BESCHIKKING VAN HET HOF (Negende kamer)

6 februari 2020*

„Prejudiciële verwijzing – Artikel 99 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof – Overheidsopdrachten – Richtlijn 2014/24/EU – Artikel 12, lid 3 – Nationale wettelijke regeling waarin de voorkeur wordt gegeven aan het plaatsen van overheidsopdrachten boven inhouseovereenkomsten – Keuzevrijheid van de lidstaten inzake de wijze van dienstverlening – Grenzen – Nationale wettelijke regeling die een aanbestedende dienst de mogelijkheid ontzegt om in het kapitaal van een orgaan dat in handen is van aanbestedende diensten deelnemingen te verwerven waarmee niet is gewaarborgd dat over dit orgaan toezicht wordt verkregen of dat daarin een blokkerende macht kan worden uitgeoefend”

In de gevoegde zaken C-89/19 tot en met C-91/19,

betreffende drie verzoeken om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) bij beslissingen van 8 november 2018, ingekomen bij het Hof op 5 februari 2019, in de procedures

Rieco SpA

tegen

Comune di Lanciano,

Ecolan SpA (C-89/19),

Comune di Ortona,

Ecolan SpA (C-90/19),

Comune di San Vito Chietino,

Ecolan SpA (C-91/19),

in tegenwoordigheid van:

Comune di Ortona (C-89/19),

Comune di Treglio (C-89/19),

Autorità nazionale anticorruzione (ANAC),

geeft

* Procestaal: Italiaans.

HET HOF (Negende kamer),

samengesteld als volgt: S. Rodin, kamerpresident, D. Šváby (rapporteur) en N. Piçarra, rechters,

advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

gelet op de opmerkingen van:

– Rieco SpA, vertegenwoordigd door T. Marchese, S. Colombari en A. Ranieri, avvocati,

– Ecolan SpA, vertegenwoordigd door M. Zoppolato, avvocato,

– de Comune di Lanciano, vertegenwoordigd door V. Antonucci, avvocato,

– de Estse regering, vertegenwoordigd door N. Grünberg als gemachtigde,

– de Spaanse regering, vertegenwoordigd door S. Jiménez García en M. J. García-Valdecasas Dorrego als gemachtigden,

– de Litouwse regering, vertegenwoordigd door K. Dieninis en R. Butvydytė als gemachtigden,

– de Europese Commissie, vertegenwoordigd door G. Gattinara, P. Ondrůšek en L. Haasbeek als gemachtigden,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om overeenkomstig artikel 99 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof uitspraak te doen bij met redenen omklede beschikking,

de navolgende

Beschikking

1 De verzoeken om een prejudiciële beslissing betreffen de uitlegging van artikel 12, lid 3, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65, met rectificatie in PB 2015, L 184, blz. 31).

2 Deze verzoeken zijn ingediend in het kader van drie gedingen tussen respectievelijk, ten eerste, Rieco SpA enerzijds en de Comune di Lanciano (gemeente Lanciano, Italië) alsmede Ecolan SpA anderzijds, ten tweede, Rieco enerzijds en de Comune di Ortona (gemeente Ortona, Italië) alsmede Ecolan anderzijds en, ten derde, Rieco enerzijds en de Comune di San Vito Chietino (gemeente San Vito Chietino, Italië) alsmede Ecolan anderzijds betreffende de rechtstreekse gunning aan Ecolan van de opdracht inzake het beheer van de stadsreinigingsdienst van deze gemeenten.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

Richtlijn 2014/24

3 De overwegingen 1, 5, 31 en 32 van richtlijn 2014/24 luiden:

„(1) Wanneer door of namens overheden van de lidstaten overheidsopdrachten worden gegund, moeten de beginselen van het [VWEU] worden geëerbiedigd, met name het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, niet-discriminatie, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie. Voor overheidsopdrachten met een waarde boven een bepaald drempelbedrag moeten echter bepalingen worden opgesteld die nationale procedures voor aanbestedingen coördineren om te waarborgen dat deze beginselen in de praktijk worden geëerbiedigd en dat overheidsopdrachten worden opengesteld voor mededinging.

[…]

(5) Er zij op gewezen dat geen enkele bepaling in deze richtlijn de lidstaten verplicht de dienstverlening waarvoor zij zelf zorg wensen te dragen of die zij willen organiseren met andere middelen dan overheidsopdrachten in de zin van deze richtlijn, uit te besteden of te outsourcen. Dienstverlening op grond van wet- of regelgeving of arbeidsovereenkomsten valt niet onder de werkingssfeer. In sommige lidstaten kan dit bijvoorbeeld het geval zijn voor bepaalde administratieve diensten en overheidsdiensten, zoals uitvoerende en wetgevende diensten of het verstrekken van bepaalde diensten aan de gemeenschap, zoals diensten op het gebied van buitenlandse zaken of justitie of verplichte socialezekerheidsdiensten.

