ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

15 oktober 2009 *

In zaak C-196/08,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door het Tribunale amministrativo regionale della Sicilia (Italië) bij beslissing van 13 maart 2008, ingekomen bij het Hof op 14 mei 2008, in de procedure

Acoset SpA

tegen

Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa,

Provincia Regionale di Ragusa,

Comune di Acate (RG),

* Procestaal: Italiaans.

Comune di Chiaramonte Gulfi (RG),

Comune di Comiso (RG),

Comune di Giarratana (RG),

Comune di Ispica (RG),

Comune di Modica (RG),

Comune di Monterosso Almo (RG),

Comune di Pozzallo (RG),

Comune di Ragusa,

Comune di Santa Croce Camerina (RG),

Comune di Scicli (RG),

Comune di Vittoria (RG),

in tegenwoordigheid van:

Saceccav Depurazioni Sacede SpA,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Derde kamer),

samengesteld als volgt: J. N. Cunha Rodrigues (rapporteur), president van de Tweede kamer, waarnemend voor de president van de Derde kamer, P. Lindh, A. Rosas, U. Lõhmus en A. Ó Caoimh, rechters,

advocaat-generaal: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
griffier: M. Ferreira, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 2 april 2009,

gelet op de opmerkingen van:

— Acoset SpA, vertegenwoordigd door A. Scuderi en G. Bonaventura, avvocati,

— Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa e.a., vertegenwoordigd door N. Gentile, avvocato,

— Comune di Vittoria (RG), vertegenwoordigd door A. Bruno en C. Giurdanella, avvocati,

— de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door R. Adam als gemachtigde, bijgestaan door G. Fiengo, avvocato dello Stato,

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

— de Poolse regering, vertegenwoordigd door M. Dowgielewicz als gemachtigde,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door C. Zadra en D. Kukovec als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 2 juni 2009,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 43 EG, 49 EG en 86 EG.

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Acoset SpA (hierna: „Acoset") en de Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. Ragusa (beraad van burgemeesters en de president van de provincie Ragusa; hierna: „Conferenza") e.a., over de annulering door deze laatste van een aanbesteding voor de selectie van een particuliere minderheidspartner in de gemengde vennootschap waaraan de geïntegreerde waterdienst (servizo idrico integrato) in de provincie Ragusa rechtstreeks wordt gegund.

Toepasselijke bepalingen

Gemeenschapsregeling

Richtlijn 2004/18

3 Artikel 1 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114) bepaalt:

„[…]

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

[…]

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

[…]

4. De ‚concessieovereenkomst voor diensten' is 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.

[…]"

4 Artikel 3 van richtlijn 2004/18 luidt:

„Wanneer een aanbestedende dienst aan een lichaam dat zelf geen aanbestedende dienst is, bijzondere of uitsluitende rechten verleent om openbare diensten te verlenen, wordt in de akte waarbij deze rechten worden verleend, bepaald dat dit lichaam, bij de opdrachten voor leveringen die het in het kader van deze activiteit bij derden plaatst, het beginsel van niet-discriminatie op grond van de nationaliteit moet naleven."

5 Artikel 7 van deze richtlijn bepaalt:

„Deze richtlijn is van toepassing op overheidsopdrachten […] waarvan de geraamde waarde exclusief belasting over de toegevoegde waarde (btw) gelijk is aan of groter dan de volgende drempelbedragen:

[…]

b) 249 000 EUR:

— voor overheidsopdrachten voor leveringen en voor diensten geplaatst door andere aanbestedende diensten dan die welke in bijlage IV zijn vermeld [‚centrale overheidsinstanties’];

[…]”

6 Verordening (EG) nr. 2083/2005 van de Commissie van 19 december 2005 tot wijziging van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad met betrekking tot hun toepassingsdrempels inzake procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten (PB L 333, blz. 28) heeft artikel 7, sub b, van richtlijn 2004/18, in de versie van verordening (EG) nr. 1874/2004 van de Commissie van 28 oktober 2004 (PB L 326, blz. 17) gewijzigd door het bedrag van 236 000 EUR te vervangen door dat van 211 000 EUR voor de periode van 1 januari 2006 tot 1 januari 2007.

7 Overeenkomstig artikel 2 van verordening (EG) nr. 1422/2007 van de Commissie van 4 december 2007 tot wijziging van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft hun toepassingsdrempels inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten (PB L 317, blz. 34) werd dit bedrag per 1 januari 2008 vervangen door 206 000 EUR.

