ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)
13 oktober 2005 *

In zaak C-458/03,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door het Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen (Italië), bij beschikking van 23 juli 2003, ingekomen bij het Hof op 30 oktober 2003, in de procedure

Parking Brixen GmbH

tegen

Gemeinde Brixen,

Stadtwerke Brixen AG,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: P. Jann, kamerpresident, K. Schiemann, J. N. Cunha Rodrigues (rapporteur), K. Lenaerts en E. Juhász, rechters,

* Procestaal: Duits.

advocaat-generaal: J. Kokott,
griffier: M.-F. Contet, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 13 januari 2005,

gelet op de opmerkingen van:

— Parking Brixen GmbH, vertegenwoordigd door K. Zeller en S. Thurin, avvocati,

— Gemeinde Brixen, vertegenwoordigd door N. De Nigro, Rechtsanwalt,

— Stadtwerke Brixen AG, vertegenwoordigd door A. Mulser, Rechtsanwalt,

— de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door I. M. Braguglia als gemachtigde, bijgestaan door G. Fiengo, avvocato dello Stato,

— de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door C. Wissels als gemachtigde,

— de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door M. Fruhmann als gemachtigde,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door K. Wiedner als gemachtigde,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 1 maart 2005,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1), de artikelen 43 EG, 49 EG en 86 EG, alsmede de beginselen van non-discriminatie, transparantie en gelijke behandeling.

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen, enerzijds, de vennootschap Parking Brixen GmbH (hierna: „Parking Brixen") en anderzijds, Gemeinde Brixen (hierna: „gemeente Brixen") en de vennootschap Stadtwerke Brixen AG betreffende de gunning aan de laatstgenoemde vennootschap van het beheer van twee parkeerplaatsen op het grondgebied van deze gemeente.

Toepasselijke bepalingen

Bepalingen van gemeenschapsrecht

3 Artikel 43 EG bepaalt:

„In het kader van de volgende bepalingen zijn beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden. [...]

De vrijheid van vestiging omvat, behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het kapitaal, de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 48, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld."

4 Artikel 49, eerste alinea, EG luidt:

„In het kader van de volgende bepalingen zijn de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht."

5 In de achtste overweging van richtlijn 92/50 heet het:

„[...] alleen dienstverlening op basis van een overheidsopdracht wordt door deze richtlijn bestreken; [...] dienstverlening op andere grondslagen, zoals wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen of arbeidsovereenkomsten, valt niet onder deze richtlijn".

6 Artikel 1 van deze richtlijn bepaalt:

„In de zin van deze richtlijn:

a) wordt onder ‚overheidsopdrachten voor dienstverlening' verstaan: schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel, die zijn gesloten tussen een dienstverlener enerzijds en een aanbestedende dienst anderzijds [...]

[...]

b) worden als ‚aanbestedende diensten' beschouwd: de Staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen.

[...]"

Bepalingen van nationaal recht

7 Artikel 22, lid 3, van de Italiaanse wet nr. 142 van 8 juni 1990 houdende organisatie van de plaatselijke overheden (GURI van 12 juni 1990, gewoon supplement nr. 135; hierna: „wet nr. 142/1990"), bepaalt dat de gemeenten en de provincies de plaatselijke openbare diensten waarvoor zij volgens de wet bevoegd zijn, op een van de volgende wijzen kunnen beheren:

„a) eigen beheer, wanneer wegens de geringe omvang of de kenmerken van de dienst de oprichting van een instelling of een onderneming niet wenselijk is;

b) concessie aan derden, wanneer daarvoor technische en economische redenen bestaan of dit maatschappelijk wenselijk is;

c) beheer door speciale ondernemingen, ook voor andere diensten van economisch en commercieel belang;

d) beheer door instellingen, voor sociale diensten zonder commercieel belang;

e) beheer door aandelenvennootschappen waarin de plaatselijke overheden een meerderheidsparticipatie hebben, wanneer deelneming van andere openbare instanties of particulieren wenselijk lijkt wegens de aard van de dienst".

8 Artikel 22 van wet nr. 142/1990 is grotendeels overgenomen in artikel 44 van Regionalgesetz nr. 1 van 4 januari 1993, in de oorspronkelijke versie. Dit artikel 44 is daarna bij Regionalgesetz nr. 10 van 23 oktober 1998 gewijzigd.

9 Artikel 44 van Regionalgesetz nr. 1, zoals gewijzigd bij Regionalgesetz nr. 10, bepaalt:

„[...]

6. De gemeenten bepalen bij reglement volgens welke procedures en criteria voor één van de navolgende organisatievormen van openbare diensten van economisch en commercieel belang wordt gekozen:

a) oprichting van speciale ondernemingen;

b) oprichting van of deelneming aan voor het beheer van openbare diensten geschikte aandelenvennootschappen of vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, waarin de plaatselijke overheden overwegende invloed hebben;

c) gunning van het beheer van openbare diensten aan derden, waarbij in passende mededingingsprocedures voor hun selectie wordt voorzien. Onverminderd andere wetsbepalingen, kan deze overeenkomst niet langer dan twintig jaar duren en met dezelfde partner slechts onder de in deze letter bedoelde voorwaarden worden hernieuwd. Coöperaties, verenigingen die krachtens de wet invaliden en gehandicapten vertegenwoordigen, alsmede vrijwilligersverenigingen en ondernemingen zonder winstoogmerk krijgen onder gelijke voorwaarden de voorkeur.

