ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

8 december 2016*

„Prejudiciële verwijzing — Overheidsopdrachten voor diensten — Gunning van de opdracht zonder aanbestedingsprocedure — Zogeheten ‚in house'-gunning — Voorwaarden — Toezicht zoals op de eigen diensten — Verrichting van het merendeel van de werkzaamheden — Opdrachtnemende vennootschap met overheidskapitaal waarvan de aandelen worden gehouden door verscheidene territoriale overheden — Werkzaamheden die mede worden verricht voor niet-deelnemende territoriale overheden — Werkzaamheden, opgelegd door een niet-deelnemende overheidsinstantie"

In zaak C-553/15,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Consiglio di Stato (raad van state, Italië) bij beslissing van 25 juni 2015, ingekomen bij het Hof op 26 oktober 2015, in de procedure

Undis Servizi Srl

tegen

Comune di Sulmona,

in tegenwoordigheid van:

Cogesa SpA,

wijst

HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: T. von Danwitz, kamerpresident, E. Juhász (rapporteur), C. Vajda, K. Jürimäe en C. Lycourgos, rechters,

advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

gelet op de opmerkingen van:

— Undis Servizi Srl, vertegenwoordigd door S. Della Rocca, avvocato,

* Procestaal: Italiaans.

— de Comune di Sulmona, vertegenwoordigd door G. Blandini en M. Fracassi, avvocati,

— Cogesa SpA, vertegenwoordigd door R. Colagrande, avvocato,

— de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door C. Colelli, avvocato dello Stato,

— de Europese Commissie, vertegenwoordigd door G. Conte en A. Tokár als gemachtigden,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van het Unierecht inzake de gunning van een overheidsopdracht zonder aanbestedingsprocedure, de zogeheten „in house-gunning".

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Undis Servizi Srl (hierna: „Undis") en de Commune di Sulmona (gemeente Sulmona, Italië) over de rechtstreekse gunning van een opdracht voor dienstverlening door deze gemeente aan Cogesa SpA.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

3 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 2004, L 134, blz. 114) stelt het regelgevingskader vast dat van toepassing is op de door aanbestedende diensten geplaatste opdrachten.

4 Artikel 1 van die richtlijn, met als opschrift „Definities", bepaalt in lid 2, onder 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."

5 De ten tijde van de feiten van het hoofdgeding geldende Unierechtelijke regeling inzake de plaatsing van overheidsopdrachten voorzag niet in de mogelijkheid om overheidsopdrachten rechtstreeks, zonder gebruik te maken van een aanbestedingsprocedure, te gunnen, de zogeheten „in house"-gunning. Een dergelijke mogelijkheid is echter wel toegestaan door de rechtspraak van het Hof, die op dit punt ook voorwaarden heeft opgesteld.

6 Overeenkomstig die, inmiddels vaste, rechtspraak hoeft een aanbestedende dienst, zoals een territoriale overheid, geen openbare aanbestedingsprocedure te organiseren wanneer is voldaan aan twee voorwaarden, te weten, in de eerste plaats, dat hij op die, rechtens van hem onderscheiden, opdrachtnemende entiteit toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en, in de tweede plaats, dat deze entiteit het merendeel van haar werkzaamheden verricht voor de aanbestedende dienst/diensten die haar aandelen houdt/houden (zie in die zin arrest van 18 november 1999, Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, punt 50).

7 Richtlijn 2004/18 is ingetrokken en vervangen door 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 (PB 2014, L 94, blz. 65). Overeenkomstig artikel 91 van richtlijn 2014/24 is de intrekking van richtlijn 2004/18 van kracht geworden op 18 april 2016.

Italiaans recht

8 Volgens de gegevens in de verwijzingsbeslissing stelt geen enkele bepaling van het Italiaanse recht voorwaarden vast waaraan de rechtstreekse gunning van overheidsopdrachten is onderworpen, aangezien het Italiaanse recht op dit punt naar het Unierecht verwijst.

