CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. SZPUNAR
van 24 februari 2022 [1]

**Zaak C-332/20**

**Roma Multiservizi SpA,**
**Rekeep SpA**
**tegen**
**Roma Capitale,**
**Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato**

[verzoek van de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Overheidsopdrachten – Concessieovereenkomsten – Gunning van het beheer van de geïntegreerde schooldienst aan een gemengde vennootschap – Aanwijzing van de particuliere partner door middel van een aanbestedingsprocedure – Vereiste van deelneming van de particuliere partner in het kapitaal van de gemengde vennootschap van ten minste 30 % – Indirecte deelneming van de aanbestedende dienst in het kapitaal van de particuliere partner”

## I. Inleiding

1. Deze prejudiciële verwijzing biedt het Hof de gelegenheid zijn rechtspraak te verduidelijken met betrekking tot de manier waarop het Unierecht omgaat met geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerking (geïnstitutionaliseerde PPS), die aanbestedende diensten soms gebruiken in plaats van openbare aanbestedingen of „traditionele” concessieovereenkomsten.

2. Hoewel er geen bindende Unierechtelijke bepalingen zijn waarin geïnstitutionaliseerde PPS uitdrukkelijk is geregeld [2], is deze samenwerking door de Europese Commissie gedefinieerd als een vorm van samenwerking tussen publieke en private partijen die een rechtspersoon met zowel openbaar als particulier kapitaal oprichten die overheidsopdrachten of concessieovereenkomsten uitvoert [3], en bestaat daarover rechtspraak van het Hof. Het Hof heeft met name geoordeeld dat het Unierecht zich in het algemeen niet verzet tegen het gebruik van een procedure in het kader

[1] Oorspronkelijke taal: Frans.

[2] Zie voor de verschillende vormen van publiek-private samenwerking, met name de geïnstitutionaliseerde PPS, volgens het Unierecht, Bovis, C., „Chapter 18: Public service partnerships”, *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, in Bovis, C., Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2016, blz. 554 e.v.

[3] Zie groenboek over publiek-private samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten [COM(2004) 327 definitief], punt 54.

van een geïnstitutionaliseerde PPS waarbij enerzijds een particuliere partner wordt geselecteerd en anderzijds een opdracht of concessieovereenkomst wordt gegund aan een op te richten publiek-private entiteit.[4]

3. Het gebrek aan Unierechtelijke bepalingen inzake geïnstitutionaliseerde PPS lijkt aan de basis te liggen van de problemen die in deze prejudiciële verwijzing worden aangekaart en die tot uiting komen in de structuur en de inhoud van deze conclusie. Uit Unierechtelijk oogpunt is de rechtsvraag die in casu is gerezen niet duidelijk gedefinieerd, noch is de context ervan nauwkeurig omschreven.

4. Een gedetailleerd onderzoek van de onderhavige prejudiciële verwijzing heeft mij tot de conclusie gebracht dat de verwijzende rechter met zijn vragen wenst te vernemen of de manier waarop de aanbestedende dienst de particuliere deelneming in de op te richten entiteit met zowel openbaar als particulier kapitaal heeft berekend, om vervolgens een inschrijver uit te sluiten van de aanbestedingsprocedure, verenigbaar is met de richtlijnen 2014/23/EU[5] en/of 2014/24/EU[6].

## II. Toepasselijke bepalingen

### A. Unierecht

#### *1. Richtlijn 2014/23*

5. Artikel 3 van richtlijn 2014/23 luidt:

„1. Aanbestedende diensten en aanbestedende instanties behandelen ondernemers op gelijke wijze zonder te discrimineren, en handelen op transparante en evenredige wijze.

Procedures voor het gunnen van concessies, met inbegrip van de raming van de waarde, worden niet opgezet met het doel deze buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn te houden of bepaalde ondernemers of bepaalde werken, leveringen of diensten onrechtmatig te bevoordelen of te benadelen.

2. Aanbestedende diensten en aanbestedende instanties streven ernaar de transparantie van de gunningsprocedure en van de uitvoering van de overeenkomst te waarborgen, waarbij zij tegelijkertijd voldoen aan artikel 28."

6. Artikel 30, leden 1 en 2, van deze richtlijn luidt als volgt:

„1. De aanbestedende dienst of aanbestedende instantie mag de procedure die tot de keuze van de concessiehouder leidt, naar eigen goeddunken organiseren, mits deze strookt met deze richtlijn.

[4] Zie met name arrest van 15 oktober 2009, Acoset (C-196/08, EU:C:2009:628; hierna: „arrest Acoset").

[5] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (PB 2014, L 94, blz. 1).

[6] Richtlijn 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).

2. De procedure voor de gunning van concessies moet zodanig worden opgesteld dat de in artikel 3 genoemde beginselen worden geëerbiedigd. Met name verstrekt de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie tijdens de procedure voor de gunning van concessies geen informatie op een discriminerende wijze die sommige gegadigden of inschrijvers kan bevoordelen boven andere."