[…]

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

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

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

(32) Overheidsopdrachten die worden gegund aan gecontroleerde rechtspersonen, zijn niet aan de bij onderhavige richtlijn vastgestelde procedures onderworpen indien de aanbestedende dienst over die rechtspersoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten, mits de activiteit van de gecontroleerde rechtspersoon voor ten minste 80 % bestaat uit het uitvoeren van taken die hem

zijn opgedragen door de controle uitoefenende aanbestedende dienst of door andere rechtspersonen waarover die aanbestedende dienst controle uitoefent, ongeacht de begunstigde van de uitvoering van de opdracht.

Deze uitzondering geldt niet voor situaties waarin sprake is van directe participatie door een particuliere ondernemer in het kapitaal van de gecontroleerde rechtspersoon. Bij het gunnen van een overheidsopdracht zonder mededingingsprocedure zou de particuliere ondernemer met een deelname in het kapitaal van de gecontroleerde rechtspersoon dan namelijk onrechtmatig voordeel verkrijgen ten opzichte van zijn concurrenten. Gelet op de specifieke kenmerken van overheidsorganen met verplicht lidmaatschap, zoals organisaties die belast zijn met het beheer of de uitvoering van bepaalde openbare diensten, is het bovenstaande niet van toepassing in gevallen waarin de deelname van bepaalde particuliere ondernemingen in het kapitaal van de gecontroleerde rechtspersoon verplicht is gesteld krachtens nationale wet- en regelgeving die in overeenstemming is met de verdragen, mits die deelneming geen controle of blokkerende macht oplevert en geen beslissende invloed uitoefent op de besluiten van de gecontroleerde rechtspersoon. Voorts moet worden verduidelijkt dat alleen de directe participatie van particuliere ondernemingen in het kapitaal van de gecontroleerde rechtspersoon het beslissende element is. Wanneer derhalve sprake is van participatie door particuliere ondernemers in het kapitaal van de controlerende aanbestedende dienst(en), betekent dit niet dat geen overheidsopdrachten kunnen worden gegund aan de gecontroleerde rechtspersoon zonder toepassing van de procedures van deze richtlijn, aangezien die participaties de concurrentie tussen particuliere ondernemingen niet negatief beïnvloeden.

Ook moet worden verduidelijkt dat aanbestedende diensten zoals publiekrechtelijke instellingen, waar sprake kan zijn van participatie van privaat kapitaal, zich moeten kunnen beroepen op de uitzondering wegens horizontale samenwerking. Indien aan alle overige voorwaarden inzake horizontale samenwerking is voldaan, moet de uitzondering wegens horizontale samenwerking bijgevolg ook gelden voor de aanbestedende diensten waarbij de opdracht uitsluitend tussen aanbestedende diensten wordt gegund.”

4 In artikel 12 van deze richtlijn, met het opschrift „Overheidsopdrachten tussen entiteiten in de overheidssector”, wordt het volgende bepaald:

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

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

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

c) er is geen directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon, met uitzondering van geen controlerende of blokkerende macht opleverende vormen van participatie van privékapitaal, vereist krachtens de nationale regelgeving, in overeenstemming met de verdragen, die geen enkele beslissende invloed uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon.

[…]

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

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

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

c) er is geen directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon, met uitzondering van geen controle of blokkerende macht opleverende vormen van participatie van privékapitaal, vereist krachtens de nationale wet- en regelgeving, in overeenstemming met de verdragen, die geen beslissende invloed uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon.

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

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

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

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

[…]”

Italiaans recht

5 Legge n. 221 – Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, recante ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese (wet nr. 221 inzake de omzetting, met wijzigingen, van wetsbesluit nr. 179 van 18 oktober 2012 betreffende nadere spoedeisende maatregelen voor de economische groei van het land) van 17 december 2012 (gewoon supplement bij GURI nr. 294 van 18 december 2012, blz. 1), bepaalt in artikel 34, lid 20:

„Teneinde de eerbiediging van het Europees recht, de gelijkheid tussen ondernemers en een efficiënt beheer te verzekeren en te waarborgen dat de betrokken instanties over passende informatie beschikken, wordt de dienstverleningsovereenkomst voor de lokale overheidsdiensten van economisch belang geplaatst op basis van een daartoe opgesteld rapport dat wordt gepubliceerd op de website van de plaatsende instantie; dit rapport bevat de motivering, de verklaring dat de voorwaarden van het Europees recht omtrent de gekozen plaatsingsvorm zijn vervuld, de precieze inhoud van de openbaredienstverplichtingen en de algemene dienstverleningsverplichtingen, alsook de economische compensatie die in voorkomend geval wordt gegeven.”