8 Artikel 17 van richtlijn 2004/18 luidt:

„Onverminderd de toepassing van de bepalingen van artikel 3, is deze richtlijn niet van toepassing op concessieovereenkomsten voor diensten als omschreven in artikel 1, lid 4."

9 Artikel 21 van richtlijn 2004/18 bepaalt:

„Voor de plaatsing van opdrachten voor het verlenen van in bijlage II B vermelde diensten zijn alleen artikel 23 en artikel 35, lid 4, van toepassing."

10 De „andere diensten" behalve arbeidsovereenkomsten, overeenkomsten betreffende de aankoop, de ontwikkeling, de productie of de coproductie van programmamateriaal door radio-omroeporganisaties en overeenkomsten betreffende zendtijd, vallen onder bijlage II B, categorie 27, bij deze richtlijn.

Richtlijn 2004/17

11 Artikel 1, leden 2 en 3, van 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 (PB L 134, blz. 1) bepaalt:

„2. […]

b) ‚Opdrachten voor werken' zijn opdrachten die betrekking hebben op de uitvoering dan wel op het ontwerp en de uitvoering van werken in het kader van een van de in bijlage XII vermelde werkzaamheden of van een werk, dan wel op het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet. […] Een ‚werk' is het product van een geheel van bouw- of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen.

c) ‚Opdrachten voor leveringen' zijn andere dan de sub b bedoelde opdrachten, welke betrekking hebben op het kopen, leasen, huren of huurkopen met of zonder koopoptie, van producten.

Een opdracht die betrekking heeft op de levering van producten en in bijkomende orde op de werkzaamheden voor het aanbrengen en installeren, wordt als een ‚opdracht voor leveringen' beschouwd;

d) ‚Opdrachten voor diensten' zijn andere opdrachten dan de opdrachten voor werken of leveringen die betrekking hebben op het verrichten van de in bijlage [XVII] vermelde diensten.

Een opdracht die zowel op producten als op diensten in de zin van bijlage [XVII] betrekking heeft, wordt als een ‚opdracht voor diensten' beschouwd indien de waarde van de desbetreffende diensten hoger is dan die van de in de opdracht opgenomen producten.

Een opdracht die op in de bijlage [XVII] vermelde diensten betrekking heeft en slechts in bijkomende orde ten opzichte van het hoofdvoorwerp van de opdracht in bijlage [XII] vermelde werkzaamheden omvat, wordt als een overheidsopdracht voor diensten beschouwd.

3. a) De ‚concessieovereenkomst voor werken' is een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een opdracht voor werken, met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de uit te voeren werken bestaat hetzij in uitsluitend het recht het werk te exploiteren, hetzij in dit recht, gepaard gaande met een prijs.

b) De ‚concessieovereenkomst voor diensten' is een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een opdracht voor diensten met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de te verrichten diensten bestaat hetzij in uitsluitend het recht de dienst te exploiteren, hetzij in dit recht, gepaard gaande met een prijs."

12 Artikel 4 van richtlijn 2004/17 bepaalt:

„1. Deze richtlijn is van toepassing op de volgende activiteiten:

a) de beschikbaarstelling of exploitatie van vaste netten bestemd voor openbare dienstverlening op het gebied van de productie, het vervoer of de distributie van drinkwater of

b) de drinkwatertoevoer naar deze netten.

[…]”

13 Artikel 9, lid 1, van deze richtlijn bepaalt:

„Een opdracht voor meerdere activiteiten volgt de voorschriften die van toepassing zijn op de activiteit waarvoor de opdracht in de eerste plaats is bestemd.

De keuze tussen één opdracht voor meerdere activiteiten en verschillende afzonderlijke opdrachten mag echter niet ingegeven worden door de wens om de opdracht van het toepassingsgebied van deze richtlijn uit te sluiten, of, in voorkomend geval, van richtlijn 2004/18/EG […]”

14 Artikel 18 van richtlijn 2004/17 bepaalt:

„Deze richtlijn is niet van toepassing op concessieovereenkomsten voor werken of diensten die gesloten worden door aanbestedende diensten die één of meer van de in de artikelen 3 tot en met [7] bedoelde activiteiten uitoefenen indien de concessieovereenkomsten met het oog op de uitoefening van die activiteiten gesloten worden.”

