12, lid 3, van richtlijn 2014/24 niet is vereist dat elke aanbestedende dienst over een bestuurder in de raad van bestuur

beschikt, maar dat het volstaat dat de aanbestedende diensten zijn vertegenwoordigd in de besluitvormingsorganen van de intercommunale, waarbij individuele vertegenwoordigers verscheidene of alle deelnemende aanbestedende diensten kunnen vertegenwoordigen. De Europese wetgever heeft de voorwaarden van het arrest Econord, dat vereist dat alle overheidsinstanties „deelnemen in het kapitaal alsook deel uitmaken van de bestuursorganen ervan”, dus versoepeld. Zij zet uiteen aan dat in artikel 13, lid 4, derde alinea, van de statuten van de IGRETEC, in de versie die op het onderhavige geval van toepassing is, wordt bepaald dat „elke categorie aandeelhouders [...] afzonderlijk [vergadert] om het aantal kandidaat-bestuurders aan te duiden dat overeenkomt met het aantal op voordracht van de betrokken categorie aandeelhouders toe te kennen mandaten”, dat de aandeelhouders van categorie C, waartoe de OHM „Sambre & Biesme” behoort, dus zijn vertegenwoordigd in de raad van bestuur van de IGRETEC en dat die raad van bestuur dus overeenkomstig de voorwaarde van artikel 12, lid 3, tweede alinea, onder i), van richtlijn 2014/24 is samengesteld uit personen die met name de OHM „Sambre & Biesme” vertegenwoordigen.

- 24 Ten derde betoogt zij dat zij overeenkomstig artikel 12, lid 3, van richtlijn 2014/24 gezamenlijk met de andere binnen de IGRETEC aanwezige aanbestedende diensten (gemeenten en andere OHM's) toezicht op die intercommunale uitoefent zoals op haar eigen diensten, dat wil zeggen beslissende invloed op de strategische doelstellingen en de belangrijke beslissingen van de intercommunale. Zij wijst erop dat geen enkele binnen de IGRETEC aanwezige aanbestedende dienst een meerderheidsdeelneming bezit, zodat het in punt 30 van het arrest Econord genoemde geval in casu niet aan de orde is. Daarbij komt volgens haar dat artikel 12, lid 3, van richtlijn 2014/24 naar andere aanbestedende diensten binnen de gecontroleerde entiteit verwijst en dat de creatie van meerdere categorieën aandelen niet belet dat alle aanbestedende diensten gezamenlijk toezicht op die entiteit uitoefenen. Volgens haar is het beste bewijs daarvoor dat zij het onderhavige project draagt in samenwerking met de gemeente Farciennes, die binnen een andere categorie aandeelhouders valt. Zij voegt daaraan toe dat haar twee belangrijkste aandeelhouders de gemeenten Farciennes en Aiseau-Presles zijn, die eveneens bij de IGRETEC zijn aangesloten, en leidt daaruit af dat de gemeente Farciennes, houder van aandelen van categorie A in de IGRETEC, toezicht uitoefent op de OHM „Sambre & Biesme”, die aandelen van categorie C in die intercommunale bezit, dat die twee entiteiten gezamenlijk toezicht uitoefenen op de IGRETEC, dat zij samen in staat zijn beslissende invloed op de strategische doelstellingen en de belangrijke beslissingen van de intercommunale uit te oefenen en dat zij trouwens in dat kader gezamenlijk een groene wijk willen ontwikkelen door gebruik te maken van de expertise van de IGRETEC.
- 25 Zij komt tot de slotsom dat zij deelneemt in het kapitaal alsook deel uitmaakt van de bestuursorganen van de IGRETEC, zodat zij wel degelijk toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten in de zin van artikel 12, lid 3, van richtlijn 2014/24 en de rechtspraak van het Hof en dat er wel degelijk sprake is van een inhouseverhouding met de IGRETEC.

