CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
C. STIX HACKL
van 12 januari 2006 [1]

I — Inleiding

1. In deze prejudiciële procedure rijst de vraag onder welke voorwaarden de gunning van een overheidsopdracht als een zogenaamde quasi-in-house-gunning kan worden aangemerkt en bijgevolg niet valt onder richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen [2] (hierna: „richtlijn 93/36"). Het gaat derhalve opnieuw om een zaak met betrekking tot de uitlegging en de toepassing van de criteria die in de zaak Teckal [3] zijn geformuleerd en die in de zaak Stadt Halle en RPL Lochau (hierna: „Stadt Halle") [4] — althans gedeeltelijk — nader zijn uitgewerkt.

2. Bovendien maakt de onderhavige procedure deel uit van een reeks – ten dele reeds beslechte [5] — zaken die betrekking hebben op aanbestedingen op het gebied van de energieverzorging of de afvalverwerking door Italiaanse gemeenten.

II — Juridisch kader: gemeenschapsrecht

3. *Richtlijn 93/36* stelt in artikel 1 de grondregels vast met betrekking tot haar werkingssfeer.

4. Artikel 1, initio en sub a, luiden als volgt:

„In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder:

a) ‚overheidsopdrachten voor leveringen': schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die betrekking hebben

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2 — PB L 199, blz. 1.

3 — Arrest van 18 november 1999 (C-107/98, Jurispr. blz. I-8121).

4 — Arrest van 11 januari 2005 (C-26/03, Jurispr. blz. I-1).

5 — Zie bijvoorbeeld beschikking van 14 november 2002, Comune di Udine (C-310/01, PB 2003, C 55, blz. 20), en arrest van 9 september 1999, RI.SAN (C-108/98, Jurispr. blz. I-5219).

op de aankoop, leasing, huur of huurkoop, met of zonder koopoptie, van producten, en die zijn gesloten tussen een leverancier (natuurlijke persoon of rechtspersoon), enerzijds, en een van de sub b omschreven aanbestedende diensten, anderzijds. De levering van de producten kan ook de nodige werkzaamheden voor het aanbrengen en installeren omvatten; [...]".

5. In de punten 49 en 50 van het arrest in de zaak Teckal heeft het Hof beginselen geformuleerd krachtens welke richtlijn 93/36 niet op bepaalde handelingen van toepassing is:

„49. Wat het bestaan van een overeenkomst betreft, moet de nationale rechter nagaan, of er een overeenkomst is gesloten tussen twee afzonderlijke personen.

50. Volgens artikel 1, sub a, van richtlijn 93/36 volstaat daartoe in beginsel, 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."

6. Het Hof heeft de eerste van de twee voornoemde voorwaarden in zijn arresten in de zaken Stadt Halle [6] en Parking Brixen [7] verder gepreciseerd.

7. Richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie [8] (hierna: „richtlijn 93/38"), bevat een bepaling met betrekking tot het plaatsen van opdrachten bij ondernemingen die banden hebben met de aanbestedende dienst, welke bepaling is gewijzigd bij richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten. [9]

8. Artikel 13, lid 1, van richtlijn 93/38 bepaalt:

„1. Deze richtlijn is niet van toepassing op opdrachten voor het verrichten van diensten:

a) die door een aanbestedende dienst bij een met hem verbonden onderneming worden geplaatst, of

6 — Arrest in zaak C-26/03 (aangehaald in voetnoot 4).
7 — Arrest van 13 oktober 2005 (C-458/03, Jurispr. blz. I-8585).
8 — PB L 199, blz. 84.
9 — PB L 134, blz. 1.

b) die door een gemeenschappelijke onderneming (‚joint venture'), bestaande uit verscheidene aanbestedende diensten voor de uitoefening van de in artikel 2, lid 2, bedoelde activiteiten bij een van deze aanbestedende diensten of bij een met een van deze aanbestedende diensten verbonden onderneming worden geplaatst,

mits ten minste 80 % van de gemiddelde omzet die deze onderneming de laatste drie jaar in de Gemeenschap op het gebied van het verrichten van diensten heeft behaald, afkomstig is van de verstrekking van deze diensten aan de ondernemingen waarmee zij is verbonden.

Wanneer dezelfde dienst of analoge diensten worden verricht door meer dan één met de aanbestedende dienst verbonden onderneming, dient rekening te worden gehouden met de totale omzet in de Gemeenschap die voortvloeit uit het verstrekken van diensten door deze ondernemingen."

III — De feiten en het hoofdgeding

9. Op 22 september 2003 heeft de gemeente Busto Arsizio (hierna: „de gemeente") een aanbesteding gepubliceerd voor de levering van energie, alsmede voor het onderhoud en de aanpassing van de verwarmingsinstallaties van de gemeentelijke gebouwen aan de wettelijke en technische normen (de opdracht, waarvan de waarde werd geraamd op 8 450 000 EUR + BTW bestond uit de levering van brandstoffen — waarvan 4/5 stookolie en 1/5 methaangas — ter waarde van 5 700 000 EUR, het onderhoud van de verwarmingsinstallaties, ten bedrage van 1 000 000 EUR, en de aanpassing van deze installaties aan de wettelijke en technische normen, ten bedrage van 1 750 000 EUR).

10. De gemeente schortte bij besluit nr. 804 van 21 november 2003 de aanbestedingsprocedure tot en met 10 december 2003 op, in afwachting van een eventueel besluit om de opdracht rechtstreeks te gunnen. Eiseres Carbotermo SpA (hierna: „Carbotermo") heeft op 22 november 2003 een offerte ingediend. Consorzio Alisei (hierna: „Alisei") had weliswaar een offerte voorbereid maar had deze niet binnen de voorgeschreven termijn, dat wil zeggen uiterlijk op 24 november 2003 ingediend, omdat zij op 21 november 2003 van de gemeente te horen kreeg dat de aanbestedingsprocedure tot en met 10 december 2003 was opgeschort, en later van de intrekking van de betrokken aanbesteding op de hoogte werd gebracht.

11. Bij besluit nr. 857 van 10 december 2003 heeft de gemeente de aanbesteding ingetrokken, en de mogelijkheid opengehouden om de opdracht later rechtstreeks aan AGESP SpA (hierna: „AGESP") te gunnen.

12. AGESP is volledig in handen is van AGESP Holding SpA [10], een naamloze vennootschap die voor 99,98 % eigendom van de gemeente is. [11] De andere aandeelhouders zijn een aantal aangrenzende gemeenten van dezelfde provincie.

13. Op 18 december 2003 heeft de gemeente de betrokken opdracht rechtstreeks aan AGESP gegund.

14. Carbotermo en Alisei zijn tegen deze besluiten opgekomen bij het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia. Deze rechterlijke instantie heeft beide procedures gevoegd en het Hof bij beslissing van 27 mei 2004, ingekomen op 9 augustus 2004, de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1) Is de rechtstreekse gunning van de opdracht voor de levering van brandstoffen en warmte voor verwarmingsinstallaties van gebouwen die eigendom zijn van of onder de bevoegdheid vallen van de gemeente, en het daarmee verband houdende beheer, de exploitatie en het onderhoud (waarbij zij aangetekend dat de uitgaven hoofdzakelijk betrekking hebben op leveringen) aan een aandelenvennootschap waarvan het kapitaal thans geheel in handen is van een andere aandelenvennootschap, waarvan de aanbestedende gemeente meerderheidsaandeelhouder is (99,98 %), dan wel aan een vennootschap (AGESP) waarvan de aandelen niet rechtstreeks in handen zijn van het overheidslichaam, maar van een andere vennootschap (AGESP Holding), waarvan het kapitaal thans voor 99,98 % eigendom is van het overheidslichaam, verenigbaar met richtlijn 93/36 [...]?

2) Moet inzake het vereiste dat de onderneming waaraan de leveringsopdracht rechtstreeks is gegund, het merendeel van haar werkzaamheden verricht voor het overheidslichaam dat haar controleert, worden voldaan aan artikel 13 van richtlijn 93/38 [...], en is zulks het geval wanneer genoemde onderneming het merendeel van haar inkomsten verwerft uit werkzaamheden voor het overheidslichaam dat haar controleert, dan wel indien zij dit verwerft op het grondgebied van dit lichaam?"