7. Artikel 38, lid 1, van deze richtlijn luidt:

De aanbestedende diensten en aanbestedende instanties gaan na of aan de voorwaarden voor deelneming is voldaan wat betreft de beroepsbekwaamheid, de technische bekwaamheid en de financiële en economische draagkracht van de gegadigden of inschrijvers, op basis van eigen verklaringen en referentie(s) die als bewijs moeten worden overgelegd overeenkomstig de eisen van de concessieaankondiging, welke eisen niet-discriminerend dienen te zijn en in verhouding dienen te staan tot het voorwerp van de concessie. Alle deelnemingsvoorwaarden houden verband met en staan in verhouding tot de noodzaak ervoor te zorgen dat de concessiehouder de concessie kan uitvoeren, rekening houdend met het voorwerp van de concessie en de doelstelling om voor daadwerkelijke concurrentie te zorgen."

### *2. Richtlijn 2014/24*

8. Artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24 luidt:

„Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen op een transparante en proportionele wijze.

Overheidsopdrachten worden niet opgesteld met het doel om deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van de richtlijn of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. De mededinging wordt geacht kunstmatig te zijn beperkt indien de aanbesteding is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen."

9. Artikel 58, lid 1, van deze richtlijn luidt:

„Selectiecriteria kunnen betrekking hebben op:

a) geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen;

b) de economische en financiële draagkracht;

c) de technische en beroepsbekwaamheid.

De aanbestedende diensten mogen alleen de criteria bedoeld in de leden 2, 3 en 4 als voorwaarden voor deelname opleggen aan ondernemers. De aanbestedende diensten beperken eventuele voorwaarden tot die welke kunnen garanderen dat een gegadigde of inschrijver over de juridische en financiële middelen en de technische bekwaamheden en beroepsbekwaamheden beschikt om de te gunnen opdracht uit te voeren. Alle voorwaarden houden verband met en staan in verhouding tot het voorwerp van de overeenkomst."

## B. Italiaans recht

10. In het Italiaanse recht is de regeling inzake gemengde vennootschappen vastgelegd in decreto legislativo n. 175 – Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (wetsbesluit nr. 175 houdende de geconsolideerde tekst betreffende vennootschappen waarin de overheid participeert) van 19 augustus 2016[7], in de versie die van toepassing was ten tijde van het hoofdgeding (hierna: „wetsbesluit nr. 175").

11. Volgens artikel 1 van wetsbesluit nr. 175 heeft dit besluit tot doel een doeltreffend beheer van overheidsdeelnemingen te verzekeren, de mededinging en de markt te beschermen en te bevorderen en de overheidsuitgaven te rationaliseren en terug te dringen. In dit besluit is bepaald dat de overheid voor het beheer van bepaalde activiteiten, zoals bedoeld in artikel 4, kan kiezen tussen een „inhouse" beheer via een vennootschap die volledig in handen is van de overheid en de oprichting van een gemengde vennootschap, waarbij voor dit laatste model gedetailleerde regels worden vastgesteld om het in overeenstemming te brengen met het recht van de Europese Unie.

12. Met betrekking tot de tweede optie bepaalt artikel 17, lid 1, van wetsbesluit nr. 175:

„In gemengde vennootschappen met openbaar en particulier kapitaal mag het partnerschap van de particuliere entiteit niet minder dan 30 % bedragen en de selectie van deze laatste geschiedt op basis van een openbare aanbestedingsprocedure overeenkomstig artikel 5, lid 9, van wetsbesluit nr. 50 van 2016[8] en is tegelijkertijd gericht op de inschrijving op of de aankoop van de deelneming van de vennootschap door de particuliere partner en de gunning van de aanbestedings- of concessieovereenkomst die het exclusieve voorwerp van de activiteit van de gemengde vennootschap vormt."

## III. Feiten in het hoofdgeding

13. Roma Capitale (de stad Rome) heeft in de loop van 2018 een aanbesteding uitgeschreven voor de keuze van de particuliere partner om samen met haar een gemengde vennootschap met openbaar en particulier kapitaal (hierna: „op te richten gemengde vennootschap") op te richten en voor het toevertrouwen aan die vennootschap van de geïntegreerde schooldienst waarvoor de stad Rome bevoegd is en waarvan de waarde op 277 479 616,21 EUR werd geraamd. Volgens de aanbestedingsdocumenten moest de stad Rome 51 % van de aandelen in die vennootschap verwerven, en zou de overige 49 % worden verworven door de particuliere partner, die het volledige operationele risico moest dragen.

14. Er werd een inschrijving ingediend door de groepering bestaande uit de vennootschappen Roma Multiservizi SpA en Rekeep SpA.

7 GURI nr. 210 van 8 september 2016, blz. 1.

8 Decreto legislativo n. 50 – Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonche' per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (wetsbesluit nr. 50 tot uitvoering van richtlijn 2014/23/EU betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, richtlijn 2014/24/EU betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten, en richtlijn 2014/25/EU betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, alsook tot herziening van de geldende wettelijke regeling inzake overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen) van 18 april 2016 (gewoon supplement bij GURI nr. 91 van 19 april 2016).