6 Decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici (wetsbesluit nr. 50 betreffende het wetboek overheidsopdrachten) van 18 april 2016 (gewoon supplement bij GURI nr. 91 van 19 april 2016; hierna: „wetboek overheidsopdrachten") bepaalt in artikel 5, met het opschrift „Algemene uitsluitingsbeginselen inzake concessies, overheidsopdrachten en overeenkomsten tussen overheidsinstanties en aanbestedende diensten in de overheidssector", leden 4 en 5, het volgende:

„4. Een aanbestedende dienst of instantie kan een overheidsopdracht of een concessie plaatsen zonder het onderhavige wetboek toe te passen indien de voorwaarden van lid 1 [waarin het algemeen kader voor inhouseplaatsingen is vastgelegd] zijn vervuld, ook in het geval van gezamenlijk toezicht.

5. De aanbestedende diensten of instanties oefenen gezamenlijk toezicht op een rechtspersoon uit wanneer aan de volgende voorwaarden is voldaan:

a) de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten of instanties. Individuele vertegenwoordigers kunnen alle of verscheidene deelnemende aanbestedende diensten of instanties vertegenwoordigen;

b) deze aanbestedende diensten of instanties zijn gezamenlijk in staat beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van deze rechtspersoon;

c) de gecontroleerde rechtspersoon streeft geen belangen na die in strijd zijn met die van de controlerende aanbestedende diensten of instanties."

7 Artikel 192 van dit wetboek, met het opschrift „Bijzondere regeling voor inhouseplaatsingen", bepaalt in lid 2:

„Ten behoeve van de inhouseplaatsing van een overeenkomst voor diensten die onder concurrerende marktvoorwaarden beschikbaar zijn, beoordelen de aanbestedende diensten vooraf de economische opportuniteit van het aanbod van de inhouse-instanties in het licht van het doel en de waarde van de dienst, en vermelden zij in de motivering van het plaatsingsbesluit de redenen waarom er geen beroep wordt gedaan op de markt en de maatschappelijke voordelen van de gehanteerde beheerswijze, mede onder verwijzing naar de doelstellingen van universaliteit en maatschappelijke verantwoordelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit van de dienst, alsmede optimaal gebruik van de publieke middelen."

8 Decreto legislativo n. 175 – Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (wetsbesluit nr. 175 betreffende codificatiewetgeving over vennootschappen met overheidsdeelneming) van 19 augustus 2016 (GURI nr. 210 van 8 september 2016; hierna: „wetsbesluit nr. 175/2016") bepaalt in artikel 4, met het opschrift „Doelstellingen die kunnen worden nagestreefd bij de verwerving en het beheer van overheidsdeelnemingen", het volgende:

„1. Overheidsdiensten kunnen noch direct noch indirect vennootschappen oprichten die zich ten doel stellen goederen te produceren of diensten te leveren die niet strikt noodzakelijk zijn voor het verwezenlijken van hun institutionele doelstellingen en kunnen evenmin deelnemingen, zelfs al zijn het minderheidsdeelnemingen, in dergelijke vennootschappen verwerven of aanhouden.

Binnen de in lid 1 vermelde grenzen kunnen overheidsdiensten direct of indirect vennootschappen oprichten of deelnemingen in vennootschappen verwerven of aanhouden met als enige doel de verwezenlijking van de volgende activiteiten:

a) leveren van een dienst van algemeen belang, waaronder het aanleggen en het beheer van dienstverleningsnetwerken en de installaties die voor dergelijke diensten worden gebruikt;

[…]

4. Inhousevennootschappen hebben als uitsluitend maatschappelijke doel een of meer van de in lid 2, onder a) […], bedoelde activiteiten. Behoudens hetgeen in artikel 16 is bepaald, werken deze vennootschappen overwegend met de instanties die hen oprichten, deelnemen aan hun kapitaal of beslissen over plaatsingen."