10 — Artikel 7 van de statuten van AGESP SpA bepaalt: „Geen enkele particuliere vennoot mag meer dan 10 % van het totale maatschappelijk kapitaal bezitten [...]"

11 — Ingevolge artikel 6 van de statuten van AGESP Holding SpA zal de gemeente steeds de meerderheid van de aandelen hebben.
Artikel 7 van de statuten van AGFSP Holding SpA bepaalt: „Geen enkele particuliere vennoot mag meer dan 10 % van het totale maatschappelijk kapitaal bezitten [...]"

IV — De prejudiciële vragen

15. De twee prejudiciële vragen hebben in essentie betrekking op de twee cumulatieve voorwaarden, waaronder bepaalde quasi-in-house-gunningen niet onder richtlijn 93/36 vallen (de zogenaamde Teckal-uitzondering of Teckal-criteria): de aanbestedende dienst oefent toezicht uit zoals op zijn eigen diensten en de betrokken onderneming verricht het merendeel van haar werkzaamheden ten behoeve van het lichaam of de lichamen die haar beheersen. Indien beide voorwaarden zijn vervuld, behoeft niet te worden voldaan aan de bepalingen van de richtlijn, zoals bijvoorbeeld de inachtneming van bepaalde procedurevoorschriften.

16. Ik wijs er voor alle duidelijkheid op, dat de onderhavige zaak wordt beheerst door het oude recht en dus niet door de nieuwe voorschriften van het zogenaamde wetgevingspakket.

V — Inleidende opmerkingen

17. De onderhavige zaak heeft evenals de voorafgaande zaken laten zien dat de Teckal-criteria bestaan uit een reeks vage begrippen die tot talrijke rechtsvragen en afbakeningsproblemen hebben geleid. Tegen deze achtergrond rijst de vraag op welke wijze het Hof het best juridische helderheid kan verschaffen en de betrokkenen rechtszekerheid kan bieden. Een mogelijkheid zou zijn dat het Hof zijn rechtspraak in algemenere zin dan tot op heden en niet alleen per zaak verfijnt. Ook valt te denken aan het wegnemen van de uit de Teckal-uitzondering voortgekomen onzekerheden door een grondige herziening van de rechtspraak. In november 1999 heeft het Hof met zijn arrest in de zaak Teckal de deur opengezet voor uitzonderingen op de richtlijn. Hoe ver deze deur openstaat, is evenwel nog steeds niet duidelijk.

18. Juist de onderhavige zaak laat zien dat deze omstandigheid ook gevolgen heeft voor de hoogste nationale rechterlijke instanties, zoals de Italiaanse Consiglio di Stato. Zo zijn, aldus de prejudiciële verwijzing, de door de Consiglio di Stato met betrekking tot de quasi-in-house-gunning geformuleerde richtsnoeren gebaseerd op een beslissing van het Hof.[12] Ik laat hier evenwel in het midden of deze rechtspraak strookt met die van het Hof. In ieder geval laat het hoofdgeding evenals andere zaken, ook in andere lidstaten, zien dat de rechtspraak van het Hof blijkbaar geen duidelijke aanknopingspunten biedt voor de betrokken marktdeelnemers en de rechterlijke instanties van de lidstaten.

12 — Beschikking in zaak C-310/01 (aangehaald in voetnoot 5).

19. Om het Hof de mogelijkheid te bieden tussen verschillende alternatieven te kiezen, zal ik hierna, ondanks de door mij geuite twijfels, de Teckal-uitzondering in algemene vorm preciseren. Het Hof kan dan altijd nog voor het andere alternatief kiezen.

VI — Eerste criterium: toezicht zoals op eigen diensten

20. De onderhavige zaak vertoont een aantal bijzonderheden die haar als geheel onderscheiden van andere aanhangige of reeds beslechte zaken betreffende zogenaamde „public-private partnerships".

21. In afwijking van de feiten waarover het Hof zich in de zaak Stadt Halle diende te buigen, blijkt uit het dossier van deze zaak geen deelname van particuliere ondernemingen. Bovendien gaat het in casu om een ander soort vennootschap dan in de zaak Stadt Halle, namelijk om een naamloze vennootschap. Anders dan in de zaken Parking Brixen [13] of Teckal, werd in de onderhavige zaak de opdracht niet gegund aan een dochteronderneming maar aan een „kleindochter" van het territoriale lichaam.

13 — Arrest in zaak C-458/03 (aangehaald in voetnoot 7).

A — *Juridische beoordeling van indirecte deelnemingen*

22. De eerste bijzonderheid die de hier te onderzoeken feiten kenmerkt, is de omstandigheid dat, zoals ook in de zaak Stadt Halle het geval was, de opdracht niet rechtstreeks is gegund aan de entiteit waarin het territoriale lichaam direct deelneemt.

23. Dienaangaande rijst de vraag of de Teckal-criteria in beginsel ook van toepassing zijn op gevallen waarin sprake is van indirecte deelneming, dat wil zeggen of ook die situaties van de toepassing van de aanbestedingsrichtlijnen worden uitgezonderd, waarin de overheid waaraan de prestatie moet worden geleverd, in de betrokken entiteit enkel deelneemt via een andere vennootschap.

24. De Commissie en de Poolse regering wijzen op grond van principiële overwegingen een dergelijke uitlegging strikt van de hand.

25. Aan de rechtspraak van het Hof kan dienaangaande geen duidelijk standpunt

worden ontleend. Ook het arrest in de zaak Parking Brixen heeft hierin geen verandering gebracht.

26. Vóór de opvatting dat de Teckal-criteria in beginsel ook op gevallen van indirecte deelneming van toepassing zijn, pleit het feit dat het Hof in de zaak Stadt Halle is nagegaan of aan de voorwaarden voor beide Teckal-criteria is voldaan. Hieruit zou een stilzwijgende principiële erkenning kunnen worden afgeleid.

27. De formulering van het arrest Stadt Halle lijkt daarentegen eerder in de andere richting te wijzen. Zo luidt punt 49 als volgt: „[Dit] lichaam [verricht] het merendeel van zijn werkzaamheden [...] ten behoeve van het overheidsorgaan of de overheidsorganen die hem beheersen". Hieruit zou men kunnen afleiden dat de uitwisseling van de prestaties rechtstreeks plaats moet vinden tussen de aanbestedende dienst als aandeelhouder en het lichaam waarin hij deelneemt.

28. Het feit dat deze formulering evenwel uitdrukkelijk verwijst naar het tweede criterium, dat wil zeggen het merendeel van de activiteiten, laat natuurlijk de conclusie toe dat het arrest in de zaak Teckal zich niet uitdrukkelijk uitspreekt over de vraag of ook indirecte deelnemingen aan het eerste criterium kunnen voldoen.

29. De omstandigheid dat aan de zaak Teckal een gemengd-publiek geheel ten gronde lag en dat het Hof een dergelijk samenstel door de formulering van de zogenaamde Teckal-criteria impliciet erkende, pleit er daarentegen vóór dat in beginsel ook indirecte deelnemingen in aanmerking kunnen komen. Voorwaarde hiervoor is evenwel dat op alle niveaus van de deelneming aan het toezichtscriterium is voldaan.

30. Wat dit criterium betreft, gaat het, volgens het arrest Parking Brixen, om de mogelijkheid van „een doorslaggevende invloed zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen". Bij deze beoordeling moet rekening worden gehouden met alle relevante wetsbepalingen en omstandigheden. [14] Het lijkt volgens dit arrest evenwel niet noodzakelijk dat deze invloed ook daadwerkelijk wordt uitgeoefend.