15. Deze groepering is echter uitgesloten van de lopende procedure bij besluit nr. 435 van 1 maart 2019 (hierna: „besluit tot uitsluiting"), omdat Roma Multiservizi voor 51 % in handen is van de vennootschap AMA SpA, waarvan het kapitaal volledig in handen is van de stad Rome zelf, en omdat de aanvaarding van deze inschrijving ertoe zou leiden dat de stad Rome in de praktijk uiteindelijk een daadwerkelijke deelneming van 73,5 % in de op te richten gemengde vennootschap zou hebben gehad[9], waarmee de in de aanbestedingsdocumenten vastgestelde grens van 51 % zou worden overschreden.

16. Rekeep en Roma Multiservizi hebben dit besluit aangevochten bij de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Lazio, Italië), die hun beroepen heeft verworpen bij twee vonnissen van 18 juni 2019.

17. Rekeep en Roma Multiservizi hebben bij de verwijzende rechter hoger beroep ingesteld tegen deze twee vonnissen.

18. Uit de opmerkingen van deze partijen blijkt dat de stad Rome de uitvoering van de betrokken dienst tijdens de behandeling van hun beroepen na een procedure van gunning via onderhandelingen aan CNS heeft gegund.

## IV. Procedure bij het Hof en prejudiciële vragen

19. In die omstandigheden heeft de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) bij beslissing van 13 februari 2020, ingekomen bij het Hof op 22 juli 2020, de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Is het in overeenstemming met het recht [van de Europese Unie] en de juiste uitlegging van de overwegingen 14 en 32 en de artikelen 12 en 18 van richtlijn [2014/24] en artikel 30 van richtlijn [2014/23], ook onder verwijzing naar artikel 107 VWEU, dat voor de vaststelling van de minimumgrens van 30 % van de deelneming van de particuliere partner in een op te richten gemengde vennootschap met openbaar en particulier kapitaal – een grens die de nationale wetgever ter uitvoering van de in de Unierechtspraak vastgelegde [Unierechtelijke] beginselen passend acht – uitsluitend rekening moet worden gehouden met de formele samenstelling van deze partner, zoals die uit de stukken volgt, of kan dan wel moet de overheidsinstantie die de aanbesteding uitschrijft, rekening houden met haar eigen indirecte deelneming in de aan de aanbestedingsprocedure deelnemende particuliere partner?

2) Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, is het dan verenigbaar en in overeenstemming met de [Unierechtelijke] beginselen, en in het bijzonder met de beginselen van mededinging, evenredigheid en geschiktheid, dat de overheidsinstantie die de aanbesteding uitschrijft de kandidaat-particuliere partner, wiens daadwerkelijke deelneming

[9] Uit de aanbestedingsdocumenten bleek reeds een daadwerkelijke deelneming van 51 %. Volgens die documenten moest de stad Rome 51 % van de aandelen in de op te richten gemengde vennootschap bezitten. Voor het overige (73,5 % – 51 % = 22,5 %) had een daadwerkelijke deelneming van 22,5 % in die vennootschap moeten voortvloeien uit het feit dat de deelneming van Roma Multiservizi in de met Rekeep opgerichte groepering ongeveer 90 % bedroeg. Dat AMA – waarvan het kapitaal volledig in handen is van de stad Rome – 51 % van het kapitaal van Roma Multiservizi zou bezitten, zou derhalve neerkomen op een daadwerkelijke deelneming van de stad Rome in de op te richten gemengde vennootschap van 22,5 % (22,5 % = 49 % × 90 % × 51 %). Rekeep en Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS) geven in hun schriftelijke opmerkingen ook aan dat het de bedoeling was dat die groepering voor 10 % eigendom zou zijn van Rekeep, als mandant, en voor 90 % van Roma Multiservizi, als leidinggevende gevolmachtigde, en dat deze vennootschappen hun aandeel in het kapitaal van de met de stad Rome op te richten gemengde vennootschap zouden storten naar rato van hun belang in de groepering.

aan de gemengde vennootschap met openbaar en particulier kapitaal als gevolg van de vastgestelde directe of indirecte overheidsdeelneming in feite minder dan 30 % bedraagt, van de aanbesteding kan uitsluiten?”

20. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door de partijen in het hoofdgeding, het CNS en de Europese Commissie. Er is geen terechtzitting gehouden.

## V. Analyse

### A. Voorwerp van de prejudiciële vragen

21. Uit het verzoek om een prejudiciële beslissing blijkt dat de verwijzende rechter, gezien de omstandigheden van het hoofdgeding, rekening houdt met twee vereisten ten aanzien van de overheidsdeelneming en de particuliere deelneming in de op te richten gemengde vennootschap.

22. Het eerste vereiste betreft de minimumgrens voor deelneming van 30 % die van de particuliere partner wordt geëist om toe te treden tot het kapitaal van een op te richten gemengde vennootschap met openbaar en particulier kapitaal, overeenkomstig artikel 17, lid 1, van wetsbesluit nr. 175. Deze minimumgrens voor particuliere deelneming betekent logischerwijs dat de maximumgrens voor overheidsdeelneming op 70 % ligt.

23. Het tweede vereiste is het vereiste dat de aanbestedende dienst in casu zelf heeft vastgesteld in de aanbesteding, te weten de deelneming van 49 % voor de particuliere partner en van 51 % voor de aanbestedende dienst.