9 Artikel 16 van dit wetsbesluit, met het opschrift „Inhousevennootschappen", luidt:

„1. Aan inhousevennootschappen worden slechts rechtstreeks overheidsopdrachten gegund door de overheidsdiensten die op hen toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten of door elk van de overheidsdiensten die samen toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten, indien er geen particuliere kapitaaldeelneming plaatsheeft, met uitzondering van deelnemingen die zijn vastgelegd in wettelijke voorschriften en een vorm aannemen die geen toezicht of blokkerende macht inhoudt en evenmin betekent dat er een beslissende invloed op de gecontroleerde vennootschap wordt uitgeoefend.

[…]

7. De in dit artikel bedoelde vennootschappen zijn gehouden om de werken, goederen en diensten te verwerven overeenkomstig de regels van [het wetboek overheidsopdrachten] – onverminderd het bepaalde in de artikelen 5 en 192 [van dit wetboek]."

Hoofdgedingen en prejudiciële vragen

Zaak C-89/19

10 Ecolan is een *inhousevennootschap* die zich bezighoudt met de verwijdering van stedelijk afval en waarvan het kapitaal geheel in handen is van 53 overheidsorganen in de provincie Chieti (Italië), waaronder de gemeente Lanciano, die 21,69 % van dit kapitaal bezit.

11 Rieco heeft als ondernemer met belangstelling voor de opdracht inzake het beheer van de stadsreinigingsdienst van de gemeente Luciano bij de Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo (bestuursrechter in eerste aanleg Abruzzen, Italië) beroep ingesteld tot nietigverklaring van diverse handelingen, waaronder het besluit van de gemeenteraad van Lanciano van 29 mei 2017 (hierna: „bestreden besluit") waarbij de reinigingsdienst, met inbegrip van het beheer van de vuilnisstortplaatsen en de centra voor hergebruik van afval, rechtstreeks is geplaatst bij Ecolan.

12 Rieco beweerde dat de rechtstreekse plaatsing van de opdracht voor de stadsreinigingsdienst van de gemeente Lanciano in strijd was met de voorwaarden voor inhouseplaatsingen of onder de regeling van gezamenlijk toezicht zoals op de eigen diensten.

13 Bij vonnis van 12 januari 2018 heeft de Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo het beroep van Rieco verworpen, waarna deze laatste tegen dat vonnis hoger beroep heeft ingesteld bij de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië).

14 In de eerste plaats voert Rieco aan dat de Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo artikel 192, lid 2, van het wetboek overheidsopdrachten heeft geschonden, door niet te veroordelen dat in het bestreden besluit niet effectief is beoordeeld of het geschikt was om te kiezen voor een inhouseplaatsing en niet voor het plaatsen van een overheidsopdracht met een oproep tot indiening van inschrijvingen, alvorens werd overgegaan tot de rechtstreekse plaatsing van de opdracht in het hoofdgeding.

15 De Consiglio di Stato is op het eerste gezicht van oordeel dat het bestreden besluit in strijd is met artikel 192, lid 2, van het wetboek overheidsopdrachten – dat krachtens artikel 16, lid 7, van wetsbesluit nr. 175/2016 ook van toepassing is op Ecolan – aangezien in dat besluit niet naar behoren is uiteengezet om welke redenen het gerechtvaardigd was tot inhouseplaatsing over te gaan. Artikel 192, lid 2, van het wetboek overheidsopdrachten maakt de inhouseplaatsing van marktdiensten namelijk afhankelijk van de vervulling van een dubbele voorwaarde die niet geldt wanneer dezelfde diensten op andere wijzen worden geplaatst, zoals met name door middel van de oproep tot indiening van inschrijvingen en andere vormen van horizontale samenwerking tussen overheidsinstanties. Ten eerste is de aanbestedende dienst gehouden om toe te lichten welke omstandigheden ertoe hebben geleid dat er niet voor de plaatsing van een overheidsopdracht is gekozen. Deze voorwaarde vloeit eruit voort dat de inhouseplaatsing inmiddels een ondergeschikte en als laatste in aanmerking komende methode is geworden, waartoe slechts kan worden overgegaan op voorwaarde dat om te beginnen wordt aangetoond dat „de relevante markt faalt" omdat het voorzienbaar is dat „de doelstellingen van universaliteit en maatschappelijke verantwoordelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit van de dienst alsmede optimaal gebruik van de publieke middelen" niet zullen worden bereikt, en voorts dat de inhouse-instantie dat falen kan verhelpen. Ten tweede moet de aanbestedende dienst aangeven welke voordelen de inhouseplaatsing oplevert, terwijl dit bij het plaatsen van een overheidsopdracht niet noodzakelijk is.