Nationale regeling

15 Artikel 113, lid 5, van decreto legislativo nr. 267 houdende de gecoördineerde tekst van de wetten op de organisatie van de terrritoriale lichamen (testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali) van 18 augustus 2000 (gewoon supplement bij GURI nr. 227 van 28 september 2000), zoals gewijzigd bij decreto legge nr. 269 houdende

spoedmaatregelen ter begunstiging van de ontwikkeling en ter verbetering van de toestand van de openbare financiën (disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici) van 30 september 2003 (gewoon supplement bij GURI nr. 229 van 2 oktober 2003), na wijziging bij legge nr. 326 van 24 november 2003 omgezet in wet (gewoon supplement bij GURI nr. 274 van 25 november 2003; hierna: „decreto legislativo nr. 267/2000"), bepaalt:

„De dienstverrichting [van een plaatselijke openbare dienst door een territoriaal lichaam] geschiedt conform de regels van de sector en met inachtneming van de regels van de Europese Unie, waarbij de dienst wordt gegund aan:

a) kapitaalvennootschappen die door middel van openbare aanbestedingsprocedures zijn geselecteerd;

b) vennootschappen met gemengd openbaar en particulier kapitaal waarin de particuliere aandeelhouder wordt geselecteerd door middel van een openbare aanbestedingsprocedure met inachtneming van de nationale en communautaire mededingingsregels, overeenkomstig de richtsnoeren die door de bevoegde instanties zijn neergelegd in specifieke besluiten of circulaires;

c) vennootschappen waarvan het kapitaal volledig in handen van de overheid is, mits de overheidslichamen die het maatschappelijk kapitaal bezitten, op de vennootschap toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten en deze vennootschap het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die haar beheersen."

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

16 Op 10 juli 2002 hebben de Provincia Regionale di Ragusa (provincie Ragusa) en de in die provincie gelegen gemeenten een samenwerkingsovereenkomst gesloten waarbij de Ambito Territoriali Ottimali (optimaal territoriaal kader; hierna: „ATO") idrico di Ragusa (voor het water van Ragusa), de met de geïntegreerde waterdienst van Ragusa belaste lokale instantie, is opgericht.

17 Op 26 maart 2004 heeft de Conferenza, die het ATO beheert, beslist dat de betrokken dienst zal worden beheerd in de vorm van een „gemengde vennootschap waarin de overheid een meerderheidsdeelneming heeft", als bedoeld in artikel 113, lid 5, sub b, van wetsbesluit nr. 267/2000.

18 Op 7 juni 2005 heeft de Conferenza de conceptoprichtingsakte en de ontwerpstatuten van de op te richten naamloze vennootschap alsook de ontwerpovereenkomst voor het beheer van deze dienst — krachtens artikel 1 waarvan de dienst rechtstreeks en uitsluitend aan de op te richten gemengde vennootschap (beheerder van de geïntegreerde waterdienst) zal worden opgedragen — goedgekeurd.

19 Vervolgens is met name in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* van 8 oktober 2005 (PB S 195) een aankondiging van opdracht voor de selectie van een onderneming als particuliere minderheidsaandeelhouder gepubliceerd, waaraan de exploitatie van de geïntegreerde waterdienst en de uitvoering van de bij het exclusieve beheer van deze dienst horende werken, te weten de werken die onder meer zijn voorzien in het op 15 december 2003 door het burgemeestersberaad goedgekeurde driejarenplan voor de exploitatie, zou worden gegund.

20 Krachtens artikel 1, punt 8, van het bestek zijn „de uit te voeren werken die vermeld zijn in het driejarenplan voor de exploitatie, zoals gewijzigd en/of aangevuld door de offerte, alsmede in het daaropvolgende, in het bestemmingsplan bedoelde informatieve

ontwerp […]" en „moeten voor de gunning van de werken die niet rechtstreeks door de particuliere aandeelhouder worden uitgevoerd, de wettelijke openbare procedures worden toegepast".

21 Aan de aanbesteding namen drie groepen van samenwerkende ondernemingen deel onder leiding van de gemachtigden Saceccav Depurazioni Sacede SpA, Acoset en Aqualia SpA. Het aanbestedingscomité heeft Aqualia SpA uitgesloten en de twee andere toegelaten. Vervolgens heeft de verantwoordelijke van de procedure deze laatsten uitgenodigd om te verklaren of zij nog belangstelling hadden. Alleen Acoset antwoordde bevestigend.