[...]

18. De plaatselijke overheden kunnen de in de zin van lid 6 opgerichte vennootschappen en de in lid 17 bedoelde vennootschappen te allen tijde belasten met de verrichting van andere, met het doel van de vennootschap verenigbare openbare diensten, en wel bij raadsbesluit waarbij tegelijk de daarmee overeenstemmende dienstenovereenkomst wordt goedgekeurd."

10 De bepalingen van artikel 44, leden 6 en 18, van Regionalgesetz nr. 1, zoals gewijzigd bij Regionalgesetz nr. 10, zijn letterlijk overgenomen in artikel 88, leden 6 en 18, van de gecoördineerde tekst van de bepalingen houdende organisatie van de gemeenten van de autonome regio Trentino-Südtirol.

11 Artikel 115 van decreto legislativo nr. 267 van 18 augustus 2000, de gecoördineerde tekst van de wetten houdende inrichting van de plaatselijke overheden (GURI van 28 september 2000, gewoon supplement nr. 227; hierna: „decreto legislativo nr. 267/2000"), staat de gemeenten toe hun speciale ondernemingen in aandelenvennootschappen om te zetten en gedurende hoogstens twee jaar vanaf de omzettingsdatum enige aandeelhouder ervan te blijven.

Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

12 De gemeente Brixen had, overeenkomstig artikel 22 van wet nr. 142/1990, voor het beheer van bepaalde onder haar bevoegdheid vallende plaatselijke openbare diensten een beroep gedaan op Stadtwerke Brixen, een speciale onderneming waarvan zij eigenaar was.

13 Volgens artikel 1 van haar statuten had Stadtwerke Brixen sinds 1 januari 1999 rechtspersoonlijkheid en commerciële zelfstandigheid, en was zij een gemeentelijke instelling met als specifieke functie, plaatselijke openbare diensten uniform en geïntegreerd te verrichten.

14 Luidens artikel 2 van deze statuten had Stadtwerke Brixen met name tot doel:

„f. het beheer van parkeerplaatsen en parkeergarages, met alle bijhorende werkzaamheden".

15 Overeenkomstig artikel 115 van decreto legislativo nr. 267/2000, heeft de gemeente Brixen bij besluit nr. 97 van 25 oktober 2001 de speciale onderneming Stadtwerke Brixen omgezet in de aandelenvennootschap „Stadtwerke Brixen AG".

16 Krachtens artikel 1, lid 3, van de statuten van deze vennootschap, „blijven alle reeds bestaande rechten en plichten van de speciale onderneming [Stadtwerke Brixen] ook na de omzetting bestaan en neemt de vennootschap [Stadtwerke Brixen AG] bijgevolg alle actieve en passieve rechtsbetrekkingen van de [speciale] onderneming Stadtwerke Brixen over".

17 Volgens artikel 4 van de statuten kan Stadtwerke Brixen AG op plaatselijk, nationaal en internationaal niveau met name de volgende activiteiten verrichten:

„g) het beheer van parkeerplaatsen en parkeergarages, met de bijbehorende werkzaamheden".

18 Luidens artikel 18 van de statuten van Stadtwerke Brixen AG worden aan haar raad van bestuur de volgende bevoegdheden verleend:

„1) De raad van bestuur beschikt over alle bevoegdheden in de meest ruime zin voor het normaal bestuur van de vennootschap, met de bevoegdheid alle handelingen te verrichten die hij ter bereiking van het doel van de vennootschap passend of noodzakelijk acht.

2) Behoudens toestemming van de aandeelhoudersvergadering is het de raad van bestuur verboden zekerheden te stellen die de waarde van 5 (vijf) miljoen euro overschrijden, alsmede wissels op zichzelf te ondertekenen en wissels te accepteren die dit bedrag overschrijden.

3) De aan- en verkoop van deelnemingen in andere vennootschappen, de aan- en verkoop alsmede de verpachting van ondernemingen of ondernemingsafdelingen en de aan- en verkoop van voertuigen tot een waarde van 5 (vijf) miljoen euro per transactie gelden als handelingen van normaal bestuur.

4) Onder de uitsluitende bevoegdheid van de raad van bestuur vallen alle besluiten waarbij de inkomsten voor bijzondere taken in de zin van artikel 2389, tweede alinea, van het Italiaans burgerlijk wetboek, worden vastgesteld en/of gewijzigd."