16 Om het aantal uitzonderingen op de regel dat opdrachten openbaar worden aanbesteed nog verder te beperken, werd de Italiaanse wetgever door een arrest van de Corte costituzionale (grondwettelijk hof, Italië) van 17 november 2010 bovendien in de mogelijkheid gesteld om te voorzien in „ruimere beperkingen op de rechtstreekse plaatsing dan die waarin het recht [van de Unie] voorziet". In een arrest van 20 maart 2013 heeft deze rechterlijke instantie tevens geoordeeld dat de plaatsing door delegatie tussen organen onderling „een uitzondering [vormt] op de algemene regel van gunning aan derden door middel van plaatsing van overheidsopdrachten".

17 De Consiglio di Stato betwijfelt of deze restrictieve benadering van inhouseplaatsingen, die in Italië al meer dan tien jaar in zwang is, verenigbaar is met het Unierecht en in het bijzonder met het beginsel van bestuurlijke vrijheid dat is neergelegd in artikel 2 van richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (PB 2014, L 94, blz. 1). De beginselen van vrijheid en zelfbeschikking van overheidslichamen enerzijds en het beginsel van volledige openstelling voor mededinging van procedures voor oproepen tot indiening van inschrijvingen en van concessies anderzijds kunnen in dit verband met elkaar in conflict komen.

18 Indien wordt erkend dat inhouseplaatsing naar haar aard een karakteristieke vorm van insourcen of zelf afhandelen is, vormt deze plaatsing volgens de verwijzende rechter geen als laatste in aanmerking komende uitzondering, maar eenzelfde standaardmogelijkheid als gunning aan derden door middel van plaatsing van overheidsopdrachten met oproepen tot indiening van inschrijvingen. Hieruit volgt dat de plaatsing van een opdracht door middel van een oproep tot indiening van inschrijvingen dus op geen enkele manier op voorhand de voorkeur heeft.

19 De verwijzende rechter is van oordeel dat inhouseplaatsingen in het Unierecht geen ondergeschikte positie innemen ten opzichte van gunning door middel van de plaatsing van overheidsopdrachten. Zij gaan integendeel logisch vooraf aan elke keuze van de overheid voor zelfafhandeling of outsourcing van de onder haar bevoegdheid vallende diensten. Een overheid kan namelijk pas overgaan tot outsourcing om aan goederen, diensten of leveringen te komen wanneer is gebleken dat de interne weg van zelf afhandelen of insourcen niet uitvoerbaar is of dat de toepassing daarvan niet nuttig is.

20 Het beginsel van bestuurlijke vrijheid van de overheid dient derhalve een algemene waarde te hebben, hetgeen uitsluit dat er bepalingen worden vastgesteld waarmee wordt beoogd een van de plaatsingswijzen voor overheidsdiensten van algemeen belang, zoals inhouseplaatsing, een juridisch ondergeschikte rol toe te kennen ten opzichte van de andere.

21 In de tweede plaats voert Rieco aan dat de Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo is voorbijgegaan aan de voorwaarden van Italiaans recht inzake het nemen van participaties in het sociaal kapitaal van Ecolan door overheidsinstellingen die op Ecolan geen toezicht zoals op hun eigen diensten uitoefenen.

22 In dit verband wijst de Consiglio di Stato erop dat de statuten van Ecolan voorzien in twee soorten aandeelhouders, namelijk ten eerste de „besluitvormende aandeelhouders", die op Ecolan een gezamenlijk toezicht zoals op hun eigen diensten uitoefenen en dus rechtstreeks opdrachten bij haar kunnen plaatsen, en ten tweede de „niet-besluitvormende" aandeelhouders, die in het kapitaal van Ecolan deelnemen met het vooruitzicht in de toekomst over te kunnen gaan tot rechtstreekse plaatsingen ten gunste van haar maar dit niet onmiddellijk kunnen doen, en die het tot op heden ontbreekt aan mogelijkheden om door middel van hun beheer of het stellen van een veto de interne werking van Ecolan te beïnvloeden, waardoor zij dus geen gezamenlijk toezicht zoals op hun eigen diensten uitoefenen.

23 Het feit dat Ecolan slechts jegens de besluitvormende aandeelhouders de hoedanigheid van inhouse-instantie heeft, is niet in strijd met het Unierecht. Het gezamenlijk toezicht zoals op de eigen diensten in de zin van artikel 12, lid 3, van richtlijn 2014/24 kan immers niet terzijde worden gesteld vanwege het enkele feit dat de aanbestedende diensten die geen toezicht of blokkerende macht uitoefenen en niet overgaan tot rechtstreekse plaatsingen, deelnemen in het kapitaal van een vennootschap waarin meerdere overheidsdiensten participeren.