- 26 De OHM „Sambre & Biesme” wijst erop dat een gemeenteraadslid van de gemeente Farciennes tegelijkertijd bestuurder was in de raad van bestuur van de IGRETEC en in die van de OHM „Sambre & Biesme”. Zij benadrukt dat rekening moet worden gehouden met de concrete omstandigheden van de zaak en herhaalt dat een symbolische deelneming kan worden gerechtvaardigd omdat de OHM geen financiële belegging beoogt, maar gebruik wenst te maken van de gemeenschappelijke diensten en de structuur van de intercommunale. Zij wijst erop dat het Wetboek van de plaatselijke democratie en de decentralisatie het aantal bestuurders binnen een intercommunale beperkt en is van mening dat de lering die uit het arrest Econord kan worden getrokken, zich beperkt tot de vaststelling dat geen sprake mag zijn van een meerderheidsaandeelhouder die aan iedereen zijn wil kan opleggen, wat in casu niet het geval is. Volgens haar wordt het toezicht zoals op de eigen diensten in casu uitgeoefend via de gemeente Farciennes, die tegelijkertijd aandeelhouder is van de IGRETEC en van de OHM „Sambre & Biesme” en een bestuurder heeft in de raad van bestuur van elk van die twee entiteiten.

B *Société wallonne du logement*

- 27 Allereerst wijst de Société wallonne du logement erop dat het door de OHM „Sambre & Biesme” ingeroepen artikel 12, lid 3, van richtlijn 2014/24 geen rechtstreekse werking heeft. Zij herinnert eraan dat enkel bepalingen die een gedragsregel vaststellen en dus subjectieve rechten toekennen aan particulieren, rechtstreekse werking kunnen hebben, terwijl voornoemde bepaling van richtlijn 2014/24 niet aan dat vereiste voldoet, aangezien deze de Staat geen verplichting tot handelen of nalaten ten behoeve van een onderneming oplegt. Volgens haar biedt die bepaling de Staat daarentegen louter de mogelijkheid om een opdracht niet voor mededinging open te stellen wanneer aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Daaruit leidt zij af dat de OHM „Sambre & Biesme” zich niet op die bepaling kan beroepen om in casu de niet-naleving van het mededingingsbeginsel te rechtvaardigen. Voor het geval de Raad van State haar standpunt niet deelt, stelt zij voor om het Hof over de rechtstreekse werking van die bepaling te verzoeken om een prejudiciële beslissing.
- 28 Vervolgens geeft zij aan waarom volgens haar de voorwaarden voor een gezamenlijke inhouseverhouding in casu niet zijn vervuld tussen de OHM „Sambre & Biesme” enerzijds en de IGRETEC anderzijds.
- 29 De contractverhouding tussen twee rechtens onderscheiden personen kan volgens de rechtspraak van het Hof als een „inhouseverhouding” worden aangemerkt wanneer de persoon die een opdracht voor een product of een dienst plaatst, toezicht op de opdrachtnemer toezicht uitoefent zoals over zijn eigen diensten en die opdrachtnemer het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van de overheidsinstantie(s) die hem vormen.
- 30 De opdrachtgever moet een aanbestedende dienst zijn die over zodanige toezichtbevoegdheid beschikt dat hij „zijn beslissingen kan beïnvloeden” en „[h]et

moet gaan om een doorslaggevende invloed zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van [de opdrachtnemer]” (arrest van 13 november 2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, punt 28), waardoor het toezicht dat wordt uitgeoefend zoals op de eigen diensten meer omvat dan louter beslissende invloed omdat het wordt geacht te zien op zowel de strategische keuzen als op de afzonderlijke managementbeslissingen. Daarbij komt volgens de Société wallonne du logement dat de intensiteit van het uitgeoefende toezicht in globo dient te worden beoordeeld, rekening houdend met het beheer als geheel en alle structuren van de betrokken entiteit en niet met betrekking tot de specifieke manier waarop zij in een aanbestedingsprocedure is opgetreden (zie arrest van 17 juli 2008, Commissie/Italië, C-371/05, niet gepubliceerd, EU:C:2008:410).