19 Volgens artikel 5, lid 2, van de statuten van Stadtwerke Brixen AG, „mag de deelneming van de gemeente Brixen in het maatschappelijk aanvangskapitaal in geen geval minder bedragen dan de absolute meerderheid van de gewone aandelen". Verder heeft de gemeente Brixen het recht de meerderheid van de leden van de raad

van bestuur van deze vennootschap te benoemen. De toezichthoudende instantie bestaat uit drie leden en twee plaatsvervangende leden; minstens twee leden en één plaatsvervangend lid worden door de gemeente benoemd.

20 Volgens de verwijzende rechter leidt de omzetting van een speciale onderneming in een aandelenvennootschap tot duidelijk meer zelfstandigheid voor de betrokken entiteit. Het werkterrein van Stadtwerke Brixen AG is immers aanzienlijk verruimd ten opzichte van dat van Stadtwerke Brixen, aangezien zij activiteiten kan verrichten op plaatselijk, nationaal en internationaal niveau, terwijl de activiteit van de speciale onderneming Stadtwerke Brixen beperkt was tot het grondgebied van de gemeente Brixen. Verder stond de speciale onderneming Stadtwerke Brixen onder de rechtstreekse controle en invloed van de gemeenteraad, terwijl het toezicht van deze gemeente op Stadtwerke Brixen AG binnen de perken blijft van de handelingsvrijheid waarover de meerderheid van de vennoten krachtens het vennootschapsrecht beschikt.

21 Bij besluit nr. 37 van 23 maart 2000, heeft de gemeenteraad van Brixen Stadtwerke Brixen belast met de bouw en het beheer van een openbaar zwembad. Bij de omzetting van Stadtwerke Brixen in een aandelenvennootschap, op 25 oktober 2001, heeft Stadtwerke Brixen AG de uit dit besluit voortvloeiende rechten en verplichtingen overgenomen.

22 Bij besluit nr. 118 van 18 december 2001, heeft de gemeenteraad van Brixen aan Stadtwerke Brixen AG een recht van opstal verleend op de grond en de ondergrond van het voor het zwembad bestemde terrein, met name het in het kadaster geregistreerde en op het grondgebied van de gemeente Brixen gelegen perceel 491/11, voor de bouw van ondergrondse parkeerplaatsen.

23 In afwachting van de uitvoering van dit project, is een tijdelijke bovengrondse parkeerplaats aangelegd. Daartoe is het tot dan als voetbalveld gebruikte perceel 491/11 tijdelijk geasfalteerd en omgevormd tot een bovengrondse parkeerplaats voor

ongeveer 200 voertuigen. Volgens de verwijzende rechter is voor de exploitatie van perceel 491/11 als bovengrondse parkeerplaats geen overeenkomst gesloten.

24 Om extra parkeerruimte te creëren, is het beheer van de bovengrondse parkeerplaats op het terrein daarnaast — het in het kadaster geregistreerde en eveneens op het grondgebied van de gemeente Brixen gelegen perceel 491/6 — met plaats voor ongeveer 200 voertuigen, waarvoor de gemeente Brixen al meer dan 10 jaar rechtstreeks instond, bij besluit nr. 107 van 28 november 2002 van de gemeenteraad van Brixen aan Stadtwerke Brixen AG gegund. In dit besluit heet het dat „met het oog op de exploitatie van het zwembad, Stadtwerke Brixen AG al een tijdelijke parkeerplaats heeft aangelegd vlak naast het in eigendom aan de gemeente toebehorend terrein, zodat het vereist en wenselijk lijkt Stadtwerke Brixen AG ook te belasten met het beheer van het aangrenzende terrein, te weten perceel 491/6, [...] met een oppervlakte van 5 137 m^2, dat thans rechtstreeks door de gemeente wordt beheerd".

25 Op 19 december 2002 heeft de gemeente Brixen tot uitvoering van besluit nr. 107 een overeenkomst gesloten met Stadtwerke Brixen AG, waarbij laatstgenoemde voor een periode van negen jaar met het beheer van de parkeerplaats op perceel 491/6 werd belast.

26 Als tegenprestatie voor het beheer van deze parkeerplaats int Stadtwerke Brixen AG parkeergeld. Evenwel betaalt zij aan de gemeente Brixen een jaarlijkse vergoeding van 151 700 EUR, die aan de prijs van de parkeertickets is gekoppeld, zodat een verhoging van het parkeertarief tot een hogere vergoeding voor de gemeente leidt. Naast het beheer van de parkeerplaats, staat Stadtwerke Brixen AG in voor het kosteloos verhuren van fietsen en stemt zij ermee in dat de weekmarkt zoals voorheen op het betrokken terrein wordt gehouden. Stadtwerke Brixen AG heeft ook het voorheen door de gemeente Brixen op dat terrein tewerkgestelde personeel

overgenomen. Ten slotte staat deze vennootschap in voor het gewone en het buitengewone onderhoud van het terrein en neemt zij hiervoor alle aansprakelijkheid op zich.