24. In de twee prejudiciële vragen, zoals geformuleerd door de verwijzende rechter, wordt uitsluitend gerefereerd aan de minimumgrens voor deelneming van 30 % die van de particuliere partner wordt geëist om toe te treden tot het kapitaal van een op te richten gemengde vennootschap. Ik moet er in dat verband op wijzen dat de verwijzende rechter het Hof geen vragen voorlegt over de rechtsgeldigheid van die grens op basis van het Unierecht. De manier waarop deze vragen zijn geformuleerd, doet vermoeden dat de verwijzende rechter wenst te vernemen of het Unierecht zich ertegen verzet dat voor de vaststelling van een dergelijke minimumgrens voor deelneming van 30 % rekening wordt gehouden met de indirecte deelneming van de aanbestedende dienst in het maatschappelijk kapitaal van voornoemde particuliere partner.

25. De toelichting bij het verzoek om een prejudiciële beslissing is echter niet zo duidelijk over het voorwerp van de prejudiciële vragen.

26. Zo geeft de verwijzende rechter in lijn met de formulering van de prejudiciële vragen aan dat voor de beslechting van het hoofdgeding „moet worden bepaald of, om de billijke drempel voor deelname aan de op te richten gemengde vennootschap (niet meer dan 70 % voor de overheidsdeelneming, niet minder dan 30 % voor de particuliere partner) in acht te nemen, uitsluitend rekening moet worden gehouden met de juridische aard van de particuliere partner, of, indien een overheid deelneemt in zijn kapitaal, ook rekening moet worden gehouden met die overheidsdeelneming”.

27. De verwijzende rechter geeft echter ook aan dat de rechtmatigheid van de grenzen voor de overheidsdeelneming (51 %) en de particuliere deelneming (49 %) in het hoofdgeding niet ter discussie is gesteld. Hij is derhalve van mening dat „[dit] geschil de rechtmatigheid betreft van het besluit van de aanbestedende dienst die om te beoordelen of de bovengrens van 51 % voor haar deelneming in de op te richten nieuwe vennootschap werd nageleefd, heeft geoordeeld dat eveneens rekening moest worden gehouden met haar [indirecte deelneming in die vennootschap]".

28. Aangezien het voorwerp van de prejudiciële vragen niet geheel duidelijk is, moet ik ten eerste opmerken dat de verwijzende rechter aangeeft dat de overheidsdeelneming en de particuliere deelneming in de lex specialis van de aanbesteding, waarvan de bepalingen „effect" sorteren in het hoofdgeding, nauwkeurig zijn vastgesteld op respectievelijk 51 % en 49 %.[10] Het lijkt er derhalve op dat de verwijzende rechter in het kader van het hoofdgeding, dat het besluit tot uitsluiting betreft, hoofdzakelijk vragen heeft bij de in de aanbestedingsdocumenten vastgestelde vereisten voor overheidsdeelneming en particuliere deelneming.

29. In de tweede plaats gaven de partijen met betrekking tot de vraag of het besluit tot uitsluiting formeel werd gerechtvaardigd door een inbreuk op artikel 17, lid 1, van wetsbesluit nr. 175, dan wel door niet-naleving van het vereiste inzake de verdeling van het kapitaal zoals vastgesteld in de aanbestedingsdocumenten, grotendeels de voorkeur aan laatstgenoemde hypothese.

30. Roma Multiservizi was op dit punt stellig waar zij heeft geantwoord dat in het besluit tot uitsluiting werd aangevoerd dat de verdeling van het maatschappelijk kapitaal zoals vermeld in de aanbestedingsdocumenten niet was nageleefd.

31. De stad Rome gaf in eerste instantie aan dat de inschrijving van de groepering waarop het besluit tot uitsluiting betrekking had, twee onregelmatigheden bevat met betrekking tot de twee vereisten inzake de overheidsdeelneming en de particuliere deelneming. Vervolgens heeft zij evenwel de gronden voor uitsluiting van deze groepering vermeld, waaruit blijkt dat de uitsluiting berust op de overweging dat „het aandeel van durfkapitaal in [de op te richten gemengde vennootschap] dat kan worden toegerekend aan particuliere investeringen minder dan 49 % zou bedragen en derhalve kennelijk niet zou voldoen aan de voorwaarden in de aanbestedingsdocumenten en in de door de gemeenteraad goedgekeurde handelingen".

32. In overeenstemming met het antwoord van de stad Rome, gaf ook Rekeep aan dat in de motivering van het besluit tot uitsluiting alleen werd verwezen naar de niet-naleving van de in de aanbestedingsdocumenten vastgestelde aandelen in het kapitaal, en zij voegde daaraan toe dat wetsbesluit nr. 175 wordt aangehaald in de inleidende overwegingen van dat besluit.

33. Het antwoord van de Commissie lijkt impliciet in dezelfde richting te gaan. Volgens deze instelling is het duidelijk dat de vaststelling van de particuliere deelneming op 49 % – en de uitsluiting die daaruit voortvloeit – uitsluitend is gebaseerd op de in artikel 17 van wetsbesluit nr. 175 vastgestelde grens. Daaruit leid ik af dat de uitsluiting voor de Commissie rechtstreeks *voortvloeit* uit de niet-naleving van het in de aanbestedingsdocumenten vastgestelde vereiste inzake de particuliere deelneming van 49 %.