9 Artikel 30 van decreto legislativo n. 267, Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (Italiaans wetsdecreet nr. 267 houdende de gecoördineerde tekst van de wetten op de organisatie van de lokale overheden), van 18 augustus 2000 (gewoon supplement bij GURI nr. 162 van 28 september 2000), bepaalt:

„1. Teneinde bepaalde taken en diensten gecoördineerd te verrichten, kunnen de lokale overheden onderling daartoe strekkende overeenkomsten sluiten.

2. Deze overeenkomsten moeten de doelstellingen, de duur, de vormen van overleg tussen de overeenkomstsluitende overheden, hun financiële verhoudingen en de wederzijdse verplichtingen en garanties vastleggen.

3. Voor de exploitatie voor bepaalde tijd van een specifieke dienst of voor de uitvoering van een werk kunnen de staat en de regio op hun eigen bevoegdheidsgebieden, na vaststelling van een standaardregeling, voorzien in vormen van bindende overeenkomsten tussen lokale overheden.

[...]"

10 Zoals de verwijzende rechter aangeeft, wordt in artikel 149 bis, lid 1, tweede streepje, van decreto legislativo n. 152 – Norme in materia ambientale (Italiaans wetsdecreet nr. 152 betreffende milieuregels), van 3 april 2006 (gewoon supplement bij GURI nr. 96 van 14 april 2006), bepaald:

„Rechtstreekse gunning kan plaatsvinden ten gunste van vennootschappen die volledig in handen zijn van de overheid, die voldoen aan de door de Europese rechtsorde voor „in house"-gunningen voorgeschreven voorwaarden en waarvan de aandelen in elk geval worden gehouden door lokale overheden binnen het desbetreffende gebied."

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

11 Uit de aan het Hof overgelegde stukken blijkt dat de gemeenteraad van Sulmona de dienstenopdracht betreffende het beheer van de geïntegreerde cyclus van stedelijk afval bij besluit van 30 september 2014 heeft gegund aan Cogesa, een vennootschap waarvan het kapitaal volledig in handen is van de overheid. De aandelen worden gehouden door gemeenten in de Regione Abruzzo (regio Abruzzen, Italië), waaronder de gemeente Sulmona. Laatstgenoemde is houder van 200 aandelen op een totaal van 1 200 aandelen waaruit het kapitaal van deze vennootschap bestaat, dat wil zeggen van een deelneming van ongeveer 16,6 % in dit kapitaal.

12 Op 30 oktober 2014, toen de dienstenovereenkomst met Cogesa dus nog niet was gesloten, hebben de territoriale overheden die deelnemen in Cogesa een overeenkomst gesloten om op deze entiteit gezamenlijk toezicht zoals op hun eigen diensten uit te oefenen (hierna: „overeenkomst van 30 oktober 2014").

13 Bij geïntegreerde milieuvergunning nr. 9/11 heeft de regio Abruzzen aan Cogesa, overeenkomstig de beginselen van zelfverzorging, nabijheid en subsidiariteit, de verplichting opgelegd om het stedelijk afval van bepaalde gemeenten in deze regio die niet deelnemen in deze vennootschap, te behandelen en te recycleren.

14 Undis, een vennootschap die voor de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht in aanmerking wenste te komen, heeft beroep ingesteld bij de Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo (regionale bestuursrechter van de Abruzzen, Italië) tegen het besluit tot gunning van die dienstenopdracht en tegen het besluit tot goedkeuring van de in punt 12 van het onderhavige arrest genoemde, voorgenomen intergemeentelijke overeenkomst. Met een beroep op schending van artikel 2 van het decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Italiaans wetsdecreet nr. 163, houdende instelling van het Wetboek betreffende overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen ter uitvoering van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG) van 12 april 2006 (gewoon supplement bij GURI nr. 100 van 2 mei 2006), alsmede van de artikelen 43, 49 en 86 VWEU, stelde Undis dat niet was voldaan aan de twee voorwaarden waaronder voornoemde dienstenopdracht voorwerp kon zijn van een „in house"-gunning.