22 Voorts, aldus de verwijzingsbeslissing, heeft de Conferenza, in plaats van akte te nemen van de gunning en de gemengde beheervennootschap op te richten zodat de betrokken dienst van start kon gaan en de communautaire middelen konden worden gebruikt, tijdens de bijeenkomst van 26 februari 2007, uit vrees dat de toegepaste procedure wegens strijd met het gemeenschapsrecht onrechtmatig was, besloten om tot annulering van de procedure voor selectie van Acoset over te gaan. Het uitvoerend secretariaat van het ATO heeft Acoset derhalve bij nota van 28 februari 2007 meegedeeld dat de procedure tot annulering was ingeleid en Acoset heeft bij nota van 26 maart 2007 opmerkingen daaromtrent gemaakt.

23 Op 2 oktober 2007 heeft de Conferenza zich uitgesproken voor annulering van de betrokken aanbestedingsprocedure en beslist dat de geïntegreerde waterdienst van Ragusa zou worden beheerd in de vorm van een consortium. Bij nota van 9 oktober daaraanvolgend is de annulering van de aanbestedingsprocedure aan Acoset meegedeeld.

24 In haar beroep in het hoofdgeding tegen het besluit van 2 oktober 2007 en tegen de daarmee verbonden handelingen verzoekt Acoset om erkenning van een recht op schadeloosstelling in de vorm van de gunning van de opdracht en van een equivalente vergoeding van de als gevolg van de bestreden handelingen geleden schade. Acoset verzoekt in kort geding ook om opschorting van deze handelingen.

25 Volgens Acoset is de rechtstreekse gunning van het beheer van lokale openbare diensten aan gemengde vennootschappen overeenkomstig artikel 113, lid 5, sub b, van decreto legislativo nr. 267/2000, waarbij de particuliere partner via een aanbestedingsprocedure overeenkomstig de communautaire mededingingsregels is gekozen, verenigbaar met het gemeenschapsrecht.

26 Volgens verweersters in het hoofdgeding daarentegen staat het gemeenschapsrecht een dergelijke rechtstreekse gunning zonder offerteaanvraag voor werken en diensten alleen toe aan vennootschappen waarvan de overheid het volledige kapitaal in handen heeft, die hoofdzakelijk werken voor de overheidslichamen die ze controleren en waarop deze overheidslichamen toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten. De participatie — ook een minderheidsparticipatie — van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap waarin ook de betrokken aanbestedende dienst participeert, sluit hoe dan ook uit dat deze dienst op die vennootschap toezicht kan uitoefenen zoals op zijn eigen diensten (zie met name arrest van 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau, C-26/03, Jurispr. blz. I-1).

27 Volgens het verwijzende Tribunale amministrativo regionale della Sicilia is de door Acoset opgeworpen vraag van de verenigbaarheid van de rechtstreekse gunning van de betrokken opdracht met het gemeenschapsrecht relevant en kan het antwoord op deze vraag niet rechtstreeks uit de rechtspraak van het Hof worden afgeleid.

28 Daarop heeft het Tribunale amministrativo regionale della Sicilia de behandeling van de in het hoofdgeding gevraagde opschorting van uitvoering geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Is het model van een vennootschap met gemengd openbaar en particulier kapitaal, die speciaal is opgericht voor de verlening van een bepaalde openbare dienst van industrieel belang en met een enkel statutair doel, waaraan de betrokken dienst rechtstreeks wordt gegund en waarvan de particuliere ‚industriële' en ‚beherende' partner door middel van een openbare procedure wordt geselecteerd, na controle van zowel de financiële en technische vereisten als de eigenlijke operationele en beheersvereisten van de te verlenen dienst en de te leveren specifieke prestaties, in

overeenstemming met het gemeenschapsrecht, met name met de verplichtingen van transparantie en vrije mededinging als bedoeld in de artikelen 43 EG, 49 EG en 86 EG?"