- 31 Voor de uitoefening van gezamenlijk toezicht is volgens de rechtspraak van het Hof weliswaar niet meer vereist dat elke entiteit afzonderlijk ten aanzien van de gecontroleerde entiteit over dezelfde beslissende invloed beschikt als wanneer deze de activiteit zelfstandig en intern zou hebben georganiseerd, noch dat de overheidsinstantie een meerderheidsdeelneming bezit, zodat het toezicht gezamenlijk kan worden uitgeoefend, maar dit is met name slechts het geval voor zover er geen uiteenlopende belangen zijn bij het dagelijkse beheer van de aan de gecontroleerde entiteit toegewezen openbare diensttaken, die entiteit niet onafhankelijk van haar aandeelhouders doelstellingen kan nastreven en derhalve geen marktgerichte onderneming is geworden. De Société wallonne du logement merkt op dat het Hof korter geleden in het arrest van 29 november 2012, Econord (C-182/11 en C-183/11, EU:C:2012:758, punt 31), de in geval van een gezamenlijke inhouseverhouding geldende voorwaarden voor toezicht zoals op de eigen diensten heeft verfijnd door te preciseren dat elk van de aanbestedende diensten zowel dient deel te nemen in het kapitaal als deel dient uit te maken van de bestuursorganen van de opdrachtnemer, dat het toezicht op laatstgenoemde niet uitsluitend mag afhangen van de toezichtbevoegdheid van de overheidsinstantie die een meerderheidsdeelneming in het kapitaal van de betrokken entiteit bezit, omdat „[i]ndien de positie van een aanbestedende dienst in een gemeenschappelijke opdrachtnemende entiteit zodanig is dat hij geen enkele mogelijkheid heeft om deel te nemen aan het toezicht op die entiteit, [...] de Unierechtelijke voorschriften inzake overheidsopdrachten of dienstenconcessies immers [zouden] kunnen worden omzeild, aangezien een louter formele deelneming in een dergelijke entiteit of een gemeenschappelijk bestuursorgaan ervan, die aanbestedende dienst zou vrijstellen van de verplichting om een aanbestedingsprocedure te organiseren overeenkomstig de voorschriften van het Unierecht, ook al zou bedoelde aanbestedende dienst in het geheel niet deelnemen aan de uitoefening van het ‚toezicht zoals op de eigen diensten’ op die entiteit”. Zij wijst erop dat het Hof de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) in die zaak heeft verzocht vast te stellen of de aanbestedende diensten op grond van de door hen gesloten aandeelhoudersovereenkomst effectief aan het toezicht op de opdrachtnemende vennootschap konden deelnemen (punt 32) aangezien elk van hen over slechts één aandeel in die vennootschap beschikte. De Société wallonne du logement zet uiteen dat het Hof door die beslissing het risico wil vermijden dat

de regeling inzake overheidsopdrachten door een louter formele aansluiting bij een gemeenschappelijke entiteit zou worden omzeild en haar eerdere rechtspraak bevestigt waarin is vereist dat de aanbestedende diensten ondanks het bezit van een heel duidelijk minderheidsbelang effectief structureel en functioneel toezicht op de opdrachtnemende vennootschap kunnen uitoefenen.

- 32 Zij komt tot de slotsom dat het besluit van de raad van bestuur van de OHM „Sambre & Biesme” van 29 oktober 2015 om één aandeel in de IGRETEC te verwerven uitsluitend tot doel had om zich aan de toepassing van de regeling inzake overheidsopdrachten te onttrekken en dat het feit dat beroep wordt gedaan op een entiteit die gezamenlijk in handen is van meerdere aanbestedende diensten weliswaar in beginsel niet belet dat van de inhouse-uitzondering gebruik wordt gemaakt, maar dat dit slechts het geval is voor zover de aanbestedende dienst die op die entiteit beroep doet, effectief structureel en functioneel toezicht op die entiteit uitoefent, hetgeen veronderstelt dat hij zowel deelneemt in het kapitaal als deel uitmaakt van de bestuursorganen van de opdrachtnemende entiteit, en dit toezicht van dien aard is dat een beslissende invloed kan worden uitgeoefend op de strategische doelstellingen en op de belangrijke beslissingen van die entiteit.
- 33 Voorts verduidelijkt zij dat de deelneming van de OHM „Sambre & Biesme”, die slechts een enkel aandeel in het maatschappelijk kapitaal van de IGRETEC bezit, in het licht van het aantal aandelen in de IGRETEC waarop is ingeschreven, volstrekt symbolisch is, omdat die deelneming volgens haar berekeningen slechts 0,000000197 % van de aandelen met stemrecht op de algemene vergadering (aandeelhouders van categorie A, C en P) vertegenwoordigt. Zij wijst er eveneens op dat de OHM „Sambre & Biesme” door geen enkele bestuurder in de raad van bestuur van de IGRETEC wordt vertegenwoordigd, terwijl de gemeenten (aandeelhouders van categorie A) bij het toezicht op de organen van de IGRETEC een dominante positie bekleeden. Aangezien de aandeelhouders van categorie A (gemeenten) op grond van de statuten van de IGRETEC de meerderheid in de raad van bestuur hebben, belet hun machtspositie volgens de Société wallonne du logement dat de aandeelhouders van de andere categorieën, waaronder de OHM „Sambre & Biesme”, effectief deelnemen aan structureel en functioneel toezicht op de IGRETEC en beslissende invloed uitoefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van die intercommunale.
- 34 Zij herinnert eraan dat de inhouse-uitzondering strikt moet worden uitgelegd en dat de bewijslast bij degene ligt die zich erop beroept. Ter rechtvaardiging van gezamenlijk toezicht zoals op de eigen diensten moeten de besluitvormingsorganen van de opdrachtnemende entiteit zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle aanbestedende diensten, terwijl de OHM „Sambre & Biesme” in de raad van bestuur van de IGRETEC geen enkele vertegenwoordiger heeft. Daarbij komt volgens haar dat het gemeenteraadslid van Farciennes dat in die raad van bestuur aanwezig is, slechts optreedt als vertegenwoordiger van de gemeente Farciennes en niet als vertegenwoordiger van de OHM „Sambre & Biesme”. Daaruit leidt zij af dat de voorwaarde voor gezamenlijk inhousetoezicht niet is vervuld.