B — *Juridische beoordeling van gemengd-publieke ondernemingen*

1. Beginselen

31. De feiten van het hoofdgeding vertonen nog een andere bijzonderheid die ze onderscheidt van die van de zaak Stadt Halle. In de

14 — Arrest in zaak C-485/03 (aangehaald in voetnoot 7, punt 65).

onderhavige procedure gaat het namelijk niet om een gemengd-economisch lichaam, maar om een entiteit, meer bepaald de moedermaatschappij ervan, waarin geen particuliere ondernemingen deelnemen. Dit blijkt weliswaar niet uit de verwijzingsbeschikking zelf, maar wel uit de rest van het dossier. Overigens bedraagt de deelneming door andere lichamen slechts 0,02 %. Aangezien dit resterende deel in handen is van andere gemeenten, dus van overheidsinstanties, gaat het om een gemengd-publieke onderneming, of een zogenaamd „public-public partnership".

32. Wanneer men de feiten van de onderhavige zaak beziet in het licht van de bestaande rechtspraak van het Hof, dan ontstaat het volgende beeld: enerzijds is er een groot verschil ten opzichte van de zaak Stadt Halle, waarin het om een gemengd-economisch lichaam ging; anderzijds is er een duidelijke parallel met de zaak Teckal, waaraan een gemengd-publiek lichaam ten gronde lag. Het lichaam dat in laatstgenoemde zaak de leveringsovereenkomst diende uit te voeren, de AGAC, had namelijk weliswaar een eigen rechtspersoonlijkheid, maar was voortgekomen uit het initiatief van meerdere gemeenten.

33. Vóór de toepassing van de Teckal-uitzondering op gemengd-publieke lichamen pleit naast het arrest in de zaak Teckal, zoals reeds uiteengezet, ook de omstandigheid dat het voor het Hof in het arrest in de zaak Stadt Halle [15] doorslaggevend was dat particuliere ondernemingen andere doelstellingen nastreven dan territoriale lichamen.

34. In deze zaak gaat het echter alleen om de deelneming van gemeenten en niet om belangen van particulieren. Aangezien gemeenten doelstellingen van algemeen belang nastreven, zou men op zijn minst op het eerste gezicht ervan kunnen uitgaan dat zij aan het toezichtscriterium voldoen, zelfs bij de meest strikte uitlegging ervan. Dit geldt in ieder geval wanneer de voorwaarde van de overeenstemming van belangen [16] in die zin wordt opgevat, dat hiervan reeds bij afwezigheid van particuliere belangen sprake is. Het is uiteraard niet uitgesloten — en dit wordt door het optreden van gemeenten als marktdeelnemers bevestigd — dat gemeenten ook verschillende belangen kunnen hebben. In een dergelijk geval is er geen sprake meer van overeenstemming van belangen.

35. Dienaangaande mag ten slotte ook niet worden voorbijgegaan aan het feit dat het in de zaak Teckal om een zogenaamde „azienda municipalizzata" ging en niet zoals in casu om een naamloze vennootschap. Op het belang van de rechtsvorm van de vennootschap kom ik later nog terug.

15 — Arrest in zaak C-26/03 (aangehaald in voetnoot 4, punt 50).

16 — Zie de benadering van advocaat-generaal Kokott in haar conclusie van 1 maart 2005 in zaak C-458/03 (arrest aangehaald in voetnoot 7, punten 74 e.v.).

36. De vraag hoe gemengd-publieke lichamen moeten worden behandeld, moet echter ook worden beantwoord in het licht van het in het arrest Stadt Halle uitdrukkelijk bevestigde uitleggingsbeginsel, dat elke uitzondering op de verplichting de gemeenschapsregels toe te passen strikt moet worden uitgelegd. [17]

37. Zelfs in het arrest Stadt Halle, waarin het niet ging om de deelneming van meerdere aandeelhouders, heeft het Hof evenwel bevestigd dat de Teckal-uitzondering in beginsel op lichamen met meerdere aandeelhouders van toepassing is. Dit kan worden afgeleid uit het feit dat het Hof [18] de Teckal-uitzondering niet alleen letterlijk heeft overgenomen, maar er ook aan herinnert dat in de zaak Teckal het lichaam in handen van „overheidsorganen" was. Hier heeft het Hof het meervoud dus niet enkel met betrekking tot het tweede criterium van de Teckal-uitzondering gebruikt.

38. Hieruit volgt dus dat zelfs lichamen die meerdere aandeelhouders hebben, in beginsel onder de uitzondering kunnen vallen.

39. Voor de toepassing van de Teckal-uitzondering in het onderhavige geval, zou men evenwel nog een stap verder moeten gaan, aangezien het in casu ook nog eens een keer om een indirecte deelneming gaat. Mijns inziens kan de toepassing van de Teckal-uitzondering ook op een dergelijke situatie niet van meet af aan op een algemene en abstracte wijze worden uitgesloten.

40. Veeleer moet ook in het onderhavige geval worden nagegaan, of aan het toezichtscriterium is voldaan. Dienaangaande moet worden herinnerd aan het door het Hof in het arrest Parking Brixen geformuleerde criterium. Volgens dit criterium gaat het erom, dat het lichaam waarop toezicht wordt gehouden over een bepaalde mate van zelfstandigheid beschikt [19] en wel ten overstaan van zijn aandeelhouders. [20]

41. Aangezien in casu krachtens de statuten particulieren kunnen deelnemen, moet met betrekking tot het toezichtscriterium worden nagegaan of een mogelijke openstelling van het maatschappelijk kapitaal juridisch van belang is.

42. Wat de openstelling van het maatschappelijk kapitaal voor particulieren betreft, zou men kunnen differentiëren naargelang de deelneming door particulieren enkel juridisch mogelijk, dan wel ook juridisch dwin-

17 — Arrest in zaak C-26/03 (aangehaald in voetnoot 4, punt 46).
18 — Arrest in zaak C-26/03 (aangehaald in voetnoot 4, punt 49).
19 — Arrest in zaak C-458/03 (aangehaald in voetnoot 7, punt 70).
20 — Arrest in zaak C-458/03 (aangehaald in voetnoot 7, punt 68).

gend is. Ter zake van de eerste groep gevallen zou voorts een onderscheid kunnen worden gemaakt naargelang al dan niet ook daadwerkelijk van deze mogelijkheid gebruik werd gemaakt — de situatie waarin de openstelling reeds plaats heeft gevonden, dus zoals in de zaak Stadt Halle, valt in casu al bij voorbaat af.

43. Dienaangaande heeft de Commissie het standpunt ingenomen, dat zelfs de mogelijkheid van een deelneming van particulieren, zoals die bijvoorbeeld uit de statuten van een kapitaalvennootschap voortvloeit, ervoor pleit om het toezichtscriterium als niet vervuld te beschouwen.

44. Tegen deze extreme opvatting van de Commissie vallen om te beginnen principiële overwegingen in te brengen. Zo zou de juridische kwalificatie van „public-private partnership"-projecten van alleen *mogelijke* toekomstige ontwikkelingen afhangen. De vraag of deze dan *daadwerkelijk* plaatsvinden, zou evenwel niet ter zake doen. Een dergelijke benadering vormt naar de maatstaf van het stelsel van de aanbestedingsrichtlijnen een noviteit. Bovendien zou het in het recht van de betrokken lidstaat zelfs verboden kunnen zijn om de overdracht van aandelen aan particulieren statutair te verbieden.

45. Uiteraard gebiedt daarentegen het aan de aanbestedingsrichtlijnen ten gronde liggende beginsel van bescherming tegen ontduiking, dat toch nog rekening moet worden gehouden met bepaalde gebeurtenissen die na het opdragen van de taken, dat wil zeggen na het plaatsen van de opdracht, optreden. Het gaat hierbij met name om de gevallen waarin op het tijdstip van de gunning nog geen openstelling plaats heeft gevonden, maar wel reeds een concreet voornemen in die richting bestond.