Ontvankelijkheid

29 Volgens de Oostenrijkse regering moet het verzoek om een prejudiciële beslissing niet-ontvankelijk worden verklaard op grond dat de verwijzingsbeslissing onvoldoende inlichtingen over het feitelijk en juridisch kader van het hoofdgeding verstrekt voor een nuttig antwoord van het Hof op de prejudiciële vraag. In het bijzonder ontbreken inlichtingen over het specifieke karakter van de betrokken dienst of diensten, de inhoud van de offerteaanvraag en de aanbestedingsprocedure alsook over bepaalde in de gestelde vraag gebruikte begrippen.

30 Aangaande de gegevens die in het kader van een verzoek om een prejudiciële beslissing aan het Hof moeten worden verstrekt, zij eraan herinnerd dat deze gegevens niet enkel dienen om het Hof in staat te stellen een bruikbaar antwoord te geven, maar daarnaast de regeringen van de lidstaten en de andere belanghebbende partijen de mogelijkheid moeten bieden overeenkomstig artikel 23 van het Statuut van het Hof van Justitie opmerkingen te maken. Volgens vaste rechtspraak is het hiertoe noodzakelijk dat de nationale rechter een omschrijving geeft van het feitelijke en juridische kader waarin de gestelde vraag moet worden geplaatst, of althans de feiten uiteenzet waarop die vraag is gebaseerd. Verder moet de verwijzingsbeslissing de precieze redenen vermelden waarom de nationale rechter twijfelt over de uitlegging van het gemeenschapsrecht en het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof noodzakelijk acht. In deze context is het onontbeerlijk dat de nationale rechter minstens beknopt uiteenzet waarom hij om uitlegging van bepaalde communautaire voorschriften verzoekt en dat hij aangeeft welk verband hij ziet tussen deze bepalingen en de in het hoofdgeding toepasselijke nationale wettelijke regeling (zie met name arrest van 6 maart 2007, Placanica e.a., C-338/04, C-359/04 en C-360/04, Jurispr. blz. I-1891, punt 34).

31 De verwijzingsbeslissing van het Tribunale amministrativo regionale della Sicilia voldoet aan deze vereisten.

32 De nationale rechter vermeldt namelijk de toepasselijke nationale bepalingen en de verwijzingsbeslissing geeft een voor een beslissing van het Hof voldoende, zij het beknopte, beschrijving van de feiten. Bovendien vermeldt hij waarom hij een prejudiciële vraag aan het Hof noodzakelijk acht, daar de standpunten over en weer van partijen in het hoofdgeding over de uitlegging van de in de prejudiciële vraag aan de orde zijnde gemeenschapsbepalingen in detail worden uiteengezet, en het antwoord op die vraag volgens de verwijzende rechter niet duidelijk uit de rechtspraak van het Hof is af te leiden.

33 Voorts stelt de Conferenza dat Acoset geen enkel procesbelang bij een antwoord op de gestelde vraag heeft, daar de in het hoofdgeding aan de orde zijnde procedure voor selectie van de particuliere partner is geannuleerd.

34 Dienaangaande volstaat het op te merken dat artikel 234 EG zorgt voor een rechtstreekse samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties via een procedure buiten ieder initiatief van partijen om, waarin zij alleen om hun opmerkingen worden verzocht over vragen die alleen op initiatief van de nationale rechter worden gesteld (zie in die zin arrest van 9 december 1965, Singer, 44/65, Jurispr. blz. 1191).

35 Derhalve dient de door de verwijzende rechter gestelde vraag te worden onderzocht.

Beantwoording van de prejudiciële vraag

36 Met zijn vraag wil de verwijzende rechter in wezen vernemen of de artikelen 43 EG, 49 EG en 86 EG zich ertegen verzetten dat een openbare dienst als die in het hoofdgeding die bepaalde voorafgaande werkzaamheden vereist, rechtstreeks wordt gegund aan een gemengde publiek-private vennootschap, die speciaal is opgericht voor de verlening van deze dienst en een enkel statutair doel heeft, en waarbij de particuliere partner via een openbare aanbestedingsprocedure wordt geselecteerd na controle van zowel de financiële, technische, operationele en beheersvereisten van de te verlenen dienst als de kenmerken van de offerte gelet op de te leveren prestaties.