4. Beoordeling door de Raad van State:

- 35 Het enkele feit dat beide partijen in een overeenkomst zelf overheidsdiensten zijn, sluit de toepassing van aanbestedingsregels niet uit (arrest van 18 november 1999, Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, punten 50 en 51; overweging 31 van richtlijn 2014/24). De inhouseverhouding vormt een uitzondering op de toepassing van die regels. De toepassingsvoorwaarden dienen dus strikt te worden uitgelegd en het is aan degene die zich erop beroept, om aan te tonen dat aan die voorwaarden is voldaan (arresten van 13 oktober 2005, Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, punt 63, en 8 mei 2014, Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, punt 23).
- 36 Bij een gezamenlijke inhouseverhouding is een entiteit in handen van meerdere aanbestedende diensten die „gezamenlijk” op die entiteit „toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten”.
- 37 Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat de uitoefening van (enkelvoudig of gezamenlijk) „toezicht zoals op de eigen diensten” in elk geval impliceert dat de aanbestedende dienst(en), zelfstandig of gezamenlijk, zodanig effectief structureel en functioneel toezicht op de opdrachtnemende vennootschap uitoefent (uitoefenen) en dat de aanbestedende dienst(en) zowel de strategische doelstellingen als de belangrijke beslissingen van die vennootschap doorslaggevend kan (kunnen) beïnvloeden. De intensiteit van het uitgeoefende toezicht moet in globo worden beoordeeld, rekening houdend met het beheer als geheel en alle structuren van de betrokken entiteit. Bij deze beoordeling moet rekening worden gehouden met alle relevante wetsbepalingen en omstandigheden van het concrete geval (arresten van 13 oktober 2005, Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, punt 65; 11 mei 2006, Carbotermo en Consorzio Alisei, C-340/04, EU:C:2006:308, punt 36; 17 juli 2008, Commissie/Italië, C-371/05, niet gepubliceerd, punt 24; 13 november 2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, punt 28; 10 september 2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, punt 65, en 8 mei 2014, Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, punt 24).
- 38 Nog steeds volgens de rechtspraak van het Hof wijst het feit dat de besluitvormingsorganen van de opdrachtnemende entiteit bestaan uit afgevaardigden van de aanbestedende dienst(en) op het feit dat deze dienst(en) controle uitoefent (uitoefenen) op die besluitvormingsorganen en dus een doorslaggevende invloed kan (kunnen) uitoefenen zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van deze entiteit (arrest van 13 november 2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, punt 34).
- 39 Aangaande met name het geval van toezicht dat door meerdere aanbestedende diensten „gezamenlijk” wordt uitgeoefend zoals op de eigen diensten, blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat het feit dat een van de aanbestedende diensten een louter symbolisch aandeel in de opdrachtnemende vennootschap bezit, op zich niet volstaat om aan te nemen dat ten aanzien van die aanbestedende dienst de

voorwaarde van „toezicht zoals op de eigen diensten” niet is vervuld (arrest van 19 april 2007, Asemfo, C-295/05, EU:C:2007:227, punten 58-61).