24 Volgens de verwijzende rechter moet een niet-besluitvormende aanbestedende dienst later kunnen besluiten om gezamenlijk toezicht zoals op zijn eigen diensten te verwerven en over te gaan tot de rechtstreekse plaatsing van opdrachten voor diensten ten gunste van Ecolan.

25 Deze mogelijkheid lijkt te worden uitgesloten door artikel 4, lid 1, van wetsbesluit nr. 175/2016, aangezien de verkrijging van dat gezamenlijk toezicht en de rechtstreekse plaatsing niet onmiddellijk plaatsvinden, maar slechts in het vooruitzicht worden gesteld.

26 In die omstandigheden heeft de Consiglio di Stato de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Verzet het Unierecht (in het bijzonder het beginsel van bestuurlijke vrijheid van de overheid en het beginsel dat de verschillende wijzen van plaatsing van opdrachten en van beheer van diensten die van belang zijn voor de overheid, in essentie gelijkwaardig zijn) zich tegen een nationale regeling (zoals die van artikel 192, lid 2, van [het wetboek overheidsopdrachten]), die impliceert dat inhouseplaatsingen ten opzichte van plaatsingen via aanbesteding slechts subsidiair en in uitzonderlijke gevallen mogen worden verricht, door (i) dergelijke plaatsingen alleen toe te staan indien is aangetoond dat de relevante markt faalt, en (ii) in elk geval aan de aanbestedende dienst die van plan is een plaatsing onder de regeling interne delegatie te verrichten, te eisen dat hij specifiek aangeeft welke voordelen deze vorm van plaatsing voor de samenleving heeft?

2) Verzet het Unierecht (in het bijzonder artikel 12, lid 3, van richtlijn [2014/24], betreffende inhouseplaatsingen onder de regeling van toezicht zoals op de eigen diensten dat verschillende overheidsdiensten gezamenlijk uitoefenen) zich tegen een nationale regeling (zoals artikel 4, lid 1, van […] wetsbesluit nr. 175/2016) die een overheidsdienst verbiedt in een orgaan waarin meerdere andere overheidsdiensten participeren een participatie te verwerven (die in elk geval niet volstaat om daarover zeggenschap te verwerven of om daarin een vetorecht te kunnen uitoefenen) wanneer deze dienst van plan is om in de toekomst een positie van gezamenlijk toezicht te verwerven en daarmee de mogelijkheid te krijgen rechtstreeks plaatsingen te verrichten bij dat orgaan waarin verschillende overheidsdiensten participeren?"

Zaken C-90/19 en C-91/19

27 Uit de verwijzingsbeslissingen in de zaken C-89/19 tot en met C-91/19 volgt dat de feitelijke en juridische context van de hoofdgedingen in de zaken C-90/19 en C-91/19 overeenkomt met die van het hoofdgeding in zaak C-89/19 en dat de vragen van de verwijzende rechter in de zaken C-90/19 en C-91/19 identiek zijn aan die in zaak C-89/19.

Beantwoording van de prejudiciële vragen

28 Krachtens artikel 99 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof kan het Hof in elke stand van het geding op voorstel van de rechter-rapporteur, de advocaat-generaal gehoord, beslissen om bij met redenen omklede beschikking uitspraak te doen wanneer het antwoord op een prejudiciële vraag duidelijk uit de rechtspraak kan worden afgeleid of wanneer over het antwoord op een dergelijke vraag redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan.

29 Deze bepaling dient in de onderhavige zaken te worden toegepast.

Eerste vraag

30 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of artikel 12, lid 3, van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een nationale regeling die het verrichten van een interne handeling, ook wel „inhousetransactie” genoemd, ervan afhankelijk maakt dat de plaatsing van een overheidsopdracht onmogelijk is en, in ieder geval, dat de aanbestedende dienst aantoont welke voordelen een inhousetransactie voor de samenleving heeft.

31 Zoals het Hof heeft opgemerkt in punt 41 van zijn arrest van 3 oktober 2019, Irgita (C-285/18, EU:C:2019:829; hierna: „arrest Irgita”), heeft richtlijn 2014/24 blijkens overweging 1 ervan tot doel de nationale procedures voor aanbestedingen met een waarde boven een bepaald drempelbedrag te coördineren.