37 Om te beginnen dient te worden opgemerkt dat de gunning van een plaatselijke openbare geïntegreerde dienst van waterbeheer als die in het hoofdgeding volgens de specifieke kenmerken van de tegenprestatie van deze dienst kan vallen onder de definitie van het begrip „overheidsopdrachten voor diensten" in de zin van artikel 1, lid 2, sub d, van richtlijn 2004/18, of onder die van het begrip „concessieovereenkomst voor diensten" in de zin van artikel 1, lid 4, van deze richtlijn of, in voorkomend geval, onder de respectieve definitie van deze begrippen in artikel 1, lid 2, sub d, en lid 3, sub b, van richtlijn 2004/17, die overeenkomstig artikel 4, lid 1, sub a, van toepassing is op de beschikbaarstelling of exploitatie van vaste netten bestemd voor openbare dienstverlening op het gebied van de productie, het vervoer of de distributie van drinkwater of de drinkwatertoevoer naar deze netten.

38 Of er sprake is van een „concessieovereenkomst voor diensten" of van een „overheidsopdracht voor diensten", dient uitsluitend op basis van het gemeenschapsrecht te worden beoordeeld (zie met name arrest van 18 juli 2007, Commissie/Italië, C-382/05, Jurispr. blz. I-6657, punt 31).

39 Het verschil tussen een opdracht voor diensten en een concessieovereenkomst voor diensten ligt in de tegenprestatie voor de dienstverlening (zie met name arrest van 10 september 2009, WAZV Gotha, C-206/08, Jurispr. blz. I-8377, punt 51). Een „overheidsopdracht voor diensten" in de zin van de richtlijnen 2004/18 en 2004/17 behelst een tegenprestatie die door de aanbestedende dienst rechtstreeks aan de dienstverrichter wordt betaald (zie met name arrest van 13 oktober 2005, Parking Brixen, C-458/03, Jurispr. blz. I-8585, punt 39). Er is sprake van een concessieovereenkomst voor diensten wanneer de overeengekomen wijze van beloning bestaat in het recht van de dienstverlener om de dienst te exploiteren en deze het aan de exploitatie

van de betrokken diensten verbonden risico draagt (zie met name arrest van 13 november 2008, Commissie/Italië, C-437/07, punten 29 en 31, en arrest WAZV Gotha, reeds aangehaald, punten 59 en 68).

40 De verwijzende rechter verwijst naar de op te richten gemengde vennootschap als „concessiehouder" voor het beheer van de geïntegreerde waterdienst. Volgens het dossier bedraagt de looptijd ervan dertig jaar.

41 Ook volgens de Italiaanse regering gaat het zeer duidelijk om de gunning van een openbare dienst via de dertigjarige concessie met als belangrijkste tegenprestatie de mogelijkheid om de gebruikers het tarief voor het water aan te rekenen dat, aldus de aanbestedingsprocedure, de verleende dienst vergoedt.

42 Het Hof gaat er dus van uit dat het om een concessie gaat.

43 Het Hof heeft erkend dat er onder meer sprake is van een concessieovereenkomst voor diensten wanneer de dienstverrichter wordt vergoed door betalingen van de gebruikers van een openbare parkeerplaats, een openbaarvervoerdienst en een kabeltelevisienet (zie arrest Parking Brixen, reeds aangehaald, punt 40; arresten van 6 april 2006, ANAV, C-410/04, Jurispr. blz. I-3303, punt 16, en 13 november 2008, Coditel Brabant, C-324/07, Jurispr. blz. I-8457, punt 24).

44 Artikel 17 van richtlijn 2004/18 bepaalt dat deze richtlijn, onverminderd de toepassing van de bepalingen van artikel 3, niet van toepassing is op concessieovereenkomsten voor diensten. Zo ook sluit artikel 18 van richtlijn 2004/17 de toepassing ervan uit op concessieovereenkomsten voor diensten die gesloten worden door aanbestedende diensten die één of meer van de in de artikelen 3 tot en met 7 ervan bedoelde activiteiten

uitoefenen indien de concessieovereenkomsten met het oog op de uitoefening van die activiteiten gesloten worden.

45 Voorts staat vast dat de uitvoering van de werkzaamheden die horen bij het uitsluitende beheer van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde geïntegreerde waterdienst bijkomstig is ten opzichte van het primaire voorwerp van de betrokken opdracht bestaande in de verlening van deze dienst, zodat deze niet als „concessieovereenkomst voor openbare werken" kan worden gekwalificeerd (zie in die zin met name arrest van 19 april 1994, Gestión Hotelera Internacional, C-331/92, Jurispr. blz. I-1329, punten 26-28, en artikel 9, lid 1, van richtlijn 2004/17).