- 40 De OHM „Sambre & Biesme” geeft evenwel zelf toe dat de aanbestedende dienst, om zich op „gezamenlijk toezicht zoals op de eigen diensten” te kunnen beroepen, dient aan te tonen op de een of andere manier aan het toezicht op de opdrachtnemende entiteit te kunnen deelnemen. Zij toont echter niet aan dat zij enig toezicht op de IGRETEC kan uitoefenen. Ter zake blijkt uit het bestreden besluit dat „de statuten van de IGRETEC [...] aan haar gemeentelijke aandeelhouders (categorie A) meer gewicht [toekennen] dan aan de andere overheidsinstanties (categorie C)”, dat „[d]e aandeelhouders van categorie C, waarvan de OHM „Sambre & Biesme” deel uitmaakt, [...] niet verzekerd [zijn] van vertegenwoordiging door hun eigen leden in de raad van bestuur en [...] over evenveel stemrechten als maatschappelijk aandelen [beschikken]”, dat „een minieme deelneming in het maatschappelijk kapitaal van de IGRETEC [...] weinig invloed [oplevert]”, dat „enkel de gemeentelijke aandeelhouders [...] op de algemene vergadering beslissingen [kunnen] blokkeren”, dat „de gemeenten (categorie A) [...] volgens de statuten van de IGRETEC klaarblijkelijk over omvangrijke toezichtbevoegdheden [beschikken]” en dat „de statuten van de IGRETEC [...] op [dat] moment een dominante positie aan de gemeenten [toekennen], waardoor de OHM „Sambre & Biesme” niet kan bewijzen dat ook de andere publieke aandeelhouders over een daadwerkelijke en doorslaggevende invloed beschikken”.
- 41 Uit het arrest van 29 november 2012, Econord (C-182/11 en C-183/11, EU:C:2012:758, punten 31 en 33), blijkt dat de aanbestedende dienst, om zich op „gezamenlijk toezicht zoals op de eigen diensten” te kunnen beroepen, moet „deelnemen in het kapitaal van die entiteit alsook deel [moet] uitmaken van de bestuursorganen ervan”, zodat hij „effectief [kan] deelnemen aan het toezicht” op die entiteit. Het Hof benadrukt dat het begrip „gezamenlijk toezicht” niet mag worden uitgehold en wijst erop dat „[i]ndien de positie van een aanbestedende dienst in een gemeenschappelijke opdrachtnemende entiteit zodanig is dat hij geen enkele mogelijkheid heeft om deel te nemen aan het toezicht op die entiteit, [...] de Unierechtelijke voorschriften inzake overheidsopdrachten of dienstenconcessies immers [zouden] kunnen worden omzeild, aangezien een louter formele deelneming in een dergelijke entiteit of een gemeenschappelijk bestuursorgaan ervan, die aanbestedende dienst zou vrijstellen van de verplichting om een aanbestedingsprocedure te organiseren overeenkomstig de voorschriften van het Unierecht, ook al zou bedoelde aanbestedende dienst in het geheel niet deelnemen aan de uitoefening van het ‚toezicht zoals op de eigen diensten’ op die entiteit”.
- 42 De vraag rijst evenwel in welke mate en op welke manier de aanbestedende dienst „deel moet uitmaken” van de bestuursorganen van de gecontroleerde entiteit en „effectief [moet] deelnemen aan het toezicht”. In zijn arrest van 8 mei 2014, Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13, EU:C:2014:303, punt 28), heeft het Hof geoordeeld dat er geen toezichtverhouding bestaat tussen de aanbestedende dienst en de opdrachtnemende entiteit wanneer die dienst niet deelneemt in het

kapitaal van die entiteit en „geen wettelijke vertegenwoordiger [heeft] in de bestuursorganen ervan”.

- 43 Artikel 12, lid 3, van richtlijn 2014/24 lijkt het begrip „deel uitmaken” van de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde entiteit te verduidelijken, door te bepalen:

„de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten; individuele vertegenwoordigers kunnen verscheidene of alle deelnemende aanbestedende diensten vertegenwoordigen”.