[10] Volgens de in het verzoek om een prejudiciële beslissing verstrekte informatie hebben Roma Multiservizi en Rekeep het besluit tot uitsluiting evenzo betwist onder verwijzing naar de schending, de onjuiste toepassing en de ontoelaatbare teleologische uitlegging van wat deze partijen als een lex specialis hebben opgevat.

34. Alleen het CNS is van mening dat het besluit tot uitsluiting zowel berust op de schending van artikel 17, lid 1, van wetsbesluit nr. 175 als op de niet-naleving van het in de aanbestedingsdocumenten vastgestelde vereiste inzake de verdeling van het kapitaal. De passages van het besluit die door het CNS worden aangehaald, hebben echter geen betrekking op de in de aanbestedingsdocumenten vastgestelde vereisten voor overheidsdeelneming en particuliere deelneming.

35. In het licht van deze preciseringen moet worden aangenomen dat de verwijzende rechter met zijn eerste prejudiciële vraag wenst te vernemen of het Unierecht zich ertegen verzet dat voor de vaststelling het percentage van particuliere deelneming in de op te richten gemengde vennootschap, rekening wordt gehouden met de indirecte deelneming van de aanbestedende dienst in het maatschappelijk kapitaal van een kandidaat-particuliere partner.

36. De tweede prejudiciële vraag moet derhalve aldus worden opgevat dat de verwijzende rechter wenst te vernemen of het Unierecht zich ertegen verzet dat een aanbestedende dienst een kandidaat-particuliere partner wiens daadwerkelijke deelneming in een op te richten gemengde vennootschap niet voldoet aan het in de aanbestedingsdocumenten vastgestelde vereiste inzake de minimumgrens voor particuliere deelneming, uitsluit van de aanbesteding.

37. De aldus geherformuleerde vragen behoeven enkele aanvullende opmerkingen van mijn kant.

38. Ten eerste impliceert de oorspronkelijke formulering van de eerste vraag dat de verwijzende rechter wenst te vernemen of het Unierecht zich ertegen verzet dat een aanbestedende dienst niet om het even welke overheidsdeelneming in het kapitaal van de particuliere partner die zich als kandidaat aanmeldt in aanmerking neemt, maar uitsluitend „haar eigen deelneming" in het kapitaal van die partner („kan dan wel moet de overheidsinstantie die de aanbesteding uitschrijft, rekening houden met haar eigen indirecte deelneming in de aan de aanbestedingsprocedure deelnemende particuliere partner"). Meerdere passages van het verzoek om een prejudiciële beslissing staven een dergelijke uitlegging van niet alleen de in de aanbesteding vastgestelde vereisten inzake overheidsdeelneming en particuliere deelneming[11], maar ook, en nog belangrijker in het hoofdgeding, van het besluit tot uitsluiting[12].

39. Voorts blijkt uit de formulering van de eerste prejudiciële vraag dat de verwijzende rechter zich afvraagt of een dergelijke indirecte deelneming „kan dan wel moet" worden meegenomen in de beoordeling. In de zaak in het hoofdgeding staat evenwel vast dat de aanbestedende dienst haar indirecte deelneming in aanmerking heeft genomen. Voor de toetsing van het besluit tot uitsluiting volstaat het te bepalen of het Unierecht zich verzet tegen een dergelijke inaanmerkingneming.

40. De verwijzende rechter merkt voorts op dat de tweede prejudiciële vraag wordt gesteld voor het geval de eerste vraag bevestigend zou worden beantwoord. In haar oorspronkelijke formulering bevat de eerste vraag evenwel twee mogelijkheden („Is het in overeenstemming met [de bepalingen van het Unierecht] dat [...] uitsluitend rekening moet worden gehouden met [de directe deelneming] of kan dan wel moet de [aanbestedende dienst] rekening houden met [de]

[11] De verwijzende rechter geeft met name aan dat de aanbestedende dienst „de deelneming van de stad Rome op 51 % en die van de particuliere partner op 49 % [heeft] vastgesteld" en dat die aanbestedende dienst een aanbesteding heeft uitgeschreven „waarbij de deelneming van de stad Rome op 51 % is vastgesteld".

[12] De verwijzende rechter geeft met name aan dat „de stad Rome uiteindelijk een daadwerkelijke deelneming van 73,5 % in de vennootschap met openbaar en particulier kapitaal zou hebben gehad, waarmee de voor deze aanbesteding vastgestelde grens van 51 % zou worden overschreden" en dat „de deelneming van Roma in de op te richten gemengde vennootschap de vastgestelde grens van 51 % zou hebben overschreden".

indirecte deelneming in de aan de aanbestedingsprocedure deelnemende particuliere partner?"). Hoe dan ook moet worden geoordeeld dat de tweede vraag wordt gesteld voor het geval de eerste vraag aldus wordt beantwoord dat het Unierecht zich er niet tegen verzet dat rekening wordt gehouden met de indirecte deelneming van de aanbestedende dienst in het maatschappelijk kapitaal van de particuliere partner die een inschrijving heeft ingediend.