46 Hoewel concessieovereenkomsten voor openbare diensten zijn uitgesloten van de werkingssfeer van de richtlijnen 2004/18 en 2004/17, 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 met name arrest ANAV, reeds aangehaald, punt 18).

47 Specifiek op openbaredienstenconcessies toepasselijke verdragsbepalingen zijn met name de artikelen 43 EG en 49 EG (zie in het bijzonder arrest ANAV, reeds aangehaald, punt 19).

48 Naast het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit is eveneens het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers van toepassing op openbaredienstenconcessies, ook wanneer er van discriminatie op grond van nationaliteit geen sprake is (zie met name arrest ANAV, reeds aangehaald, punt 20).

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

gewaarborgd, zodat de dienstenconcessie voor mededinging openstaat en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst (zie met name arrest ANAV, reeds aangehaald, punt 21).

50 Bovendien volgt uit artikel 86, lid 1, EG dat de lidstaten niet een nationale wettelijke regeling kunnen 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 (zie met name arrest ANAV, reeds aangehaald, punt 23).

51 De toepassing van de in de artikelen 12 EG, 43 EG en 49 EG neergelegde regels en van de algemene beginselen waarvan zij de bijzondere uitdrukking vormen, is echter uitgesloten indien de concessieverlenende overheidsinstantie op de concessiehouder toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten en deze concessiehouder het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van de instantie die hem beheerst (zie met name arrest ANAV, reeds aangehaald, punt 24). In dat geval is een oproep tot mededinging niet verplicht, al is de medecontractant een entiteit die rechtens onderscheiden is van de aanbestedende dienst (zie met name arrest van 10 september 2009, Sea, C-573/07, Jurispr. blz. I-8127, punt 36).

52 Deze rechtspraak is zowel relevant voor de uitlegging van de richtlijnen 2004/18 en 2004/17 als voor die van de artikelen 43 EG en 49 EG alsmede van de algemene beginselen waarvan zij de bijzondere uitdrukking vormen (zie met name arrest Sea, reeds aangehaald, punt 37).

53 De participatie — ook een minderheidsparticipatie — van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap waarin ook de betrokken aanbestedende dienst participeert, sluit uit dat deze dienst op die vennootschap toezicht kan uitoefenen zoals op zijn eigen diensten (zie met name arrest Sea, reeds aangehaald, punt 46).

54 Dat is het geval bij de opdracht in het hoofdgeding, waar de particuliere partner moet intekenen op 49 % van het maatschappelijk kapitaal van de gemengde vennootschap die de opdracht wordt gegund.

55 Derhalve is het van belang preciezer vast te stellen of de gunning van de betrokken openbare dienst aan de gemengde vennootschap zonder specifieke oproep tot inschrijving verenigbaar is met het gemeenschapsrecht, nu bij de offerteaanvraag voor de selectie van de particuliere partner die zorgt voor het integrale beheer van de waterdienst, de artikelen 43 EG en 49 EG alsook de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie op grond van nationaliteit en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting in acht zijn genomen.

56 Blijkens de rechtspraak gaat de gunning van een overheidsopdracht aan een gemengde onderneming zonder oproep tot inschrijving in tegen de doelstelling van een vrije en onvervalste mededinging en tegen het beginsel van gelijke behandeling, omdat een dergelijke procedure een particuliere onderneming die deelneemt in het kapitaal van die onderneming, zou bevoordelen tegenover haar concurrenten (arrest Stadt Halle en RPL Lochau, reeds aangehaald, punt 51, en arrest van 10 november 2005, Commissie/Oostenrijk, C-29/04, Jurispr. blz. I-9705, punt 48).

57 Zoals opgemerkt in punt 2.1 van de Interpretatieve mededeling van de Commissie over de toepassing van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten op geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerking (geïnstitutionaliseerde PPS) (PB 2008, C 91, blz. 4) is het feit dat een private entiteit en een aanbestedende dienst samenwerken in het kader van een entiteit met gemengd kapitaal, geen reden om de regels inzake concessieovereenkomsten niet na te leven wanneer aan die private entiteit of de entiteit met gemengd kapitaal een concessieovereenkomst wordt gegund.