15 Meer in het bijzonder betoogde Undis dat niet was voldaan aan de voorwaarde krachtens welke de aanbestedende dienst op die, rechtens van hem onderscheiden, opdrachtnemende entiteit toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten. Immers, de gemeente Sulmona is minderheidsaandeelhouder van Cogesa, de overeenkomst van 30 oktober 2014 is gesloten na het besluit tot gunning van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde dienstenopdrachten, en de statuten van deze vennootschap kenden aan haar vennootschapsorganen een autonome bevoegdheid toe die onverenigbaar is met het begrip „toezicht zoals op de eigen diensten". Undis voegt hieraan toe dat evenmin was voldaan aan de voorwaarde krachtens welke de opdrachtnemende entiteit het merendeel van haar werkzaamheden verricht voor de aanbestedende dienst/diensten die haar aandelen houdt/houden. Volgens Undis bleek uit de balansen van Cogesa over de boekjaren 2011 tot en met 2013 immers dat deze slechts 50 % van het totaal van haar werkzaamheden verrichtte voor de deelnemende territoriale overheden, aangezien de door deze vennootschap ten behoeve van niet-deelnemende gemeenten verrichte werkzaamheden in dit totaal van werkzaamheden moesten worden inbegrepen.

16 De Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo heeft het beroep verworpen. Deze rechter heeft om te beginnen overwogen dat aan de voorwaarde van toezicht zoals op de eigen diensten was voldaan door het sluiten van de overeenkomst van 30 oktober 2014. Hij heeft vervolgens geoordeeld dat aan de voorwaarde betreffende het verrichten van het merendeel van de werkzaamheden eveneens was voldaan, waarbij hij uiteenzette dat, wanneer geen rekening werd gehouden met de door Cogesa ten behoeve van niet-deelnemende gemeenten verrichte werkzaamheden, de voor deelnemende gemeenten verrichte werkzaamheden meer dan 90 % bedroegen van de omzet van deze vennootschap, en het resterende percentage werkzaamheden kon worden aangemerkt als volstrekt marginaal.

17 De Consiglio di Stato (raad van state, Italië), bij wie Undis hoger beroep heeft ingesteld, merkt op dat niettegenstaande het feit dat richtlijn 2014/24 ratione temporis niet van toepassing is op het hoofdgeding, de bepalingen van artikel 12 van deze richtlijn hoe dan ook van belang zijn voor de beslechting van dit geding.

18 Aangaande de voorwaarde betreffende het verrichten van het merendeel van de werkzaamheden, verwijst de Consiglio di Stato naar het arrest van 11 mei 2006, Carbotermo en Consorzio Alisei (C-340/04, EU:C:2006:308, punt 65), waarin het Hof heeft geoordeeld dat „ervan moet worden uitgegaan dat de beslissende omzet die is welke de betrokken onderneming behaalt krachtens gunningsbesluiten van de toezichthoudende instantie, met inbegrip van de omzet die bij de uitvoering van dergelijke besluiten voortvloeit uit het verrichten van werkzaamheden voor gebruikers". In het licht van deze rechtspraak zijn de gunningsbesluiten die in aanmerking moeten worden genomen om na te

gaan of aan deze voorwaarde is voldaan, dus enkel die welke rechtstreeks zijn genomen door de toezichthoudende instantie. Een uitbreiding van het aantal relevante gunningen zou evenwel kunnen voortvloeien uit artikel 12, lid 2, van richtlijn 2014/24.

19 De Consiglio di Stato merkt daarentegen op dat geen enkele bepaling van voornoemde richtlijn aangeeft dat, teneinde te beoordelen of aan de bewuste voorwaarde is voldaan, ook rekening moet worden gehouden met gunningen door niet-deelnemende overheidsinstanties in het geval waarin deze gunningen zijn opgelegd door een maatregel van een eveneens niet-deelnemende hogere overheidsinstantie.