41. Om de verwijzende rechter een zinvol antwoord te bieden, moet dus worden bepaald welke regeling van toepassing is in het hoofdgeding en welke bepalingen van die regeling moeten worden uitgelegd om hem in staat te stellen het bij hem aanhangige geschil af te doen. Het lijkt er immers niet op dat alle bepalingen die door de verwijzende rechter worden aangehaald in zijn prejudiciële verwijzing relevant zijn. Daarom trekken bepaalde partijen de ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen in twijfel.

## B. Ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen en toepasselijke regeling

42. De verwijzende rechter haalt in zijn eerste vraag meerdere bepalingen van het Unierecht aan, zonder uitdrukkelijk te vermelden waarom hij vragen heeft over de uitlegging ervan. In de tweede vraag worden enkel algemene rechtsbeginselen vermeld, met name de beginselen van mededinging, evenredigheid en geschiktheid, zonder dat wordt verwezen naar enige bepaling van dat recht.

43. Dienaangaande is de Commissie van mening dat de eerste prejudiciële vraag niet-ontvankelijk is voor zover zij betrekking heeft op artikel 107 VWEU, terwijl het CNS de ontvankelijkheid van het gehele verzoek om een prejudiciële beslissing ter discussie stelt.[13] Ik zal deze excepties van niet-ontvankelijkheid onderzoeken in het kader van de analyse van het verzoek om een prejudiciële beslissing waartoe ik overga om te bepalen welke bepalingen van het Unierecht relevant zijn voor de onderhavige zaak.

### *1. Richtlijnen 2014/23 en 2014/24*

44. In de eerste prejudiciële vraag, zoals geformuleerd door de verwijzende rechter, wordt zowel verwezen naar richtlijn 2014/23 als naar richtlijn 2014/24. In deze richtlijnen zijn respectievelijk de regels voor de gunning van concessieovereenkomsten en voor het plaatsen van overheidsopdrachten vastgesteld.

45. Om te bepalen welke richtlijn in casu van toepassing is, moet het voorwerp van de aanbesteding worden onderzocht, alsmede de overeenkomst die de aanbestedende dienst naar aanleiding van die aanbesteding beoogde te sluiten.

46. Het voorwerp van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde aanbesteding is tweeledig, zodat kan worden aangenomen dat de te sluiten overeenkomst uit twee onderdelen bestond, waarvan het eerste betrekking had op de keuze van een particuliere partner binnen een op te richten gemengde vennootschap en het tweede op het toevertrouwen van de geïntegreerde schooldienst aan die vennootschap.

[13] Volgens het CNS verzoekt de verwijzende rechter louter om te toetsen of het nationale recht verenigbaar is met de algemene beginselen van het Unierecht, zonder concreet te vermelden in het licht van welke specifieke bepalingen die verenigbaarheid moet worden onderzocht. Het is van mening dat het gebrek aan relevantie van de prejudiciële vraag bovendien blijkt uit het feit dat het Unierecht geen specifieke bepalingen bevat ten aanzien van de vormen van publiek-private samenwerking.

47. Kan het eerste onderdeel gevolgen hebben voor de toepasselijkheid van richtlijn 2014/23 of richtlijn 2014/24 ten aanzien van de twee onderdelen van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst? De rechtspraak bevat nuttige aanwijzingen om deze vraag te beantwoorden.

### *a) Relevante rechtspraak*

48. In de zaak die tot het arrest Club Hotel Loutraki e.a. [14] heeft geleid, werd een soortgelijke vraag aan het Hof voorgelegd. De prejudiciële verwijzing had betrekking op een opdracht die bestond uit drie overeenkomsten: een overeenkomst betreffende de overdracht van 49 % van de aandelen van een overheidsonderneming met het oog op de privatisering ervan, een overeenkomst waarin de ontvanger met het beheer van een casino werd belast tegen vergoeding en een overeenkomst waarin de ontvanger zich ertoe verbond een plan op te stellen voor de verbetering van de casinopanden.

49. Het Hof heeft bij de beantwoording van die vraag eerst bevestigd dat de verwijzende rechter de overeenkomst terecht als een „gemengde overeenkomst" had aangemerkt [15], en vervolgens onderzocht of de betrokken overeenkomst een ondeelbaar geheel vormde en wegens het hoofdvoorwerp ervan in haar geheel onder een van de bedoelde richtlijnen viel [16]. Daarbij heeft het Hof verwezen naar de rechtspraak die stelt dat „in het geval van een gemengde overeenkomst waarvan de verschillende onderdelen [...] onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden en dus een ondeelbaar geheel vormen, de betrokken transactie voor de juridische kwalificatie ervan in haar geheel als een eenheid moet worden onderzocht en moet worden beoordeeld op basis van de regels die van toepassing zijn op het onderdeel dat het hoofdvoorwerp of het overwegende element van de overeenkomst vormt". [17]

50. Met betrekking tot die rechtspraak heeft het Hof ten eerste opgemerkt dat het een gemengde overeenkomst betrof die een ondeelbaar geheel vormde, aangezien die overeenkomst moest worden gesloten met één enkele partner die tegelijkertijd de nodige financiële draagkracht voor de aankoop van de betrokken aandelen en beroepservaring op het gebied van de exploitatie van een casino bezat. Ten tweede heeft het Hof geoordeeld dat de aankoop van 49 % van de aandelen van een overheidsonderneming het hoofdvoorwerp van de overeenkomst vormde. [18] Deze overweging vloeide voort uit het feit dat de aankoop van de aandelen immers een privatisering vormde en effecten zonder beperking in de tijd sorteerde, waardoor de ontvanger als partner inkomsten zou verkrijgen die veel hoger waren dan zijn vergoeding als dienstverrichter. [19]