27 Op grond van een concessieovereenkomst van 19 juni 1992 met de gemeente Brixen, had Parking Brixen de bouw en het beheer voor haar rekening genomen van een andere — eveneens op het grondgebied van deze gemeente gelegen — parkeerplaats dan die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn. Parking Brixen heeft de gunning van het beheer van de parkeerplaatsen op de percelen 491/6 en 491/11 aan Stadtwerke Brixen AG bij het Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen, aangevochten. Volgens haar had de gemeente Brixen de bepalingen inzake openbare aanbestedingen moeten toepassen.

28 Verweersters in het hoofdgeding, namelijk Stadtwerke Brixen AG en de gemeente Brixen, stelden dat er geen verplichting tot het houden van een openbare aanbesteding bestond. De gemeente Brixen heeft in dit verband betoogd dat het maatschappelijke kapitaal van Stadtwerke Brixen AG volledig in haar bezit is, zodat geen sprake is van plaatsing van een opdracht bij een derde.

29 In die omstandigheden heeft het Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen, besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de navolgende prejudiciële vragen te stellen:

„1) Betreft de gunning van het beheer van de in geding zijnde betaalde openbare parkeerplaatsen een overheidsopdracht voor dienstverlening in de zin van richtlijn 92/50/EEG of een concessie voor openbare diensten waarop de communautaire mededingingsregels, in het bijzonder de verplichting van gelijke behandeling en transparantie, moeten worden toegepast?

2) Indien het daadwerkelijk om een dienstenconcessie betreffende het beheer van een plaatselijke openbare dienst gaat, is dan de gunning van het beheer van betaalde openbare parkeerplaatsen, die krachtens artikel 44, lid 6, sub b, van Regionalgesetz nr. 1 van 4 januari 1993, gewijzigd bij artikel 10 van Regionalgesetz nr. 10 van 23 [oktober] 1998, en krachtens artikel 88, lid 6, sub a en b, van de gecoördineerde tekst van de bepalingen houdende organisatie van de gemeenten zonder openbare inschrijvingsprocedure kan plaatsvinden, verenigbaar met het gemeenschapsrecht, in het bijzonder met de beginselen van vrijheid van dienstverrichting en vrijheid van mededinging, met het discriminatieverbod en de daaruit voortvloeiende verplichtingen van gelijke behandeling en transparantie, alsmede met het evenredigheidsbeginsel, wanneer het gaat om een aandelenvennootschap die krachtens artikel 115 van decreto legislativo nr. 267/2000 door omzetting van een speciale onderneming van de gemeente is ontstaan, waarvan het maatschappelijk kapitaal op het tijdstip van de gunning voor 100 % eigendom van de gemeente zelf is, maar waarvan de raad van bestuur beschikt over alle bevoegdheden voor het verrichten van gewone bestuurshandelingen tot een waarde van 5 miljoen euro per transactie?"

30 Bij beschikking van de president van het Hof van 25 mei 2004, is een door Energy Service Srl ingediend verzoek om toelating tot interventie niet-ontvankelijk verklaard.

De eerste vraag

31 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de gunning van het beheer van de betaalde openbare parkeerplaatsen die in het hoofdgeding aan de orde zijn een overheidsopdracht voor dienstverlening in de zin van richtlijn 92/50, dan wel een concessie voor openbare diensten betreft.

32 Om te beginnen zij gepreciseerd dat het niet aan het Hof staat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde verrichtingen concreet te kwalificeren. Voor deze kwalificatie is de nationale rechter immers bij uitsluiting bevoegd. De rol van het Hof is beperkt tot het verstrekken van een nuttige uitlegging van het gemeenschapsrecht aan deze rechter, zodat hij in de bij hem aangebrachte zaak uitspraak kan doen.

33 Met het oog daarop kan het Hof uitgaan van de gegevens in de processtukken van het hoofdgeding die vanuit het oogpunt van de uitlegging van het gemeenschapsrecht relevant zijn.

34 In dit kader zij opgemerkt dat het hoofdgeding de gunning van het beheer van twee verschillende parkeerplaatsen betreft: de ene is gelegen op perceel 491/11 en de andere op perceel 491/6.

35 Met betrekking tot de bovengrondse parkeerplaats op perceel 491/11 vermeldt de verwijzingsbeschikking enkel dat voor de exploitatie ervan geen overeenkomst is gesloten. In het bijzonder bevat deze beschikking geen gegevens over de voorwaarden inzake de beloning van de parkeerplaatsexploitant.

36 In deze omstandigheden kan het Hof enkel vaststellen dat het niet over toereikende gegevens beschikt om bij dit onderdeel van de vraag een bruikbare uitlegging van het gemeenschapsrecht te verstrekken.