20 Bovendien rijst volgens de Consiglio di Stato de vraag of, teneinde na te gaan of aan de voorwaarde betreffende de verrichting van het merendeel van de werkzaamheden is voldaan, rekening moet worden gehouden met de gunningen die vóór het sluiten van de overeenkomst van 30 oktober 2014 zijn verleend ten gunste van overheidsinstanties die deelnemen in Cogesa. De Consiglio di Stato verwijst in dit verband naar artikel 12, lid 5, tweede alinea, van richtlijn 2014/24.

21 In deze omstandigheden heeft de Consiglio di Stato besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Moet bij het bepalen of een entiteit het merendeel van haar werkzaamheden verricht voor de overheidsinstantie die toezicht op haar uitoefent, ook rekening worden gehouden met werkzaamheden die door een niet-deelnemende overheidsinstantie zijn opgelegd ten behoeve van niet-deelnemende overheidslichamen?

2) Moet bij het bepalen of een entiteit het merendeel van haar werkzaamheden verricht voor de overheidsinstantie die toezicht op haar uitoefent, ook rekening worden gehouden met gunningen die zijn verleend ten gunste van deelnemende overheidslichamen vóórdat het vereiste van een ‚toezicht zoals op de eigen diensten' effectief werd?"

Beantwoording van de prejudiciële vragen

22 Vooraf moet worden vastgesteld dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde feiten, zoals in herinnering gebracht in de punten 11 en 12 van het onderhavige arrest, plaats hebben gevonden vóór het verstrijken – op 18 april 2016 – van de termijn voor omzetting van richtlijn 2014/24 door de lidstaten. Hieruit volgt dat de prejudiciële vragen ratione temporis moeten worden getoetst aan richtlijn 2004/18, zoals deze is uitgelegd door de rechtspraak van het Hof.

23 Bovendien moet worden opgemerkt dat de verwijzende rechter in casu geen enkele precisering verstrekt met betrekking tot de vraag of de waarde van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht al dan niet de drempel voor toepassing van richtlijn 2004/18 overschrijdt. De verwijzingsbeslissing bevat overigens evenmin de nodige informatie om vast te stellen of het gaat om een overheidsopdracht voor diensten of om een concessie van diensten.

24 Het is juist dat de uitzondering op de toepassing van de regels van het Unierecht, wanneer aan de voorwaarden voor „in house"-gunning is voldaan, van toepassing kan zijn zowel in situaties die vallen binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18 als in situaties die daarvan uitgesloten zijn (zie in die zin arrest van 29 november 2012, Econord, C-182/11 en C-183/11, EU:C:2012:758, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Niettemin is in het tweede geval de toepassing van voornoemde uitzondering enkel van belang voor de beslechting van het geding voor zover de desbetreffende opdracht is onderworpen aan de fundamentele regels en de algemene beginselen van het VWEU, hetgeen veronderstelt dat de opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont (zie in die zin arrest van 6 oktober 2016, Tecnoedi Costruzioni, C-318/15, EU:C:2016:747, punt 19 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

25 Gelet op de geest van samenwerking waarop de betrekkingen tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof in het kader van de prejudiciële procedure zijn gebaseerd, heeft het ontbreken van voorafgaande vaststellingen door de verwijzende rechter niet tot gevolg dat het verzoek niet-ontvankelijk is, indien het Hof, gelet op de gegevens in het dossier, desondanks van oordeel is dat het de verwijzende rechter een nuttig antwoord kan geven. Het Hof zal evenwel slechts een antwoord geven indien de verwijzende rechter vaststelt dat aan alle voorwaarden voor toepassing van het Unierecht is voldaan (zie naar analogie arrest van 11 december 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino" e.a., C-113/13, EU:C:2014:2440, punt 48).

26 Het antwoord van het Hof op de door de verwijzende rechter gestelde vragen berust dus op de premisse dat ofwel richtlijn 2004/18 van toepassing is op de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht, ofwel, indien dit niet het geval is, deze opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont, hetgeen aan de verwijzende rechter staat om na te gaan.