46. Het is de vraag of het arrest in de zaak Parking Brixen deze beoordeling op enige wijze verandert. Het feit dat, anders dan in het onderhavige geval, in die zaak de openstelling van de vennootschap voor extern kapitaal was voorgeschreven en slechts één van de vijf voor de beoordeling wezenlijke kenmerken vormde [21], pleit hiertegen. Dit sluit natuurlijk nog steeds niet uit dat zelfs de mogelijke openstelling — zij het slechts samen met andere bijzonderheden die het feitencomplex van het hoofdgeding kenmerken — ertoe kan leiden dat in deze situatie het minimum aan toezicht niet wordt bereikt. Bij die andere bijzonderheden en hun belang met betrekking tot het toezicht moet derhalve nog worden stilgestaan.

47. In deze samenhang is het namelijk noodzakelijk om ook te wijzen op de feiten die ten gronde lagen aan de niet-nakomingsprocedure tegen de Republiek Oostenrijk [22] en het arrest dat het Hof dienaangaande onlangs heeft gewezen.

21 — Arrest in zaak C-458/03 (aangehaald in voetnoot 7, punt 67).

22 — Arrest van 10 november 2005, Commissie/Oostenrijk (C-29/04, Jurispr. blz. I-9705).

48. In de zaak Commissie/Oostenrijk ging het om de overdracht door de gemeente Mödling van de afvalverwerking aan een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, dus door een gemeente aan een onderneming die voor 100 % in haar handen was. Ongeveer twee weken nadat deze vennootschap met het afvalbeheer was belast, besloot de gemeente om 49 % van haar aandelen aan een particuliere onderneming over te dragen. Deze overdracht vond opnieuw ongeveer twee weken later plaats. De uitvoering van de toevertrouwde activiteit begon nog eens enkele weken later.

49. In zijn arrest van 10 november 2005 in die zaak benadrukte het Hof dat alle fasen in hun totaliteit en met het oog op het doel ervan, en niet los van elkaar moeten worden beoordeeld. [23] Deze omstandigheid pleit ervoor dat ook rekening moet worden gehouden met gebeurtenissen die zich na de gunning van de opdracht hebben voorgedaan, zoals het Hof in die zaak ook benadrukt. [24] Anders dan in de onderhavige zaak, ging het in die zaak evenwel om gebeurtenissen die *daadwerkelijk* hadden plaatsgevonden. In de zaak Commissie/Oostenrijk had de gemeente namelijk reeds gebruik gemaakt van de openstelling van de vennootschap voor particuliere deelneming. Toen het Hof zich over de feiten boog, had zij reeds plaatsgevonden.

50. Anders dan in voornoemde zaak, kan uit het dossier van de onderhavige zaak niet worden afgeleid of, en zo ja wanneer, aandelen aan particuliere partijen zijn overgedragen, dan wel of er plannen in die richting bestonden. Zo bezien, bevat noch het arrest Parking Brixen, noch het arrest Commissie/Oostenrijk een duidelijke aanwijzing dat de enkele *mogelijkheid* van de openstelling van een vennootschap voor particuliere aandeelhouders voldoende is.

51. Bijgevolg kan ervan worden uitgegaan dat de arresten die tot nu toe zijn gewezen, de gunning van een opdracht aan gemengd-publieke lichamen niet principieel van de Teckal-uitzondering uitsluiten. In het navolgende dienen derhalve de voorwaarden te worden geformuleerd waaraan dergelijke handelingen moeten voldoen.

2. De afzonderlijke voorwaarden

52. De voorwaarden waaronder de gunning van een opdracht aan een gemengd-publiek lichaam onder de Teckal-uitzondering kan vallen, hebben betrekking op de verhouding tussen het betrokken lichaam en de overheidsinstanties die direct of indirect hierin deelnemen.

23 — Arrest in zaak C-29/04 (aangehaald in voetnoot 22, punt 41).
24 — Arrest in zaak C-29/04 (aangehaald in voetnoot 22, punt 38).

53. Het tijdens de onderhavige procedure aangevoerde argument, dat de Teckal-uitzondering enkel zogenaamde „interorganische of -organisatorische delegaties" of de organisatiestructuren van een territoriaal lichaam omvat, moet van meet af aan worden afgewezen. De rechtspraak van het Hof biedt geen aanwijzingen die ervoor pleiten om van dergelijke categorieën uit te gaan.

54. Gewoonlijk gaat het Hof in dit verband, met name ook in het arrest Parking Brixen, uit van een materieel en niet van een formeel standpunt. Zoals ik hierna nog nader uiteen zal zetten, gaat het erom hoe de betrokken partijen zich tot elkaar verhouden. Hiervoor moet per geval worden gekeken naar algemeen-abstracte regelingen, zoals het nationale vennootschapsrecht, en de concrete uitdrukking ervan, zoals de statuten van het betrokken lichaam. [25]

55. Anders dan in de zaak Stadt Halle, is het lichaam dat de diensten moet verrichten geen vennootschap met beperkte aansprakelijkheid naar Duits recht, maar een naamloze vennootschap naar Italiaans recht (SpA).

56. In de onderhavige zaak zijn de relevante bepalingen van de Italiaanse Codice civile van toepassing.

57. Ook met betrekking tot het lichaam dat in de zaak Teckal moest worden onderzocht, is er een verschil. Terwijl het in de zaak Teckal om een zogenaamde „azienda municipalizzata" ging, betreft de onderhavige zaak juist een lichaam, AGESP, dat weliswaar aanvankelijk in de genoemde rechtsvorm opereerde, maar bij besluit nr. 148 van 24 september 1997 in een naamloze vennootschap werd omgezet.

58. Naamloze vennootschappen beschikken, ook naar Italiaans recht, in beginsel over een grotere mate van zelfstandigheid dan vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid.

59. Mijns inziens kan niet worden volstaan met een abstracte analyse van de mogelijkheden die de Codice civile de aandeelhouders biedt om op naamloze vennootschappen en hun dochters invloed uit te oefenen. Zoals ik reeds eerder heb uiteengezet, gaat het veeleer om de concrete modaliteiten van de betrekkingen tussen de grootmoeder- en de moedermaatschappij, alsmede tussen de moeder- en de dochtermaatschappij. [26]

25 — Aldus het arrest in zaak C-485/03 (aangehaald in voetnoot 7, punten 66 e.v.).

26 — Zie mijn conclusie in zaak C-26/03 (arrest aangehaald in voetnoot 4, punt 65).

60. De rechtsvorm van de naamloze vennootschap, bijvoorbeeld die naar Italiaans recht, is op zichzelf dus niet de „boosdoener". Dit kan overigens ook worden afgeleid uit het arrest in de zaak Parking Brixen, waarin het eveneens om een naamloze vennootschap naar Italiaans recht ging. Het feit alleen al dat het Hof deze omstandigheid niet voldoende achtte om de zelfstandigheid van de vennootschap en daarmee het ontbreken van toezicht bewezen te achten, pleit ervoor dat de rechtsvorm van een Italiaanse naamloze vennootschap op zichzelf een voldoende toezicht niet uitsluit.

61. De omzetting van een eigen gemeentelijk bedrijf in een naamloze vennootschap vormt evenwel op zijn minst één van verschillende omstandigheden die bij de beoordeling van de zelfstandigheid moeten worden meegewogen. [27]

62. Bij de beoordeling van een concreet geval gaat het hoe dan ook om de concrete bevoegdheden van de betrokken aandeelhouders en niet om de daadwerkelijk uitoefening ervan in de praktijk. [28] Deze opvatting is door het Hof bevestigd in de zaak Parking Brixen, waarin het bij de statuten van de betrokken naamloze vennootschap stilstond. [29]

63. Voorts dienen de toezichtrechten van de aandeelhouder(s) niet alleen betrekking te hebben op besluiten tot gunning in het algemeen of het concrete besluit tot gunning in het bijzonder [30], maar ook op het beheer in zijn geheel.

64. Met betrekking tot de middelen voor het uitoefenen van het toezicht, moet in de regel worden gedacht aan bevoegdheden inzake zeggenschap, controle en benoemingen. Hierbij moet worden uitgegaan van het beginsel, dat naar de mogelijkheid van beïnvloeding en dus niet alleen naar de juridische voorschriften moet worden gezien. [31]

65. Ten slotte moet nog worden stilgestaan bij het tijdens de procedure aangevoerde argument, dat de beoordeling van een aankoopprocedure en de toepassing van de Teckal-uitzondering afhangen van het gedrag van de betrokkenen, dat wil zeggen van het controlerende en het gecontroleerde lichaam, bij de concrete gunning.