37 Met betrekking tot de parkeerplaats op perceel 491/6, blijkt uit de verwijzingsbeschikking, zoals gezegd in de punten 24 tot en met 26 van het onderhavige arrest, dat het beheer ervan gedurende meer dan tien jaar rechtstreeks door de gemeente

Brixen werd verricht, alvorens het bij overeenkomst van 19 december 2002 tussen deze gemeente en Stadtwerke Brixen AG voor negen jaar aan deze vennootschap werd opgedragen. Als tegenprestatie voor het beheer van deze parkeerplaats, int Stadtwerke Brixen AG van de gebruikers ervan parkeergeld; zij betaalt aan de gemeente Brixen een jaarlijkse vergoeding. Voorts stemt Stadtwerke Brixen AG ermee in dat de weekmarkt als voorheen op het betrokken terrein wordt gehouden, staat zij in voor het kosteloos verhuren van fietsen en zorgt zij voor het onderhoud van dit terrein.

38 Gelet op deze gegevens, moet ervan worden uitgegaan dat de verwijzende rechter met zijn eerste vraag in wezen wenst te vernemen of de gunning van het beheer van een betaalde openbare parkeerplaats door een overheidsinstantie aan een dienstverlener, die hiervoor wordt vergoed door middel van door de gebruikers van deze parkeerplaats betaalde gelden, een overheidsopdracht voor dienstverlening in de zin van richtlijn 92/50 betreft, dan wel een concessie voor openbare diensten waarop deze richtlijn niet van toepassing is.

39 Blijkens de achtste overweging van de considerans, is richtlijn 92/50 van toepassing op „overheidsopdrachten voor dienstverlening", die in artikel 1, sub a, van de richtlijn worden omschreven als „schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel, die zijn gesloten tussen een dienstverlener enerzijds en een aanbestedende dienst anderzijds". Uit deze definitie volgt dat een overheidsopdracht voor dienstverlening in de zin van deze richtlijn een tegenprestatie behelst die door de aanbestedende dienst rechtstreeks aan de dienstverlener wordt betaald.

40 In de in de eerste vraag bedoelde situatie, wordt de dienstverlener echter niet door de betrokken overheidsinstantie vergoed, maar uit voor het gebruik van de parkeerplaats door derden betaalde bedragen. Deze vergoedingswijze houdt in dat de dienstverlener het exploitatierisico van de betrokken diensten draagt, hetgeen kenmerkend is voor een openbaredienstenconcessie. Een situatie als die in het

hoofdgeding betreft derhalve niet een overheidsopdracht voor dienstverlening maar een concessie voor openbare diensten.

41 In dit verband is het zinvol erop te wijzen dat deze uitlegging wordt bevestigd door richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114), ook al was deze richtlijn ten tijde van de feiten in het hoofdgeding niet van toepassing. Luidens artikel 1, lid 4, van deze richtlijn is „de ‚concessieovereenkomst voor diensten' immers een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor diensten met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de te verlenen diensten bestaat hetzij uit uitsluitend het recht de dienst te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs".

42 Vaststaat dat concessieovereenkomsten voor openbare diensten van de werkingssfeer van richtlijn 92/50 zijn uitgesloten (zie beschikking van 30 mei 2002, Buchhändler-Vereinigung, C-358/00, Jurispr. blz. I-4685, punt 28).

43 Bijgevolg dient de eerste vraag aldus te worden beantwoord dat de gunning van het beheer van een betaalde openbare parkeerplaats door een overheidsinstantie aan een dienstverlener die hiervoor wordt vergoed door middel van bedragen die derden voor het gebruik van deze parkeerplaats betalen, een concessie voor openbare diensten vormt waarop richtlijn 92/50 niet van toepassing is.

De tweede vraag

44 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de gunning van een openbaredienstenconcessie zonder oproep tot mededinging verenigbaar is met het gemeenschapsrecht, wanneer de concessiehouder een uit de omzetting van een speciale onderneming van een overheidsinstantie ontstane aandelenvennootschap is, waarvan het maatschappelijk kapitaal op het ogenblik van de gunning volledig eigendom is van de concessieverlenende overheidsinstantie, maar waarvan de raad van bestuur beschikt over alle bevoegdheden in de meest ruime zin voor het normaal bestuur en zelfstandig, zonder de toestemming van de aandeelhoudersvergadering, bepaalde transacties tot een waarde van vijf miljoen euro kan verrichten.

45 Deze vraag betreft, enerzijds, de houding van de concessieverlenende instantie tegenover de verlening van een specifieke concessie, en anderzijds, de nationale wettelijke regeling waarbij de verlening van een dergelijke concessie zonder openbare inschrijvingsprocedure is toegestaan.

46 Hoewel concessieovereenkomsten voor openbare diensten bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht van de werkingssfeer van richtlijn 92/50 zijn uitgesloten, moeten de overheidsinstanties die deze overeenkomsten sluiten, niettemin de fundamentele regels van het EG-Verdrag in het algemeen en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in het bijzonder in acht nemen (zie in die zin arresten van 7 december 2000, Telaustria en Telefonadress, C-324/98, Jurispr. blz. I-10745, punt 60, en 21 juli 2005, Coname, C-231/03, Jurispr. blz. I-7287, punt 16).