Eerste vraag

27 Met deze vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of, bij het bepalen, binnen het kader van de toepassing van de rechtspraak van het Hof inzake de rechtstreekse gunning van overheidsopdrachten – de zogeheten „in house"-gunning –, of de opdrachtnemende entiteit het merendeel van haar werkzaamheden verricht voor de aanbestedende dienst – in casu met name territoriale overheden die deelnemen in deze entiteit en toezicht op haar uitoefenen – tot deze werkzaamheden eveneens die moeten worden gerekend welke door een overheidsinstantie die niet deelneemt in deze entiteit aan laatstgenoemde zijn opgelegd ten behoeve van territoriale overheden die eveneens niet deelnemen in voornoemde entiteit en geen enkel toezicht op haar uitoefenen.

28 Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof impliceert het hoofddoel van de Unierechtelijke regels inzake overheidsopdrachten, te weten het vrije verkeer van producten en diensten en de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten, de verplichting om de in de toepasselijke richtlijnen voorziene regels inzake aanbestedingsprocedures toe te passen wanneer een aanbestedende dienst, zoals een territoriale overheid, voornemens is om met een rechtens onderscheiden entiteit schriftelijk een overeenkomst onder bezwarende titel te sluiten, ongeacht de vraag of deze entiteit zelf een aanbestedende dienst is of niet (zie in die zin arresten van 18 november 1999, Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, punt 51, en 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, punten 44 en 47).

29 Het Hof heeft onderstreept dat elke uitzondering op de toepassing van deze verplichting strikt moet worden uitgelegd (arresten van 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, punt 46, en 8 mei 2014, Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, punt 23).

30 Aangezien een overheidsinstantie haar taken van algemeen belang kan vervullen met haar eigen administratieve, technische en andere middelen, zonder dat zij een beroep hoeft te doen op externe entiteiten die niet tot haar diensten behoren (zie in die zin arrest van 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, punt 48), heeft het Hof de erkenning van de uitzondering voor de zogeheten „in house"-gunningen gerechtvaardigd met het bijzondere interne verband dat in een dergelijk geval bestaat tussen de aanbestedende dienst en de opdrachtnemende entiteit, zelfs indien laatstgenoemde een entiteit is die rechtens onderscheiden is van de aanbestedende dienst (zie in die zin arrest van 8 mei 2014, Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, punt 29). In dergelijke gevallen kan worden geoordeeld dat de aanbestedende dienst in werkelijkheid zijn eigen middelen gebruikt (zie in die zin arrest van 8 mei 2014, Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, punt 25) en dat de opdrachtnemende entiteit nagenoeg deel uitmaakt van de interne diensten van de aanbesteder.

31 Die uitzondering vereist, behalve dat de aanbestedende dienst over de opdrachtnemende entiteit toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten, dat deze entiteit het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten gunste van de aanbestedende dienst/diensten die haar aandelen houdt/houden (zie in die zin arrest van 18 november 1999, Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, punt 50).

32 Derhalve is het onontbeerlijk dat de werkzaamheden van de opdrachtnemende entiteit hoofdzakelijk in dienst staan van de overheidsinstantie(s) die haar aandelen houdt/houden en dat elke andere activiteit slechts marginaal kan zijn. Om uit te maken of dit het geval is, dient de bevoegde rechter alle – zowel kwalitatieve als kwantitatieve – omstandigheden van de zaak in de beschouwing te betrekken. Dienaangaande is de relevante omzet die welke deze entiteit behaalt krachtens gunningsbesluiten van deze toezichthoudende instantie of deze toezichthoudende instanties (zie in die zin arresten van 11 mei 2006, Carbotermo en Consorzio Alisei, C-340/04, EU:C:2006:308, punten 63 en 65, en 17 juli 2008, Commissie/Italië, C-371/05, niet gepubliceerd, EU:C:2008:410, punt 31).