51. In het arrest Mehiläinen en Terveystalo Healthcare [20] heeft het Hof op basis van dezelfde rechtspraak [21] een regeling onderzocht waarbij een aanbestedende dienst met een van hem onafhankelijke private entiteit een overeenkomst had gesloten tot oprichting van een gezamenlijke onderneming in de vorm van een naamloze vennootschap en deze aanbestedende dienst zich bij de oprichting van deze gezamenlijke onderneming ertoe verbond om, gedurende een overgangsperiode van vier jaar, de diensten van arbeidsgezondheidszorg en arbeidswelzijn die hij aan zijn werknemers moest aanbieden, bij deze onderneming te betrekken.

14 Arrest van 6 mei 2010 (C-145/08 en C-149/08, EU:C:2010:247; hierna: „arrest Club Hotel Loutraki e.a.").

15 Arrest Club Hotel Loutraki e.a. (punt 46).

16 Arrest Club Hotel Loutraki e.a. (punt 50).

17 Arrest Club Hotel Loutraki e.a. (punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

18 Arrest Club Hotel Loutraki e.a. (punt 57).

19 Arrest Club Hotel Loutraki e.a. (punten 55 en 57).

20 Arrest van 22 december 2010 (C-215/09, EU:C:2010:807; hierna: „arrest Healthcare").

21 Arrest Healthcare (punt 36).

52. In het arrest Healthcare heeft het Hof, net zoals in het arrest Club Hotel Loutraki e.a., bevestigd dat de regeling in kwestie een gemengde overeenkomst vormde. Het Hof heeft evenwel geoordeeld dat de onderdelen van deze regeling niet ondeelbaar waren, aangezien het geen objectieve noodzaak was om de gemengde overeenkomst te sluiten met één enkele partner. Dat het onderdeel met betrekking tot de verlening van diensten scheidbaar was van de overige delen van de gemengde overeenkomst, werd voor het Hof in het bijzonder bevestigd door het gegeven dat de aanbestedende dienst zijn bedoeling te kennen had gegeven om na afloop van de overgangsperiode een aanbestedingsprocedure voor de desbetreffende diensten te organiseren, en door het feit dat de gezamenlijke onderneming daadwerkelijk was opgericht en zonder het onderdeel met betrekking tot de verlening van diensten actief was. [22]

53. In het arrest Acoset heeft het Hof, in het kader van een vraag over de rechtstreekse gunning van een lokale openbare dienst voor geïntegreerd waterbeheer aan een gemengde vennootschap, zelfs niet opgeworpen of de aan de orde zijnde overeenkomst een gemengde overeenkomst was waarvan de verschillende onderdelen onlosmakelijk met elkaar waren verbonden en dus een ondeelbaar geheel vormden. Om te bepalen of deze gunning onder een van de bedoelde richtlijnen viel, heeft het Hof zich toegespitst op de lokale openbare dienst voor geïntegreerd waterbeheer en op de bij het beheer van deze dienst horende werken.

54. Toch mag het arrest Acoset niet aldus worden uitgelegd dat in het geval van een overeenkomst die bestaat uit meerdere onderdelen, waarvan er één betrekking heeft op de oprichting van een gemengde vennootschap, dat onderdeel buiten beschouwing mag worden gelaten en alleen de andere onderdelen moeten worden onderzocht. Een dergelijke uitlegging zou indruisen tegen de rechtspraak na dit arrest, die in de volgende punten van deze conclusie wordt aangehaald.

55. Het arrest Acoset moet derhalve aldus worden opgevat dat het Hof impliciet heeft geoordeeld dat het ten eerste een gemengde overeenkomst betrof waarvan de onderdelen een ondeelbaar geheel vormden en, ten tweede, dat het onderdeel inzake de lokale openbare dienst het hoofdvoorwerp van de overeenkomst was.

56. Daaruit volgt dat de overeenkomst die werd gesloten in het kader van een door een aanbestedende dienst uitgeschreven procedure voor de keuze van een particuliere partner in een gemengde vennootschap en voor de gunning van een opdracht of een concessie aan die vennootschap een gemengde overeenkomst met twee onderdelen is. [23] Bovendien moet met betrekking tot een dergelijke gemengde overeenkomst eerst worden bepaald of de verschillende onderdelen van de overeenkomst onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn (niet van elkaar te

[22] Arrest Healthcare (punten 43 en 44).