47 Het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit is neergelegd in artikel 12 EG. Meer specifiek op openbaredienstenconcessies toepasselijke ver-

dragsbepalingen zijn met name artikel 43, eerste alinea, EG, naar luid waarvan beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden zijn, en artikel 49, eerste alinea, EG, volgens hetwelk de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap verboden zijn ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht.

48 Volgens de rechtspraak van het Hof zijn de artikelen 43 EG en 49 EG een bijzondere uitdrukking van het beginsel van gelijke behandeling (zie arrest van 5 december 1989, Commissie/Italië, C-3/88, Jurispr. blz. 4035, punt 8). Het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit is eveneens een bijzondere uitdrukking van het algemene beginsel van gelijke behandeling (zie arrest van 8 oktober 1980, Überschär, 810/79, Jurispr. blz. 2747, punt 16). Het Hof heeft in zijn rechtspraak over de gemeenschapsrichtlijnen betreffende overheidsopdrachten gepreciseerd dat het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers tot doel heeft alle inschrijvers bij het formuleren van hun aanbieding dezelfde kansen te bieden, ongeacht hun nationaliteit (zie in die zin arrest van 25 april 1996, Commissie/België, C-87/94, Jurispr. blz. I-2043, punten 33 en 54). Bijgevolg vindt het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers toepassing op openbaredienstenconcessies, ook wanneer van discriminatie op grond van nationaliteit geen sprake is.

49 De beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie op grond van nationaliteit houden met name een transparantieverplichting in, zodat de concessieverlenende overheidsinstantie zich ervan kan vergewissen dat deze beginselen in acht worden genomen. De op deze overheidsinstantie rustende transparantieverplichting houdt in, dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstenconcessie voor mededinging openstaat en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst (zie in deze zin arrest Telaustria en Telefonadress, reeds aangehaald, punten 61 en 62).

50 Het staat aan de concessieverlenende overheidsinstantie te beoordelen of de bepalingen inzake de oproep tot mededinging in overeenstemming zijn met de specificiteit van de betrokken openbaredienstenconcessie, welke beoordeling door de bevoegde rechterlijke instanties kan worden getoetst. Het volstrekt ontbreken van een oproep tot mededinging bij de gunning van een openbaredienstenconcessie zoals die in het hoofdgeding is evenwel niet in overeenstemming met de vereisten van de artikelen 43 EG en 49 EG en evenmin met de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie.

51 Verder bepaalt artikel 86, lid 1, EG, dat de lidstaten, met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel nemen of handhaven die in strijd is met de regels van dit Verdrag, met name die bedoeld in de artikelen 12 EG en 81 EG tot en met 89 EG.

52 Bijgevolg kunnen de lidstaten niet een nationale wettelijke regeling handhaven waarbij de gunning van openbaredienstenconcessies zonder oproep tot mededinging is toegestaan, omdat deze gunning in strijd is met de artikelen 43 EG of 49 EG dan wel met de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie.

53 Ten betoge dat de verdragsbepalingen en de in de punten 46 tot en met 52 van het onderhavige arrest vermelde algemene beginselen niet van toepassing zijn op een onder omstandigheden als die in het hoofdgeding gegunde openbaredienstenconcessie, worden twee argumenten aangevoerd.

54 Ten eerste betoogt Stadtwerke Brixen AG dat de artikelen 43 EG tot en met 55 EG niet van toepassing zijn op een situatie als die in het hoofdgeding, aangezien Parking Brixen, Stadtwerke Brixen AG en de gemeente Brixen alle drie in Italië gevestigd zijn, zodat het een zuiver interne situatie van één lidstaat betreft.

55 Dit argument kan niet worden aanvaard. Immers kan in het hoofdgeding niet worden uitgesloten dat in andere lidstaten dan de Italiaanse Republiek gevestigde ondernemingen ook belangstelling hadden voor het verrichten van de betrokken diensten (zie in deze zin arrest Commissie/België, reeds aangehaald, punt 33). De gunning van een openbaredienstenconcessie zoals die in het hoofdgeding zonder openbaarheid en openstelling voor mededinging levert evenwel — althans potentieel — discriminatie op in het nadeel van ondernemingen van andere lidstaten die geen gebruik kunnen maken van de door het Verdrag gewaarborgde vrijheden van dienstverrichting en van vestiging (zie in die zin arrest Coname, reeds aangehaald, punt 17).

56 Ten tweede voeren de Italiaanse Republiek, Stadtwerke Brixen AG en de gemeente Brixen aan dat de toepassing van de verdragsregels en de algemene beginselen van gemeenschapsrecht op een situatie als die in het hoofdgeding uitgesloten is omdat Stadtwerke Brixen AG geen van deze gemeente onafhankelijk lichaam is. Tot staving van dit argument beroepen zij zich op het arrest van 18 november 1999, Teckal (C-107/98, Jurispr. blz. I-8121, punten 49-51).