33 Het vereiste dat de desbetreffende persoon het merendeel van zijn werkzaamheden verricht voor de overheidsinstantie(s) die zijn aandelen houdt(houden), heeft tot doel te waarborgen dat richtlijn 2004/18 van toepassing blijft ingeval een onderneming waarop door een of meer overheidsinstanties toezicht wordt gehouden, op de markt werkzaam is en dus met andere ondernemingen kan concurreren. Een onderneming verliest immers niet noodzakelijk haar handelingsvrijheid vanwege het enkele feit dat op de beslissingen die haar aangaan toezicht wordt uitgeoefend door de overheidsinstantie(s) die haar aandelen houdt(houden), indien zij althans een belangrijk deel van haar economische activiteiten voor andere marktdeelnemers kan uitoefenen. Indien deze onderneming daarentegen het merendeel van haar werkzaamheden uitsluitend verricht voor deze overheidsinstantie(s), lijkt het gerechtvaardigd dat de dwingende bepalingen van richtlijn 2004/18, die bedoeld zijn ter bescherming van de mededinging, op deze onderneming niet van toepassing zijn omdat er in dat geval toch geen mededinging meer is (zie naar analogie arrest van 11 mei 2006, Carbotermo en Consorzio Alisei, C-340/04, EU:C:2006:308, punten 60-62).

34 Uit die rechtspraak vloeit voort dat alle werkzaamheden van de opdrachtnemende entiteit die worden verricht voor andere personen dan die welke haar aandelen houden, te weten personen die geen enkele toezichtrelatie hebben met deze entiteit, ook als het om overheidsinstanties gaat, moeten worden geacht te zijn verricht voor derden.

35 Bijgevolg moeten, in het licht van die rechtspraak, in het hoofdgeding de territoriale overheden die niet deelnemen in Cogesa worden aangemerkt als derden. Blijkens de gegevens in de verwijzingsbeslissing bestaat er immers geen enkele toezichtrelatie tussen deze instanties en deze vennootschap, zodat het bijzondere interne verband tussen de aanbestedende dienst en de opdrachtnemende entiteit, dat volgens de rechtspraak van het Hof de uitzondering met betrekking de zogeheten „in house”-gunningen rechtvaardigt, ontbreekt.

36 Derhalve moeten, om na te gaan of Cogesa het merendeel van haar werkzaamheden verricht voor de overheidsinstanties die haar aandelen houden, de werkzaamheden die deze vennootschap verricht voor niet-deelnemende territoriale overheden worden geacht te zijn verricht ten gunste van derden. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of deze werkzaamheden kunnen worden geacht slechts een marginaal karakter te hebben ten opzichte van de werkzaamheden van Cogesa voor de instanties die haar aandelen houden, in de zin van de rechtspraak van het Hof inzake „in house”-gunning.

37 De door de verwijzende rechter genoemde omstandigheid dat de werkzaamheden van Cogesa die worden verricht ten gunste van niet-deelnemende territoriale overheden, zijn opgelegd door een overheidsinstantie die eveneens niet deelneemt, doet aan die conclusie niet af. Hoewel deze overheidsinstantie werkzaamheden heeft opgelegd aan Cogesa, blijkt uit de gegevens in de verwijzingsbeslissing immers dat deze instantie niet deelneemt in deze vennootschap en geen enkel

toezicht daarop uitoefent in de zin van de rechtspraak van het Hof inzake „in house"-gunning. Bij gebreke van elk toezicht door voornoemde overheidsinstantie moeten de door laatstgenoemde aan Cogesa opgelegde werkzaamheden worden geacht te zijn verricht voor derden.

38 Gelet op het voorgaande dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat bij het bepalen of, binnen het kader van de toepassing van de rechtspraak van het Hof inzake de rechtstreekse gunning van overheidsopdrachten, de zogeheten „in house"-gunning, de opdrachtnemende entiteit het merendeel van haar werkzaamheden verricht voor de aanbestedende dienst – met name territoriale overheden die deelnemen in deze entiteit en toezicht op haar uitoefenen –, tot deze werkzaamheden niet die moeten worden gerekend welke door een overheidsinstantie die niet deelneemt in deze entiteit, aan laatstgenoemde zijn opgelegd ten behoeve van territoriale overheden die evenmin deelnemen in voornoemde entiteit en geen enkel toezicht op haar uitoefenen, aangezien die werkzaamheden moeten worden geacht te zijn verricht voor derden.