66. Zo zouden uit het gedrag van de betrokkenen, in de eerste plaats van het gemengd-publieke lichaam, tijdens de aan-

27 — Arrest in zaak C-458/03 (aangehaald in voetnoot 7, punt 67).

28 — Zie mijn conclusie in zaak C-26/03 (arrest aangehaald in voetnoot 4, punt 76).

29 — Arrest in zaak C-458/03 (aangehaald in voetnoot 7, punten 66 e.v.).

30 — Zie mijn conclusie in zaak C-26/03 (arrest aangehaald in voetnoot 4, punt 77).

31 — Arrest in zaak C-458/03 (aangehaald in voetnoot 7, punt 65).

bestedingsprocedure conclusies kunnen worden getrokken met betrekking tot hun zelfstandigheid ten opzichte van de opdrachtgever.

67. In de onderhavige zaak werd dienaangaande voornamelijk op de inhoud van de overeenkomst gewezen. Met name de hierin opgenomen boeteclausule voor het nietverwezenlijken van bepaalde doelstellingen zou een aanwijzing voor de zelfstandigheid van AGESP vormen.

68. Aangezien het toezichtscriterium betrekking heeft op de beïnvloeding van alle aspecten van het beheer, kan het gedrag van het te onderzoeken lichaam in een concrete aanbestedingsprocedure niet doorslaggevend zijn. Dit zou er namelijk toe leiden dat hetzelfde lichaam bij de ene aankoopprocedure wel en bij de andere niet onder de Teckal-uitzondering valt. De rechtspraak van het Hof biedt geen enkel aanknopingspunt voor een dergelijke geconcretiseerde benadering. Integendeel, bij de kwalificatie van de betrekking en dus de beantwoording van de vraag of sprake is van toezicht, gaat het Hof uit van de omstandigheden die verband houden met de betrokken personen.

69. De beantwoording van de vraag of de algemeen-abstracte voorschriften van nationaal recht en de concrete uitdrukking ervan in de statuten van de betrokken vennootschap, in casu met name in artikel 19, een voldoende mate van toezicht waarborgen, vereist een beoordeling van de concrete feiten van het geval. Op grond van de verdeling van bevoegdheden krachtens artikel 234 EG staat dit en de uitlegging van het nationale recht niet aan het Hof, maar aan de nationale rechter.

C — *Voorlopig resultaat*

70. Aan het criterium van toezicht zoals op de eigen diensten, kan in beginsel ook in het geval van gemengd-publieke ondernemingen zijn voldaan. Het staat aan de nationale rechter om de feiten van het hoofdgeding te beoordelen. Hij dient in casu de navolgende omstandigheden in aanmerking te nemen:

— de belangen van de aandeelhouders;

— de omzetting van de „azienda municipalizzata" in een naamloze vennootschap;

— het feit dat de openstelling van de vennootschap voor ander kapitaal niet verplicht was gesteld en ook niet heeft plaatsgevonden;

— de mogelijkheid van AGESP om zelfs in het buitenland filialen op te richten;

— de omvang van de mogelijkheid om invloed uit te oefenen op de benoeming van de raad van bestuur en op het beheer;

— de bevoegdheden van de raad van bestuur van AGESP, alsmede

— de omstandigheid dat de gemeente via AGESP Holding indirect in AGESP deelneemt.

71. Uiteraard zou het Hof in casu — zoals reeds in de zaken Stadt Halle en Parking Brixen is gebeurd — zelf een finale beoordeling van een feitencomplex zoals dat van het hoofdgeding kunnen uitvoeren. Het feit dat de hierboven genoemde omstandigheden grotendeels overeenkomen met die van het arrest Parking Brixen [32], waar nog de indirecte deelneming bij komt, rechtvaardigt – uitgaande van de huidige, door velen als te streng gekwalificeerde rechtspraak — de conclusie dat in de omstandigheden van het hoofdgeding niet aan het eerste criterium, dat wil zeggen een voldoende mate van toezicht zoals op eigen diensten, is voldaan.

72. Mocht het Hof daarentegen van de gelegenheid gebruik maken om zijn bestaande rechtspraak in die zin te verduidelijken, dat op zijn minst bepaalde gemengd-publieke ondernemingen aan het toezichtscriterium kunnen voldoen, en zou dit ook in het hoofdgeding het geval worden geacht, dan zou het Hof tevens — voor de eerste keer — de mogelijkheid hebben om het tweede Teckal-criterium, dat wil zeggen het criterium inzake het merendeel van de activiteiten, te preciseren.

VII — Tweede criterium: merendeel van de werkzaamheden ten behoeve van de aandeelhouder

73. In tegenstelling tot het eerste Teckal-criterium, bestaat er met betrekking tot het tweede Teckal-criterium geen na dit arrest gewezen rechtspraak van het Hof, waarin dit criterium nader wordt gepreciseerd. De onderhavige procedure biedt het Hof thans deze mogelijkheid.

74. Het hoofdgeding betreft bovendien een geval waarin op het eerste niveau, dat wil zeggen tussen de gemeente en AGESP Hol-

32 — Arrest in zaak C-458/03 (aangehaald in voetnoot 7, punt 67).

ding, sprake is van een deelneming van bijna 100 % en op het tweede niveau, dat wil zeggen tussen AGESP Holding en AGESP, van een deelneming van 100 %.

75. Zoals reeds in de zaak Stadt Halle, gaat het in de onderhavige procedure ook om een indirecte deelneming. Bijgevolg moet worden stilgestaan bij de vraag of de activiteit van een „kleindochtermaatschappij" voor haar „grootmoeder" in beginsel aan het tweede Teckal-criterium kan voldoen.

A — *Uitgangsstelling*

76. Aangezien het Hof door zijn uitlegging van het eerste criterium in het arrest Stadt Halle niet behoefde stil te staan bij de uitlegging van het tweede criterium, is het niet meer dan logisch dat ik hier het standpunt herhaal dat ik dienaangaande in de conclusie in de zaak Stadt Halle heb verdedigd.

77. Het in het arrest Teckal geformuleerde tweede criterium inzake het merendeel van de activiteiten, betreft een bepaald minimumaandeel van de totale activiteiten van de onder toezicht staande entiteit. Derhalve moet de omvang worden bepaald van de activiteiten in hun geheel en van het deel daarvan dat wordt verricht ten behoeve van de aandeelhouder in de ruime zin des woords.

78. In dit verband moet er evenwel op worden gewezen, dat uit het feit dat het begrip aandeelhouder niet al te strikt mag worden uitgelegd, niet mag worden geconcludeerd dat daaronder ook activiteiten voor derden vallen die de aandeelhouder anders zelf zou moeten verrichten. Dat betreft in de praktijk in eerste instantie de diensten van algemeen belang en dus de gemeenten, die jegens bepaalde personen verplicht zijn bepaalde diensten te verrichten.

79. Verder moet worden gepreciseerd dat de daadwerkelijke activiteiten doorslaggevend zijn en niet de activiteiten die volgens de wet of de statuten mogen worden verricht of de activiteiten die het onder toezicht staande lichaam moet verrichten. [33]

80. De kernvraag is nu, vanaf welk aandeel aan het tweede Teckal-criterium wordt voldaan. Dienaangaande worden verschillende opvattingen verdedigd, gaande van meer dan 50 % via „in aanzienlijke mate", „overwegend", en „nagenoeg uitsluitend" tot „uitsluitend".

33 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Kokott van 1 maart 2005 in zaak C-458/03 (arrest aangehaald in voetnoot 7, punt 81), hiermee mijn conclusie volgend.