32 Uit punt 43 van het arrest Irgita volgt dat artikel 12, lid 1, van deze richtlijn, dat betrekking heeft op inhousetransacties en gewoon de voorwaarden vaststelt waaraan een aanbestedende dienst moet voldoen wanneer hij een inhousetransactie wenst te sluiten, de lidstaten enkel de bevoegdheid verleent om een dergelijke transactie van de werkingssfeer van richtlijn 2014/24 uit te sluiten.

33 Deze bepaling kan de lidstaten dus niet de vrijheid ontnemen om de voorkeur te geven aan een wijze van dienstverlening, uitvoering van werken of levering van goederen boven een andere. Deze vrijheid impliceert immers een keuze die wordt gemaakt in een fase voorafgaand aan de plaatsing van een opdracht en die dus niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 2014/24 kan vallen (arrest Irgita, punt 44).

34 De vrijheid van de lidstaten om de wijze van dienstverlening te kiezen waarmee de aanbestedende diensten in hun eigen behoeften voorzien, vloeit ook voort uit overweging 5 van richtlijn 2014/24, waarin staat te lezen dat „geen enkele bepaling in deze richtlijn de lidstaten verplicht de dienstverlening waarvoor zij zelf zorg wensen te dragen of die zij willen organiseren met andere middelen dan overheidsopdrachten in de zin van deze richtlijn, uit te besteden of te outsourcen” en waarmee de rechtspraak van het Hof van vóór deze richtlijn wordt vastgelegd (arrest Irgita, punt 45).

35 Net zoals richtlijn 2014/24 de lidstaten niet verplicht om gebruik te maken van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, kan zij hen niet dwingen om gebruik te maken van een inhousetransactie wanneer aan de voorwaarden van artikel 12, lid 1, is voldaan (arrest Irgita, punt 46).

36 Zoals het Hof in punt 47 van het arrest Irgita heeft opgemerkt, komt de aldus aan de lidstaten gelaten vrijheid overigens duidelijker tot uitdrukking in artikel 2, lid 1, van richtlijn 2014/23, dat als volgt luidt:

„In deze richtlijn wordt, in overeenstemming met het nationale recht en het Unierecht, het beginsel van de bestuurlijke vrijheid van nationale, regionale en lokale autoriteiten erkend. Deze autoriteiten zijn vrij te beslissen hoe zij de uitvoering van werken of het verrichten van diensten het best beheren teneinde in het bijzonder een bijzonder hoog niveau van kwaliteit, veiligheid en betaalbaarheid, gelijke behandeling en bevordering van universele toegang en van gebruikersrechten in openbare diensten zeker te stellen.

Deze autoriteiten kunnen kiezen of zij hun taken van openbaar belang uitvoeren hetzij met hun eigen middelen, hetzij in samenwerking met andere autoriteiten, of deze aan ondernemers opdragen."

37 De vrijheid waarover de lidstaten beschikken om te beslissen hoe zij de uitvoering van werken of het verrichten van diensten het best beheren, kan echter niet onbeperkt zijn. Zij moet integendeel worden uitgeoefend met inachtneming van de basisregelingen van het VWEU, met name het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie (arrest Irgita, punt 48).

38 Bijgevolg heeft het Hof in punt 50 van het arrest Irgita geoordeeld dat artikel 12, lid 1, van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan een lidstaat het sluiten van een inhousetransactie afhankelijk stelt van met name de voorwaarde dat met de plaatsing van een overheidsopdracht de kwaliteit, beschikbaarheid of continuïteit van de te verrichten diensten niet kan worden gewaarborgd, mits bij de keuze voor een bepaalde wijze van dienstverlening, die in een fase voorafgaand aan de plaatsing van de overheidsopdracht wordt gemaakt, de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie in acht worden genomen.

39 In het arrest Irgita heeft het Hof artikel 12, lid 1, van richtlijn 2014/24 en niet artikel 12, lid 3, daarvan uitgelegd.

40 Niettemin volgt uit de bewoordingen van deze bepalingen dat het enige verschil tussen artikel 12, lid 1, van richtlijn 2014/24 en artikel 12, lid 3, daarvan is dat in het kader van de eerste bepaling de aanbestedende dienst het toezicht op de inhouse-instantie helemaal alleen uitoefent, terwijl in het kader van de tweede bepaling het toezicht daarop door meerdere aanbestedende diensten gezamenlijk wordt uitgeoefend.

41 In deze omstandigheden betekent de vrijheid van de lidstaten om de wijze van dienstverlening te kiezen waarmee de aanbestedende diensten in hun eigen behoeften voorzien dat zij het verrichten van een inhousetransactie ervan afhankelijk mogen maken dat de plaatsing van een overheidsopdracht onmogelijk is en, in ieder geval, dat de aanbestedende dienst aantoont welke voordelen voor de samenleving specifiek zijn verbonden aan de keuze voor een inhousetransactie.