57 In dit verband zij eraan herinnerd dat het Hof in het bedoelde arrest Teckal voor recht heeft verklaard dat richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB L 199, blz. 1), van toepassing is wanneer een aanbestedende dienst, zoals een territoriaal lichaam, een schriftelijke overeenkomst

ten bezwarende titel over de levering van goederen wenst te sluiten met een lichaam dat formeel van haar onderscheiden is en zelfstandig beslissingen kan nemen.

58 Wat het bestaan van een dergelijke overeenkomst betreft, heeft het Hof in punt 50 van het aangehaalde arrest Teckal gepreciseerd dat volgens artikel 1, sub a, van richtlijn 93/36 daartoe in beginsel volstaat, dat de overeenkomst is gesloten tussen een territoriaal lichaam en een persoon die daar rechtens van onderscheiden is. Dit zou slechts anders zijn wanneer het territoriale lichaam op de betrokken persoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen.

59 Het Hof heeft bevestigd dat deze overwegingen ook gelden voor de richtlijnen 92/50 betreffende overheidsopdrachten voor dienstverlening en 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 199, blz. 54) (zie respectievelijk arresten van 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau, C-26/03, Jurispr. blz. I-1, punten 48, 49 en 52, en 13 januari 2005, Commissie/Spanje, C-84/03, Jurispr. blz. I-139, punt 39).

60 Bij deze overwegingen wordt ervan uitgegaan dat voor de toepassing van de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37 een overeenkomst tussen twee onderscheiden personen moet bestaan (zie arrest Teckal, reeds aangehaald, punten 46 en 49). De toepassing van de artikelen 12 EG, 43 EG en 49 EG, alsmede van de daarmee samenhangende beginselen van gelijkheid, non-discriminatie en transparantie, hangt evenwel niet af van het bestaan van een overeenkomst. Bijgevolg gelden de overwegingen uit de in de punten 56 tot en met 59 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak niet automatisch voor deze verdragsbepalingen en evenmin voor deze beginselen.

61 Niettemin zij vastgesteld dat deze overwegingen kunnen worden getransponeerd naar de verdragsbepalingen en de beginselen met betrekking tot openbaredienstenconcessies die van de werkingssfeer van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten

zijn uitgesloten. Op het gebied van overheidsopdrachten en openbaredienstenconcessies zijn het beginsel van gelijke behandeling en de bijzondere uitdrukkingen daarvan — met name het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en de artikelen 43 EG en 49 EG — van toepassing wanneer een overheidsinstantie een derde belast met de verrichting van economische activiteiten. De gemeenschapsregels inzake overheidsopdrachten of openbaredienstenconcessies zijn evenwel niet van toepassing indien een overheidsinstantie de op haar rustende taken van algemeen belang vervult met haar eigen administratieve, technische en andere middelen, zonder een beroep te doen op externe lichamen (zie in die zin arrest Stadt Halle en RPL Lochau, reeds aangehaald, punt 48).

62 Bijgevolg is op het gebied van openbaredienstenconcessies de toepassing van de in artikelen 12 EG, 43 EG en 49 EG neergelegde regels, alsmede van de algemene beginselen waarvan zij de bijzondere uitdrukking vormen, uitgesloten, indien de concessieverlenende overheidsinstantie op de concessiehouder toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten én deze concessiehouder bovendien het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van de instantie die hem beheerst.

63 De twee in het voorgaande punt geformuleerde voorwaarden zijn een uitzondering op de algemene regels van gemeenschapsrecht; zij moeten derhalve eng worden uitgelegd en wie zich erop wil beroepen, dient te bewijzen dat de uitzonderlijke omstandigheden die de afwijking rechtvaardigen, daadwerkelijk bestaan (zie arrest Stadt Halle en RPL Lochau, reeds aangehaald, punt 46).

64 In de eerste plaats dient te worden onderzocht of de concessieverlenende overheidsinstantie op de concessiehouder toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten.

65 Bij deze beoordeling moet rekening worden gehouden met alle relevante wetsbepalingen en omstandigheden. Uit dit onderzoek moet volgen dat de betrokken concessiehouder onder een zodanig toezicht staat dat de concessieverlenende overheidsinstantie zijn beslissingen kan beïnvloeden. Het moet gaan om een doorslaggevende invloed zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen.

66 Blijkens de verwijzingsbeschikking, was de speciale onderneming Stadtwerke Brixen krachtens artikel 1 van haar statuten een gemeentelijke instelling met als specifieke functie, de plaatselijke openbare diensten uniform en geïntegreerd te verrichten. De gemeenteraad stelde het algemene beleid vast, wees het werkkapitaal toe, zorgde voor dekking van eventuele sociale lasten, onderzocht de bedrijfsresultaten en oefende het strategische toezicht uit, waarbij de onderneming verzekerd was van de nodige zelfstandigheid.