81. Met betrekking tot deze drempel wordt niet enkel een positieve benadering op grond van de omvang van de voor de aandeelhouder verrichte prestaties gehanteerd, maar ook een negatieve. Bij deze laatste wordt uitgegaan van het aandeel van de prestaties dat wordt verricht voor anderen dan de aandeelhouder. Deze opvatting is te vinden in de conclusie van advocaat-generaal Léger in de zaak ARGE. Zijns inziens „is de richtlijn van toepassing wanneer de instelling het merendeel van haar werkzaamheden verricht *ten behoeve van andere* marktdeelnemers of andere lichamen dan die waaruit deze aanbestedende dienst bestaat". [34] Gelet op de positieve benadering in zaak Teckal met betrekking tot het tweede criterium, dient de negatieve benadering hier echter niet te worden gevolgd.

82. In de aangehaalde passage van de conclusie van advocaat-generaal Léger komt echter nog een ander belangrijk aspect ter sprake, dat bij de bepaling van het aandeel in aanmerking moet worden genomen.

83. Zo rijst de vraag of het tweede Teckal-criterium enkel een kwantitatieve benadering toestaat dan wel of ook rekening moet worden gehouden met kwalitatieve factoren. Voor dit laatste pleiten de bewoordingen en de zin van de uitzondering, die ook geen aanwijzing geeft met betrekking tot de vraag hoe de activiteiten moeten worden beoordeeld. Ook de authentieke Italiaanse tekst van deze passage van het arrest Teckal sluit niet uit dat aanvullend of alternatief een kwalitatieve benadering wordt gehanteerd („la parte più importante della propria attività").

84. Verder geeft het arrest in de zaak Teckal ook geen aanwijzing over de vraag hoe het aandeel moet worden berekend. Het is dan ook niet vanzelfsprekend dat alleen de omzet relevant is.

85. Mijns inziens moet de nationale rechter derhalve aan de hand van kwantitatieve en kwalitatieve gegevens onderzoeken of sprake is van „het merendeel van de werkzaamheden".

86. In dit verband zij eraan herinnerd dat conclusies authentiek zijn in de door de advocaat-generaal als oorspronkelijke taal gekozen taalversie. Uitgaande van dit beginsel geeft de conclusie van advocaat-generaal Léger het volgende beeld te zien: enerzijds verwijst hij naar de „quasi-exclusivité" van de diensten (in de Duitse versie vertaald als „sämtliche Dienstleistungen", in de Nederlandse als „praktisch alle diensten"). [35]

34 — Conclusie advocaat-generaal Léger van 15 juni 2000 in zaak C-94/99 (arrest van 7 december 2000, ARGE, Jurispr. blz. I-11037), punt 93 (cursivering van mij).

35 — Conclusie van advocaat-generaal Léger in zaak C-94/99 (aangehaald in voetnoot 34, punt 74).

Anderzijds heeft hij het in overeenstemming met de versie van het tweede Teckal-criterium in de procestaal, het Italiaans, over „en grande partie", in het Duits vertaald als „im Wesentlichen" (en in het Nederlands als „hoofdzakelijk") [36], of „la plus grande partie de leur activité" („den größten Teil ihrer Tätigkeit"; „het merendeel van hun werkzaamheden"). [37]

87. Ter nadere concretisering wordt in de doctrine, maar ook in procedures voor het Hof, het 80 %-criterium van artikel 13 van richtlijn 93/38 genoemd. Als grond daarvoor wordt aangevoerd dat dit criterium „objectief" of „passend" is.

88. Dienaangaande moet worden opgemerkt dat ook een ander vast percentage objectief of passend kan zijn. Zoals enkele betrokkenen tijdens de onderhavige prejudiciële procedure hebben benadrukt, heb ik reeds in mijn conclusie in de zaak Stadt Halle erop gewezen dat de rigiditeit van een vast percentage een passende oplossing net zo goed kan bemoeilijken. Bovendien kan zodoende onmogelijk met andere dan kwantitatieve elementen rekening worden gehouden.

89. Tegen de overdraagbaarheid van het 80 %-criterium pleit in de eerste plaats dat dit een uitzonderingsbepaling is in een richtlijn die enkel voor bepaalde sectoren geldt. De daarin vastgestelde waarde beperkt zich overeenkomstig de wil van de gemeenschapswetgever tot die richtlijn. Ook al kan de grondgedachte in de praktijk ook buiten die sectoren worden toegepast, toch is beslissend dat een dergelijke regeling niet voorkomt in de in casu toepasselijke richtlijn.

90. In de tweede plaats wordt bij de verdediging van de overdraagbaarheid van het 80 %-criterium over het hoofd gezien dat artikel 13 van richtlijn 93/38 enkel voor het verrichten van diensten geldt. Aangezien het om een uitzonderingsbepaling gaat, is zelfs een analoge toepassing op leveringen binnen de sectoren uitgesloten. Pas met de wijziging in het kader van het wetgevingspakket is een uitbreiding tot leveringen tot stand gebracht. [38]

91. In de derde plaats heeft de communautaire wetgever, zelfs bij de wijziging van de richtlijnen in het zogenaamde wetgevingspakket, het 80 %-criterium enkel voor de sectoren gehandhaafd en afgezien van een overdracht naar de zogenaamde klassieke richtlijnen. Ten tijde van genoemde wijziging was het tweede Teckal-criterium evenwel reeds bekend en vormde het het onderwerp

36 — Conclusie van advocaat-generaal Léger in zaak C-94/99 (aangehaald in voetnoot 34, punt 81).

37 — Conclusie van advocaat-generaal Léger in zaak C-94/99 (aangehaald in voetnoot 34, punt 83).

38 — Artikel 23 van richtlijn 2004/17/EG (aangehaald in voetnoot 9).

van discussie tijdens de wetgevingsprocedure.

92. Tegen de toepassing van artikel 13 van richtlijn 93/38 pleit in de vierde plaats ook nog iets anders. Lid 2 van dat artikel verplicht de aanbestedende diensten namelijk om de Commissie desgevraagd bepaalde gegevens mee te delen. Deze bepaling vormt een procedurele compensatie voor de in artikel 13 opgenomen uitzondering. Bij de Teckal-uitzondering heeft het Hof evenwel een andere weg bewandeld.

93. In de vijfde plaats zou de omstandigheid dat het Hof het tweede Teckal-criterium niet in het licht van de hem ongetwijfeld bekende richtlijn 93/38 formuleerde, op zichzelf al tegen de overdraagbaarheid pleiten. Het Hof beperkte zich veeleer tot twee van artikel 13 afwijkende materiële voorwaarden, te weten beide Teckal-criteria. Juist vanwege het ontbreken van een met artikel 13 vergelijkbare procedurele regeling moeten deze voorwaarden evenwel beperkt worden uitgelegd.

94. Samenvattend moet derhalve ervan worden uitgegaan dat het uit richtlijn 93/38 afkomstige 80 %-criterium geen maatstaf bij de beoordeling van het merendeel van de activiteiten vormt. [39]

B — *De ontwikkeling van deze stelling in het licht van de recente rechtspraak*

95. Als voorwaarde voor de toepassing van een uitzondering, moet het criterium inzake het merendeel van de activiteiten eng worden uitgelegd. Het Hof heeft deze opvatting bevestigd in punt 63 van het arrest in de zaak Parking Brixen, waar het verklaarde:

„De twee in het voorgaande punt geformuleerde voorwaarden zijn een uitzondering op de algemene regels van gemeenschapsrecht; zij moeten derhalve eng worden uitgelegd en