Tweede vraag

39 Met deze vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of, bij het bepalen of de opdrachtnemende entiteit het merendeel van haar werkzaamheden verricht voor territoriale overheden die deelnemen in deze entiteit en die gezamenlijk toezicht zoals op hun eigen diensten op haar uitoefenen, ook rekening moet worden gehouden met de werkzaamheden die deze entiteit heeft verricht voor deze territoriale overheden voordat een dergelijk gezamenlijk toezicht tot stand kwam.

40 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat, volgens de rechtspraak van het Hof, de nationale rechter, om te beoordelen of is voldaan aan de voorwaarde betreffende de verrichting van het merendeel van de werkzaamheden, alle – zowel kwalitatieve als kwantitatieve – omstandigheden van de zaak in de beschouwing dient te betrekken (zie arrest van 11 mei 2006, Carbotermo en Consorzio Alisei, C-340/04, EU:C:2006:308, punten 63 en 64).

41 In casu volgt uit de gegevens in de verwijzingsbeslissing dat Cogesa reeds werkzaamheden voor de territoriale overheden die haar aandelen houden, heeft verricht vóór de sluiting van de overeenkomst van 30 oktober 2014. Deze werkzaamheden moeten zeker in aanmerking worden genomen wanneer zij nog voortduren op het tijdstip van gunning van een overheidsopdracht. Bovendien kunnen ook de werkzaamheden die zijn afgerond vóór 30 oktober 2014 van belang zijn om te beoordelen of aan de voorwaarde betreffende de verrichting van het merendeel van de werkzaamheden is voldaan. Werkzaamheden uit het verleden kunnen een belangrijke aanwijzing vormen van de werkzaamheden die Cogesa voornemens is te verrichten voor in haar deelnemende territoriale overheden nadat hun toezicht zoals op de eigen diensten tot stand is gekomen.

42 Gelet op het voorgaande moet, bij het bepalen of de opdrachtnemende entiteit het merendeel van haar werkzaamheden verricht voor territoriale overheden die deelnemen in deze entiteit en gezamenlijk toezicht zoals op hun eigen diensten op haar uitoefenen, rekening worden gehouden met alle omstandigheden van de zaak, waartoe de werkzaamheden kunnen behoren die deze opdrachtnemende entiteit voor diezelfde territoriale overheden heeft verricht voordat een dergelijk gezamenlijk toezicht tot stand kwam.

Kosten

43 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding 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 (Vierde kamer) verklaart voor recht:

1) **Om binnen het kader van de toepassing van de rechtspraak van het Hof inzake de rechtstreekse gunning van overheidsopdrachten, de zogeheten „in house”-gunning, te bepalen of de opdrachtnemende entiteit het merendeel van haar werkzaamheden verricht voor de aanbestedende dienst – met name territoriale overheden die deelnemen in deze entiteit en toezicht op haar uitoefenen – moeten tot deze werkzaamheden niet die worden gerekend welke door een overheidsinstantie die niet deelneemt in deze entiteit, aan laatstgenoemde zijn opgelegd ten behoeve van territoriale overheden die evenmin deelnemen in voornoemde entiteit en geen enkel toezicht op haar uitoefenen, aangezien die werkzaamheden moeten worden geacht te zijn verricht voor derden.**

2) **Bij het bepalen of de opdrachtnemende entiteit het merendeel van haar werkzaamheden verricht voor territoriale overheden die in deze entiteit deelnemen en gezamenlijk toezicht zoals op hun eigen diensten op haar uitoefenen, moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden van de zaak, waartoe de werkzaamheden kunnen behoren die deze opdrachtnemende entiteit heeft verricht voor diezelfde territoriale overheden voordat een dergelijk gezamenlijk toezicht tot stand kwam.**

ondertekeningen