67 Stadtwerke Brixen AG daarentegen is een marktgerichte onderneming, zodat het toezicht van de gemeente wordt afgezwakt. Dit valt af te leiden uit:

a) de omzetting van Stadtwerke Brixen — speciale onderneming van de gemeente Brixen — in een naamloze vennootschap (Stadtwerke Brixen AG) en de aard van dit vennootschapstype;

b) de verruiming van het maatschappelijk doel, aangezien de vennootschap activiteiten heeft ontplooid op belangrijke nieuwe gebieden, met name vervoer van personen en goederen, alsmede informatica en telecommunicatie. Opgemerkt zij dat de vennootschap de ruime waaier van voorheen door de speciale onderneming uitgeoefende activiteiten heeft behouden, met name watervoorziening en afvalwaterzuivering, levering van verwarming en energie, afvalverwijdering en wegenbouw;

c) de verplichte openstelling, op korte termijn, van de vennootschap voor ander kapitaal;

d) de territoriale uitbreiding van de activiteiten van de vennootschap tot geheel Italië en het buitenland;

e) de aanzienlijke bevoegdheden van de raad van bestuur, waarvan het beheer door de gemeente nauwelijks wordt gecontroleerd.

68 Wat concreet de bevoegdheden van deze raad van bestuur betreft, blijkt uit de verwijzingsbeschikking dat met name op grond van artikel 18 van de statuten van Stadtwerke Brixen AG aan dit orgaan bijzonder ruime bevoegdheden voor het beheer van deze vennootschap worden verleend, aangezien het elke handeling kan stellen die het ter bereiking van het doel van de vennootschap noodzakelijk acht. Verder wijst de in dit artikel 18 vastgelegde bevoegdheid zekerheden te stellen tot vijf miljoen euro of andere verrichtingen te stellen zonder voorafgaande toestemming van de aandeelhoudersvergadering op een ruime zelfstandigheid van deze vennootschap ten overstaan van haar aandeelhouders.

69 In de verwijzingsbeschikking wordt ook vermeld dat de gemeente Brixen de meerderheid van de leden van de raad van bestuur van Stadtwerke Brixen AG kan benoemen. De verwijzende rechter benadrukt echter dat het toezicht van deze gemeente op Stadtwerke Brixen AG in wezen wordt beperkt door de handelingsvrijheid waarover de meerderheid van de vennoten krachtens het vennootschapsrecht beschikt, zodat de afhankelijkheid die de verhouding tussen deze gemeente en de speciale onderneming Stadtwerke Brixen kenmerkte, aanzienlijk is afgezwakt, gelet met name op de ruime bevoegdheden van de raad van bestuur van Stadtwerke Brixen AG.

70 Wanneer een concessiehouder over een mate van zelfstandigheid beschikt die beantwoordt aan de in de punten 67 tot en met 69 van het onderhavige arrest genoemde kenmerken, is het uitgesloten dat de concessieverlenende overheidsinstantie op de concessiehouder toezicht uitoefent als op haar eigen diensten.

71 In dergelijke omstandigheden, en zonder dat behoeft te worden onderzocht of de concessiehouder het merendeel van zijn werkzaamheden ten behoeve van de concessieverlenende overheidsinstantie verricht, kan de gunning van een openbaredienstenconcessie door een overheidsinstantie aan een dergelijke concessiehouder niet worden beschouwd als een interne verrichting van deze instantie, waarop de gemeenschapsregels niet van toepassing zijn.

72 Mitsdien dient de tweede vraag te worden beantwoord als volgt:

De artikelen 43 EG en 49 EG, alsmede de beginselen van gelijke behandeling, nondiscriminatie en transparantie moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen de gunning, zonder oproep tot mededinging, van een concessie voor openbare diensten door een overheidsinstantie aan een uit de omzetting van een speciale onderneming van deze overheidsinstantie ontstane aandelenvennootschap, waarvan het maatschappelijk doel tot belangrijke nieuwe gebieden is verruimd, het kapitaal op korte termijn verplicht moet worden opengesteld voor ander kapitaal, het territoriale werkterrein is uitgebreid tot geheel het land en het buitenland en de raad van bestuur bijzonder ruime beheersbevoegdheden heeft die hij zelfstandig kan uitoefenen.

Kosten

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

Het Hof van Justitie (Eerste kamer) verklaart voor recht:

1) **De gunning van het beheer van een betaalde openbare parkeerplaats door een overheidsinstantie aan een dienstverlener die hiervoor wordt vergoed door middel van bedragen die derden voor het gebruik van deze parkeerplaats betalen, vormt een concessie voor openbare diensten waarop richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening niet van toepassing is.**

2) **De artikelen 43 EG en 49 EG, alsmede de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen de gunning, zonder oproep tot mededinging, van een concessie voor openbare diensten door een overheidsinstantie aan een uit de omzetting van een speciale onderneming van deze overheidsinstantie ontstane aandelenvennootschap, waarvan het maatschappelijk doel tot belangrijke nieuwe gebieden is verruimd, het kapitaal op korte termijn verplicht moet worden opengesteld voor ander kapitaal, het territoriale werkterrein is uitgebreid tot geheel het land en het buitenland en de raad van bestuur bijzonder ruime beheersbevoegdheden heeft die hij zelfstandig kan uitoefenen.**

ondertekeningen