39 — Voor de doctrine dienaangaande, die inmiddels tot algemene opvatting is geworden, zie: Meinrad Dreher, „Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaften, In-House-Vergabe, Betreibermodell und Beleihung Privater", *NZBau* 2002, blz. 245 en met name blz. 253; Wolfram Krohn, „Aus' für In-House-Vergabe, Betreibermodell und Beleihung Privater", NZBau, 2005, blz. 92 en met name blz. 95; Opitz, *Zeitschrift für Vergaberecht* 2000, blz. 97 (105); Ulf-Dieter Pape/Henning Holz, „Die Voraussetungen vergabefreier In-House-Geschäfte", *NJW* 2005, blz. 2264 en met name blz. 2265 e.v.); Wolfgang Jaeger, „Verträge kommunaler Körperschaften sowie ihrer eigenen und gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften über Energiebezug und Kartellvergaberecht", in: Büdenbender/Kühne/Baur (red.), *Das neue Energierecht in der Bewährung: Bestandsaufnahme und Perspektiven, Baur-FS*, 2002, blz. 455 en met name blz. 464; Christoph Riese/Andreas van den Eikel, „Neues zum In-House-Geschäft — Das Ende für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen?", *Vergaberecht* 2005, blz. 590 en met name blz. 601; Kurt Welzien, „Avoiding the Procurement Directives in the classical sector", *Public Procurement Law Review* 2005, blz. 237 en met name blz. 249, die terecht erop wijst dat richtlijn 93/38 ook op particuliere ondernemingen van toepassing is; Jan Ziekow/Thorsten Siegel, „Die Vergaberechtspflichtigkeit von Partnerschaften der öffentlichen Hand", *Vergaberecht* 2005, blz. 145 en met name blz. 148, die twijfelt aan de overeenstemming van het 80 %-criterium met het gemeenschapsrecht.

wie zich erop wil beroepen, dient te bewijzen dat de uitzonderlijke omstandigheden die de afwijking rechtvaardigen, daadwerkelijk bestaan."

96. Deze voorschriften moeten ook in de onderhavige zaak in acht worden genomen.

97. Ik blijf bij de opvatting, neergelegd in mijn conclusie in de zaak Stadt Halle, dat bij de beoordeling van „het merendeel van de werkzaamheden" niet alleen kwantitatieve maar ook kwalitatieve [40] elementen in aanmerking moeten worden genomen. [41]

98. Wat de *kwalitatieve* elementen betreft, moet worden nagegaan hoe en ten behoeve van wie het betrokken gecontroleerde lichaam zijn activiteiten uitoefent. Dienaangaande bestaat er een verschil naar gelang er voor de activiteit van het betrokken lichaam eigenlijk wel een markt bestaat, en of dit lichaam een deel van de ten behoeve van anderen dan de toezichthoudende instantie verrichte activiteiten op de markt aanbiedt. [42]

99. Dit mag evenwel niet in die zin worden opgevat, dat er ook van anderen dan overheidsinstanties vraag moet zijn naar de door het betrokken lichaam geleverde prestaties. Het feit dat er voor een goed of een dienst enkel publieke *afnemers* zijn, betekent immers nog niet dat er geen markt bestaat. Er kunnen namelijk ook andere *aanbieders* zijn. Bijgevolg is bij de beoordeling van de kwalitatieve elementen dus niet enkel de betrekking van het aanbiedende lichaam met het toezichthoudende lichaam bepalend, maar ook — geheel in de geest van de mededingingsdoelstelling van het aanbestedingsrecht — zijn marktpositie. Daarmee komt men in de buurt van de gevallen waarin volgens de richtlijnen gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van een opdracht mogelijk is, namelijk wanneer slechts één bepaalde ondernemer de opdracht kan uitvoeren. [43]

40 — Aangehaald door advocaat-generaal Kokott in haar conclusie in zaak C-458/03 (arrest aangehaald in voetnoot 7, punt 83), hiermee mijn eigen conclusie volgend.

41 — Zie in die zin: Marc Gabriel/Bernd Joachimsmeier, Vergaberecht 2005, blz. 103 e.v.; Holger Schröder, „In-House-Vergaben zwischen Beteiligungsunternehmen der öffentlichen Hand?", *NZBau* 2005, blz. 127 e.v.; Kurt Welzien, „Avoiding the procurement rules by awarding contracts to an In-House Entity: The scope of procurement directives in the classical sector", *Public procurement Law Review* 2005, blz. 237 en met name blz. 248.

42 — Dienaangaande zij verwezen naar de wettelijke definitie in artikel 1, lid 8, eerste alinea van richtlijn 2004/18 (aangehaald in voetnoot 38), en in artikel 1, lid 7, eerste alinea van richtlijn 2004/17 (aangehaald in voetnoot 9).
In de richtlijn die in de onderhavige zaak van toepassing is, ontbreekt een definitie die uitdrukkelijk naar de markt verwijst.

43 — Zie artikel 31, lid 1, sub b, van richtlijn 2004/18/EG en artikel 40, lid 3, sub c, van richtlijn 2004/17/EG.

100. Voorts moet de fundamentele vraag worden beantwoord, of het hierbij enkel gaat om de daadwerkelijke activiteit, dan wel of ook moet worden gekeken naar het doel van het lichaam, bijvoorbeeld het in de statuten opgenomen maatschappelijk doel, dus naar alle activiteiten die het lichaam zou mogen uitoefenen. Ofschoon het in het aanbestedingsrecht niet ongebruikelijk is om van het doel van een lichaam uit te gaan, zou een dergelijke benadering de beoordeling van het merendeel van de werkzaamheden evenwel nog moeilijker maken, aangezien met betrekking tot mogelijke — nog niet vaststaande toekomstige — activiteiten geen betrouwbare actuele gegevens kunnen worden verstrekt.

101. Ook is het de vraag of slechts met bepaalde, dan wel met alle activiteiten van een lichaam rekening moet worden gehouden. Zo zou het criterium inzake het merendeel van de activiteiten ook in die zin kunnen worden begrepen, dat enkel het soort activiteiten in aanmerking moet worden genomen dat ook ten behoeve van de toezichthoudende instantie moet worden verricht, dus bijvoorbeeld de levering van energie, waarmee andere door het betrokken lichaam verrichte activiteiten, zoals afvalverwerking, buiten beschouwing blijven en uitsluitend het sectorspecifieke aandeel doorslaggevend is.

102. Mijns inziens pleit evenwel alleen al de omstandigheid dat het gaat om een uitzondering op het regime van de richtlijn, tegen een dergelijke uitlegging van het tweede Teckal-criterium. Een dergelijke zienswijze zou immers tot een uitbreiding van de onder de uitzondering vallende situaties kunnen leiden, wanneer aan het criterium inzake het merendeel van de activiteiten weliswaar met betrekking tot een bepaalde soort activiteiten, maar niet met betrekking tot alle activiteiten van het betrokken lichaam wordt voldaan.

103. Zoals de formulering van het arrest in de zaak Teckal en ook de aan de procedure ten gronde liggende feiten aannemelijk maken, kan bovendien aan het criterium inzake het merendeel van de activiteiten niet alleen worden voldaan doordat de ten behoeve van een aandeelhouder verrichte activiteit hieraan beantwoordt, maar ook door alle voor al de aandeelhouders geleverde prestaties samen te tellen en dit resultaat met het geheel van de verrichte activiteiten te vergelijken.

104. In punt 50 van het arrest in de zaak Teckal heeft het Hof met betrekking tot het tweede criterium ook het meervoud gebruikt en het navolgende verklaard:

„[...] 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."[44]

105. Neemt men deze formulering serieus, dan gaat het dus niet alleen om de aan het toezichthoudende lichaam, dat wil zeggen de gemeente, geleverde prestaties. Ook de aan de andere aandeelhouders geleverde prestaties zouden in aanmerking kunnen worden genomen.

106. Wat het *kwantitatieve* aspect betreft, kan het niet enkel om de omzet gaan. Ook andere bedrijfseconomische indicatoren kunnen zeer wel een rol spelen. Zo kan, zoals in de tweede prejudiciële vraag is uiteengezet, in beginsel ook het uit activiteiten ten behoeve van de aandeelhouders afkomstige aandeel in de totale inkomsten in aanmerking worden genomen. Voor het aandeel in de totale inkomsten geldt echter hetzelfde uitgangspunt als voor het aandeel in de totale omzet, namelijk dat het enkele overtreffen van de andere inkomsten niet volstaat. Beide gevallen hebben — voor alle duidelijkheid — uitsluitend betrekking op het kwantitatieve aspect.