42 Op de eerste vraag moet derhalve worden geantwoord dat artikel 12, lid 3, van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat het niet in de weg staat aan een nationale regeling die het verrichten van een interne handeling, ook wel „inhousetransactie" genoemd, ervan afhankelijk maakt dat de plaatsing van een overheidsopdracht onmogelijk is en, in ieder geval, dat de aanbestedende dienst aantoont welke voordelen voor de samenleving specifiek zijn verbonden aan de keuze voor een inhousetransactie.

Tweede vraag

43 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of artikel 12, lid 3, van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling die een aanbestedende dienst verbiedt deelnemingen te verwerven in het kapitaal van een instantie waarvan de aandeelhouders andere aanbestedende diensten zijn wanneer met deze deelnemingen niet is gewaarborgd dat over die instantie toezicht wordt verkregen of dat daarin een blokkerende macht kan worden uitgeoefend en deze aanbestedende dienst van plan is om later een positie van gezamenlijk toezicht te verwerven en, derhalve, de mogelijkheid te krijgen rechtstreekse plaatsingen van opdrachten te verrichten bij deze instantie waarin verschillende aanbestedende diensten participeren.

44 Zoals volgt uit de bewoordingen ervan, heeft artikel 12, lid 3, onder a) tot en met c), van richtlijn 2014/24 tot doel om de voorwaarden vast te stellen waaronder een aanbestedende dienst die samen met andere aanbestedende diensten toezicht uitoefent op een privaat- of publiekrechtelijke rechtspersoon in de zin van artikel 12, lid 1, van deze richtlijn, aan die rechtspersoon een overheidsopdracht kan gunnen zonder deze richtlijn toe te passen.

45 Zo wordt aan de in artikel 12, lid 3, van richtlijn 2014/24 bedoelde uitsluiting van de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten overeenkomstig letter a) van deze bepaling de voorwaarde verbonden dat een aanbestedende dienst samen met andere aanbestedende diensten op die rechtspersoon toezicht uitoefent zoals op hun eigen diensten.

46 Hieruit volgt dat artikel 12, lid 3, van richtlijn 2014/24 geen eisen stelt met betrekking tot de voorwaarden waaronder een overheidsdienst deelnemingen verwerft in het kapitaal van een vennootschap waarvan de aandeelhouders andere overheidsdiensten zijn.

47 Op de tweede vraag moet derhalve worden geantwoord dat artikel 12, lid 3, van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een nationale regeling die een aanbestedende dienst verbiedt deelnemingen te verwerven in het kapitaal van een instantie waarvan de aandeelhouders andere aanbestedende diensten zijn wanneer met deze deelnemingen niet is gewaarborgd dat over die instantie toezicht wordt verkregen of dat daarin een blokkerende macht kan worden uitgeoefend en deze aanbestedende dienst van plan is om later een positie van gezamenlijk toezicht te verwerven en, derhalve, de mogelijkheid te krijgen rechtstreekse plaatsingen van opdrachten te verrichten bij deze instantie waarin verschillende aanbestedende diensten participeren.

Kosten

48 Ten aanzien van de partijen in de hoofdgedingen is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende 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 (Negende kamer) verklaart voor recht:

1) **Artikel 12, lid 3, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG moet aldus worden uitgelegd dat het niet in de weg staat aan een nationale regeling die het verrichten van een interne handeling, ook wel „inhousetransactie” genoemd, ervan afhankelijk maakt dat de plaatsing van een overheidsopdracht onmogelijk is en, in ieder geval, dat de aanbestedende dienst aantoont welke voordelen voor de samenleving specifiek zijn verbonden aan de keuze voor een inhousetransactie.**

2) **Artikel 12, lid 3, van richtlijn 2014/24 moet aldus worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een nationale regeling die een aanbestedende dienst verbiedt deelnemingen te verwerven in het kapitaal van een instantie waarvan de aandeelhouders andere aanbestedende diensten zijn wanneer met deze deelnemingen niet is gewaarborgd dat over die instantie toezicht wordt verkregen of dat daarin een blokkerende macht kan worden uitgeoefend en deze aanbestedende dienst van plan is om later een positie van gezamenlijk toezicht te verwerven en, derhalve, de mogelijkheid te krijgen rechtstreekse plaatsingen van opdrachten te verrichten bij deze instantie waarin verschillende aanbestedende diensten participeren.**

ondertekeningen