- 44 In casu heeft de OHM „Sambre & Biesme” op 29 oktober 2015 een maatschappelijk aandeel in de IGRETEC verworven voor een bedrag van 6,20 EUR, teneinde rechtstreeks van de diensten van die intercommunale gebruik te kunnen maken. Op 31 december 2015 kwam dat ene maatschappelijke aandeel overeen met 0,0000049 % van de 20 366 778 maatschappelijke aandelen in de intercommunale en met 0,0000197 % van de 5 071 477 aandelen met stemrecht op de algemene vergadering. Uit die stukken blijkt eveneens dat de aandeelhouders van „categorie C” op datzelfde tijdstip samen 0,084 % van de maatschappelijke aandelen en 0,34 % van de maatschappelijke aandelen met stemrecht op de algemene vergadering vertegenwoordigden. De aandeelhouders van „categorie C”, en met name de OHM „Sambre & Biesme”, beschikten binnen de IGRETEC dus over een heel duidelijke minderheidspositie.

- 45 Door de heel duidelijke minderheidspositie konden de aandeelhouders van categorie C niet effectief aan het toezicht op de IGRETEC deelnemen. Volgens de statuten beschikten de gemeenten (aandeelhouders van categorie A) bovendien op alle fronten en in alle besluitvormingsorganen over een dominante positie. De OHM „Sambre & Biesme” kan niet worden gevolgd wanneer zij verklaart dat de aandeelhouders van categorie C in de raad van bestuur van de IGRETEC waren vertegenwoordigd. Gelet op het beperkte aantal bestuurders kunnen de aandeelhouders van categorie C door hun heel duidelijke minderheidspositie de facto niet beschikken over een bestuurder om hen in dat orgaan te vertegenwoordigen, terwijl de statuten van de IGRETEC geen enkele waarborg bevatten dat de aandeelhouders van categorie C worden vertegenwoordigd door een door hen aangewezen bestuurder. Derhalve wijst het bestreden besluit er heel terecht op dat „[d]e aandeelhouders van categorie C, waarvan de OHM „Sambre & Biesme” deel uitmaakt, [...] niet verzekerd [zijn] van vertegenwoordiging door hun eigen leden in de raad van bestuur”. Uit voorgaande elementen kan worden afgeleid dat de aandeelhouders van categorie C, waarvan de OHM „Sambre & Biesme” deel uitmaakt, in geen enkele mate en op geen enkele manier deelnemen aan de uitoefening van gezamenlijk toezicht op de IGRETEC.

- 46 De OHM „Sambre & Biesme” heeft ter terechtzitting evenwel betoogd dat in de raad van bestuur van de IGRETEC ten tijde van de feiten een gemeenteraadslid van de gemeente Farciennes zitting had dat tegelijkertijd bestuurder van de OHM

„Sambre & Biesme” was. De OHM „Sambre & Biesme” heeft echter niet kunnen aantonen dat die configuratie rechtens was vastgesteld en gewaarborgd. Bovendien had die persoon zitting in de raad van bestuur van de IGRETEC in zijn hoedanigheid van „gemeenteraadslid van Farciennes”. Uit niets kan worden afgeleid dat deze persoon, ondanks dat hij de facto tevens bestuurder van de OHM „Sambre & Biesme” was, ter zake eveneens werd geacht de belangen van laatstgenoemde vennootschap te vertegenwoordigen.