107. Ten slotte heeft het Hof met betrekking tot het criterium inzake het merendeel de activiteiten niet gepreciseerd op welk moment hieraan moet zijn voldaan of welk tijdvak voor de beoordeling bepalend is.

108. Volgens het systeem van de aanbestedingsrichtlijnen zou dat het tijdstip moeten zijn waarop de aanbestedende dienst handelt, dat wil zeggen in casu de opdracht gunt. Wanneer men niet – zoals artikel 13 van richtlijn 93/38 — uitgaat van een langere periode, leidt dit echter tot een momentopname.

109. Aangezien AGESP niet alleen prestaties direct aan de gemeente levert, maar met betrekking tot vele prestaties direct aan derden in de gemeente – zowel ondernemingen als particuliere huishoudens –, rijst verder de vraag of en onder welke omstandigheden ook prestaties die niet rechtstreeks aan de gemeente worden geleverd, als prestaties aan de gemeente, dat wil zeggen aan het toezichthoudende lichaam in de zin van het tweede Teckal-criterium, moeten worden aangemerkt.

110. Hier treedt eens te meer de vaagheid van het tweede Teckal-criterium en de hiermee gepaard gaande rechtsonzekerheid voor de betrokken lichamen aan het licht. In

44 — Cursivering van mij.

het belang van de rechtszekerheid dient derhalve een precisering plaats te vinden.

111. In dit verband is namelijk de vraag opgeworpen, of het van belang is in welk gebied de prestaties worden geleverd. Zou men die zienswijze volgen, dan zouden in het hoofdgeding enkel prestaties in de gemeente meetellen. Een voldoende territoriale band vormt op zijn minst een geschikt criterium voor de toerekening. Dit hangt samen met het feit dat een dergelijke band ook bij de vaststelling van de bevoegdheden van publieke lichamen en in het bijzonder van gemeenten een wezenlijke rol speelt. De opvatting dat enkel prestaties ten behoeve van in de gemeente ingezeten personen moeten worden meegeteld, zou hoe dan ook te beperkt zijn. Omgekeerd zou men evenwel ook die prestaties kunnen laten meewegen die weliswaar buiten de gemeente worden geleverd, maar wel ten goede komen aan personen uit de gemeente, bijvoorbeeld omdat deze prestaties — bijvoorbeeld uit kostenoogpunt — niet door de gemeente zelf worden aangeboden, maar door een lichaam waarin verschillende gemeenten en/of een of meer regio's deelnemen.

112. Voorts moet worden benadrukt dat de vraag, op wiens naam de factuur voor de prestatie wordt uitgeschreven of door wie er voor de prestatie wordt betaald, niet relevant is voor de toerekening. Zo is het juist voor taken van algemeen belang die krachtens concessies worden verricht, kenmerkend dat ten minste een deel van de vergoeding afkomstig is van de gebruikers van de voorziening. Hierbij kan in het bijzonder worden gedacht aan de in de richtlijnen opgenomen concessies voor de aanleg van autowegen, waarvoor tol verschuldigd is. Wat de gemeenten betreft, komt met name groot belang toe aan vervoersdiensten, energievoorziening, afvalverwerking, alsmede de bouw en eventueel ook het beheer van onderwijs- of vrijetijdsvoorzieningen of van parkeerplaatsen. In die gevallen zou evenwel eerst moeten worden nagegaan, of er niet sprake is van een concessie voor het verrichten van diensten, waarop het regime van de richtlijn reeds om die reden niet van toepassing is.

113. Het Hof zou het tweede Teckal-criterium moeten preciseren door de voorwaarden vast te leggen waaronder ook prestaties aan derden in aanmerking worden genomen. In de eerste plaats moet worden gekeken naar de betrekking die tussen de derde en het toezichthoudende lichaam, in casu dus de gemeente, bestaat. Toerekening aan de gemeente is met name in die gevallen aannemelijk, waarin de gemeente ten opzichte van de derde tot een prestatie gehouden is. Het hoeft hierbij niet noodzakelijkerwijs te gaan om een publiekrechtelijke verzorgingsplicht, bijvoorbeeld voortvloeiend uit de toepasselijke regionale wetgeving. Ook privaatrechtelijke verplichtingen, die bijvoorbeeld uit een overeenkomst van particulieren met de gemeente voort-

komen, zouden in aanmerking kunnen worden genomen. Daarenboven zou moeten worden stilgestaan bij het mogelijke belang van contractuele betrekkingen die tussen derden en het presterende lichaam een rol spelen. Ook in dit opzicht dient het erom te gaan dat er naast de daadwerkelijke levering van de prestatie ook nog een juridische band bestaat tussen de gemeente en het presterende lichaam.

115. Samenvattend moet bijgevolg worden geconstateerd dat niet enkel de hoedanigheid van de vragende derde van belang is, maar ook de inhoud van de transactie.

C — *Voorlopig resultaat*

114. De opvatting dat elke prestatie die wordt geleverd aan de bevolking van het betrokken territoriale lichaam, in casu de gemeente, moet worden meegerekend, dient hoe dan ook te worden verworpen. Dan zou immers ook rekening worden gehouden met alle andere leveringen aan particulieren, zonder dat er een relatie met de gemeente bestaat. De vraag om wat voor soort bedrijfsactiviteit het gaat, zou er dan namelijk niet toe doen. Wanneer een onderneming bijvoorbeeld niet alleen energie levert of afval verwerkt, maar ook bepaalde goederen zoals verwarmingstoestellen of afvalcontainers verkoopt, zouden zelfs deze omzetten in aanmerking worden genomen, hoewel het goederen betreft die elke consument ook elders kan verwerven. Een uitlegging die enkel uitgaat van de hoedanigheid van de vragende derde, zou ertoe leiden dat elke levering aan de consument in aanmerking wordt genomen, enkel omdat deze in de gemeente woont.

116. Aan het criterium volgens hetwelk het lichaam waarop toezicht wordt gehouden het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het territoriale lichaam of de territoriale lichamen die zijn aandelen houdt of houden, kan ook in het geval van een gemengd-publieke onderneming en een indirecte deelneming zijn voldaan. In dit verband dienen aan het toezichthoudend lichaam ook bepaalde aan derden geleverde prestaties te worden toegerekend.

117. In de onderhavige zaak dient de nationale rechter te dien einde rekening te houden met een reeks van omstandigheden, waaronder ook de inkomsten die uit activiteiten voor de aandeelhouders voortvloeien, maar niet met het 80 %-criterium van artikel 13 van richtlijn 93/38.

VIII — Conclusie

118. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen als volgt te beantwoorden:

„Richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, moet aldus worden uitgelegd, dat zij zich enkel dan niet verzet tegen de rechtstreekse gunning van een opdracht in een procedure zoals die van het hoofdgeding, wanneer aan de volgende voorwaarden is voldaan:

In de eerste plaats oefent het territoriale lichaam toezicht uit op het andere lichaam zoals op zijn eigen diensten. De nationale rechter dient hierbij de navolgende omstandigheden te onderzoeken:

— de belangen van de aandeelhouders;

— de omzetting van de ‚azienda municipalizzata' in een naamloze vennootschap;

— het feit dat de openstelling van de vennootschap voor ander kapitaal niet verplicht was gesteld en ook niet heeft plaatsgevonden;

— de mogelijkheid van AGESP om zelfs in het buitenland filialen op te richten;

— de omvang van de mogelijkheid om invloed uit te oefenen op de benoeming van de raad van bestuur en op het beheer;

— de bevoegdheden van de raad van bestuur van AGESP, alsmede

— de omstandigheid dat de gemeente via AGESP Holding indirect in AGESP deelneemt.

In de tweede plaats dient dit lichaam tevens het merendeel van zijn werkzaamheden te verrichten ten behoeve van het territoriale lichaam of de territoriale lichamen die zijn aandelen houdt of houden. De nationale rechter moet hierbij rekening houden met de in de punten 76-115 genoemde omstandigheden, waaronder ook de inkomsten die uit activiteiten voor de aandeelhouders voortvloeien, maar niet met het 80 %-criterium van artikel 13 van richtlijn 93/38/EEG."