58 Zoals de advocaat-generaal in punt 85 van zijn conclusie heeft opgemerkt, valt een dubbele aanbestedingsprocedure evenwel niet goed te rijmen met de beoogde vermindering van procedurele formaliteiten, daar immers bij de oprichting van geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerkingsconstructies als die in het

hoofdgeding, zowel de selectie van de private economische partner als de gunning van de concessie aan de alleen daartoe op te richten gemengde kapitaalonderneming in één procedure wordt geregeld.

59 Het ontbreken van een oproep tot inschrijving in het kader van de gunning van diensten lijkt weliswaar onverenigbaar met de artikelen 43 EG en 49 EG alsook met het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel, maar de selectie van de particuliere partner met inachtneming van de in de punten 46 tot en met 49 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte vereisten en de keuze van de criteria voor de selectie van de particuliere partner kunnen deze situatie verhelpen, daar de gegadigden naast hun capaciteit om aandeelhouder te worden vooral hun technische geschiktheid voor de uitvoering van de dienst en de economische en andere voordelen van hun offerte moeten bewijzen.

60 Aangezien de criteria voor selectie van de particuliere partner niet alleen op de kapitaalinbreng zijn gebaseerd, maar ook op de technische geschiktheid van deze partner en op de kenmerken van zijn offerte gelet op de te verrichten specifieke diensten, en aan deze partner — zoals in het hoofdgeding — de exploitatie van de betrokken dienst en dus het beheer ervan worden toevertrouwd, kan de selectie van de concessiehouder worden geacht indirect voor te vloeien uit die van deze partner, die heeft plaatsgevonden na een procedure waarin de gemeenschapsrechtelijke beginselen in acht zijn genomen, zodat een tweede aanbestedingsprocedure voor de selectie van de concessiehouder ongerechtvaardigd is.

61 Wanneer in een dergelijke situatie een dubbele procedure wordt gehanteerd waarbij eerst de particuliere partner van de gemengde vennootschap wordt geselecteerd en vervolgens de concessie aan deze vennootschap wordt gegund, zal dit wegens de inherente duur van dergelijke procedures en de rechtsonzekerheid over de gunning van de concessie aan de vooraf geselecteerde particuliere partner, de particuliere entiteiten en de overheidsinstanties ontmoedigen om een geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerking als die in het hoofdgeding op te zetten.

62 Er dient te worden gepreciseerd dat een gemengde publiek-private vennootschap als die in het hoofdgeding gedurende de volledige concessieduur hetzelfde statutair doel

moet behouden en dat bij elke wezenlijke wijziging van de overeenkomst een aanbesteding moet worden uitgeschreven (zie in die zin arrest van 19 juni 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, Jurispr. blz. I-4401, punt 34).

63 Gelet op de voorgaande overwegingen dient op de gestelde vraag te worden geantwoord dat de artikelen 43 EG, 49 EG en 86 EG zich er niet tegen verzetten dat een openbare dienst als die in het hoofdgeding die bepaalde voorafgaande werkzaamheden vereist, rechtstreeks wordt gegund aan een gemengde publiek-private vennootschap die speciaal is opgericht voor de verlening van deze dienst en een enkel statutair doel heeft, en waarbij de particuliere partner via een openbare aanbestedingsprocedure wordt geselecteerd na controle van de financiële, technische, operationele en beheersvereisten van de te verlenen dienst en de kenmerken van de offerte gelet op de te leveren prestaties, voor zover de betrokken aanbestedingsprocedure in overeenstemming is met de voor concessies geldende beginselen van vrije mededinging, transparantie en gelijke behandeling van het Verdrag.

Kosten

64 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 (Derde kamer) verklaart voor recht:

De artikelen 43 EG, 49 EG en 86 EG verzetten zich er niet tegen dat een openbare dienst als die in het hoofdgeding die bepaalde voorafgaande werkzaamheden vereist, rechtstreeks wordt gegund aan een gemengde publiek-private vennootschap die speciaal is opgericht voor de verlening van deze dienst en een enkel statutair doel heeft, en waarbij de particuliere partner via een openbare aanbestedingsprocedure wordt geselecteerd na controle van de financiële,

technische, operationele en beheersvereisten van de te verlenen dienst en de kenmerken van de offerte gelet op de te leveren prestaties, voor zover de betrokken aanbestedingsprocedure in overeenstemming is met de voor concessies geldende beginselen van vrije mededinging, transparantie en gelijke behandeling van het EG-Verdrag.

ondertekeningen