- 47 Volgens de OHM „Sambre & Biesme” volstaat die feitelijke toestand evenwel om aan te tonen dat zij „deel uitmaakt” van de besluitvormingsorganen van de IGRETEC en om aan te nemen dat zij via de gemeente Farciennes, die aandeelhouder is van zowel de IGRETEC als van de OHM en in elk van die entiteiten een bestuurder heeft, over die intercommunale „gezamenlijk toezicht zoals over haar eigen diensten” uitoefent. Zij wijst er dienaangaande op dat het bestaan van dergelijk toezicht in concreto moet worden beoordeeld, rekening houdend met de omstandigheden van het geval, en dat het volstaat dat dit toezicht plaatsvindt, wat ook de manier is waarop het in de praktijk wordt uitgeoefend.
- 48 Het Hof dient op dat punt te worden verzocht om een prejudiciële beslissing. Evenwel moet erop worden gewezen dat de OHM „Sambre & Biesme” weliswaar geldend maakt dat de gemeente Farciennes aandeelhouder is van zowel de OHM „Sambre & Biesme” als van de IGRETEC en toezicht op die twee entiteiten uitoefent, maar niet beweert dat sprake is van een „zijdelingse inhouseverhouding”, op grond waarvan twee entiteiten die onder zeggenschap van dezelfde aanbestedende dienst staan, elkaar opdrachten kunnen gunnen zonder voorafgaande oproep tot mededinging. Hoe dan ook lijkt van dat soort toezicht slechts sprake te kunnen zijn wanneer dezelfde dienst als enige toezicht uitoefent op de twee lichamen die de overeenkomst sluiten [conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in de zaak *Datenlotsen Informationssysteme* (C-15/13, EU:C:2014:23, punten 44 en 45)], wat in casu niet het geval is aangezien de gemeente Farciennes de IGRETEC en de OHM „Sambre & Biesme” slechts samen met andere publieke en zelfs particuliere aandeelhouders (wat laatstgenoemde entiteit betreft) in handen heeft.
- 49 Partijen in het geding blijken trouwens van mening te zijn dat het antwoord op die vraag kan verschillen naargelang aan artikel 12, lid 3, van richtlijn 2014/24, dat ten tijde van de feiten van kracht was, al dan niet rechtstreekse werking wordt toegekend. Derhalve is het aangewezen om het Hof eveneens te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de vraag of aan voornoemde bepaling rechtstreekse werking moet worden toegekend, aangezien het Hof in zijn arrest van 3 oktober 2019, *Irgita* (C-285/18, EU:C:2019:829, punten 46 en 49), reeds over artikel 12, lid 1, van voornoemde richtlijn heeft geoordeeld, zonder zich uit te spreken over de rechtstreekse werking van dat artikel 12, dat het de lidstaten niet kan dwingen om gebruik te maken van een inhoustransactie wanneer aan de voorwaarden van die bepaling is voldaan en dat het een lidstaat vrijstaat om een aanbestedende dienst voorwaarden voor het sluiten van een inhoustransactie op te leggen die niet in artikel 12, lid 1, van richtlijn 2014/24 zijn neergelegd.

5. Prejudiciële vragen:

50 De Raad van State legt de volgende vragen voor:

„1) Dient artikel 12, lid 3, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014, zoals gewijzigd bij gedelegeerde verordening (EU) 2015/2170 van de Commissie van 24 november 2015, betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG aldus te worden uitgelegd dat het rechtstreekse werking heeft?

2) Indien die eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord: dient artikel 12, lid 3, van richtlijn 2014/24/EU aldus te worden uitgelegd dat aan de voorwaarde dat een aanbestedende dienst, in casu een openbare huisvestingsmaatschappij, is vertegenwoordigd in de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon, in casu een intercommunale coöperatieve vennootschap, is voldaan louter op grond dat een persoon die in zijn hoedanigheid van gemeenteraadslid van een andere deelnemende aanbestedende dienst, in casu een gemeente, zitting heeft in de raad van bestuur van die intercommunale coöperatieve vennootschap, vanwege uitsluitend feitelijke omstandigheden en zonder juridisch gegarandeerde vertegenwoordiging ook bestuurder blijkt te zijn van de openbare huisvestingsmaatschappij, terwijl de gemeente (niet-exclusieve) aandeelhouder is van zowel de gecontroleerde entiteit (intercommunale coöperatieve vennootschap) als van de openbare huisvestingsmaatschappij?

3) Indien die eerste vraag ontkennend moet worden beantwoord: dient te worden aangenomen dat een aanbestedende dienst, in casu een openbare huisvestingsmaatschappij, „deel uitmaakt” van de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon, in casu een intercommunale coöperatieve vennootschap, louter op grond dat een persoon die in zijn hoedanigheid van gemeenteraadslid van een andere deelnemende aanbestedende dienst, in casu een gemeente, zitting heeft in de raad van bestuur van die intercommunale coöperatieve vennootschap, vanwege uitsluitend feitelijke omstandigheden en zonder juridisch gegarandeerde vertegenwoordiging ook bestuurder blijkt te zijn van de openbare huisvestingsmaatschappij, terwijl de gemeente (niet-exclusieve) aandeelhouder is van zowel de gecontroleerde entiteit (intercommunale coöperatieve vennootschap) als van de openbare huisvestingsmaatschappij?”