[23] Sommige partijen lijken te betwijfelen of een overeenkomst waarvan een van de onderdelen betrekking heeft op de keuze van een particuliere partner voor een op te richten gemengde vennootschap als „gemengde overeenkomst" moet worden aangemerkt. Hoewel het Hof in het arrest Acoset niet heeft gesproken van een „gemengde overeenkomst", heeft het dat wel gedaan in zijn arresten Club Hotel Loutraki e.a. en Healthcare. Bovendien, zelfs indien richtlijn 2014/24 in casu van toepassing zou zijn en de aan de orde zijnde overeenkomst niet onder het begrip „gemengde aanbesteding" in de zin van artikel 3 van die richtlijn zou vallen, omdat de keuze van een particuliere partner voor een op te richten gemengde vennootschap geen aanbesteding is (zie voetnoot 24), kan deze overeenkomst niettemin onder de ruimere categorie van gemengde overeenkomsten vallen die het Hof kennelijk voor ogen stond in de arresten Club Hotel Loutraki e.a. en Healthcare.

scheiden) en een ondeelbaar geheel vormen; vervolgens wat het hoofdvoorwerp of het overwegende element van de overeenkomst is, en ten slotte welke regeling op die overeenkomst van toepassing is gelet op dat hoofdvoorwerp of overwegend element. [24]

### *b) Toepassing*

#### *1) Gemengde overeenkomst: onlosmakelijk verbonden onderdelen?*

57. Naar mijn oordeel zijn de twee onderdelen van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst, net zoals in de zaken die tot de arresten Club Hotel Loutraki e.a. en Acoset hebben geleid, onlosmakelijk met elkaar verbonden.

58. Om de verlening van de geïntegreerde schooldienst door een gemengde vennootschap bestaande uit de aanbestedende dienst en een particuliere partner te verzekeren, is het immers objectief noodzakelijk om een partner te kiezen die over de nodige financiële draagkracht beschikt om 49 % van het kapitaal van de op te richten gemengde vennootschap te verwerven en die voldoet aan andere voorwaarden die hem in staat stellen om, in de vorm van een gemengde vennootschap, de geïntegreerde schooldienst op zich te nemen en het volledige operationele risico te dragen. De twee onderdelen van de overeenkomst moeten dus betrekking hebben op dezelfde partner, hoewel het eerste onderdeel technisch gezien de keuze van een particuliere partner betreft, en het tweede het toevertrouwen van de geïntegreerde schooldienst aan een gemengde vennootschap waarvan die partner 49 % van de aandelen in handen heeft. [25]

59. Anders dan in de zaak die tot het arrest Healthcare heeft geleid [26], waarin de omstandigheden in verband met het onderdeel inzake de diensten bijzonder specifiek waren, is er in de onderhavige zaak geen grond om te oordelen dat het onderdeel met betrekking tot de oprichting van een gemengde vennootschap kan worden gescheiden van het onderdeel met betrekking tot de geïntegreerde schooldienst. Zonder dat laatste onderdeel zou de op te richten gemengde vennootschap objectief haar economische bestaansreden verliezen. In het Italiaanse recht vormt de overheidsopdracht of de concessieovereenkomst overeenkomstig artikel 17, lid 1, van wetsbesluit nr. 175 het exclusieve voorwerp van de activiteit van de gemengde vennootschap.

[24] Los van de oplossing die het Hof in zijn rechtspraak heeft aangereikt, zou men – als wordt aangenomen dat richtlijn 2014/24 in het hoofdgeding van toepassing is – op het eerste gezicht tot hetzelfde resultaat kunnen komen op basis van artikel 3, lid 6, van die richtlijn, waarin is bepaald dat „[i]ndien de verschillende onderdelen van een bepaalde opdracht objectief gezien niet deelbaar zijn, [...] het toepasselijke juridische kader [wordt] bepaald door het hoofdvoorwerp van die opdracht". Overeenkomstig de richtlijn hebben overheidsopdrachten betrekking op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten. Dan rijst derhalve de vraag of de keuze van een particuliere partner en de oprichting van een gemengde vennootschap onder het begrip „opdracht" in de zin van de richtlijn vallen. De rechtsleer lijkt van oordeel te zijn dat dit het geval is (zie in dit verband, voor zover de auteur verwijst naar artikel 3, lid 4, van richtlijn 2014/24, Andrecka, M., „Institutionalised Public-Private Partnership as a Mixed Contract under the Regime of the New Directive 2014/24/EU", *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, deel 9, nr. 3, 2014, blz. 176). Gezien de twijfels over de in casu van toepassing zijnde regeling, moet overigens worden gewezen op het verschil tussen de formulering die is gebruikt in richtlijn 2014/24, waarin in artikel 3, lid 6, is bepaald dat „[i]ndien de verschillende onderdelen van een bepaalde opdracht objectief gezien niet deelbaar zijn, [...] het toepasselijke juridische kader [wordt] bepaald door het hoofdvoorwerp van die opdracht", en die welke is gebruikt in richtlijn 2014/23, waarvan artikel 20, lid 5, luidt dat „[i]ndien de verschillende *onderdelen van een bepaalde overeenkomst* objectief gezien niet van elkaar te scheiden zijn, [...] het toepasselijk juridisch kader [wordt] bepaald door het hoofdvoorwerp van de overeenkomst" (cursivering van mij), waarbij die laatste formulering mij flexibeler lijkt, althans in een aantal taalversies, onder meer in de Franse taalversie.

[25] Zie naar analogie punt 53 van het arrest Club Hotel Loutraki e.a., gelezen in het licht van punt 28 van dat arrest, waarin is geoordeeld dat de betrokken gemengde opdracht „[bestond] in de verkoop van aandelen door [de vennootschap Ellinika Touristika Akinita AE] aan de beste inschrijver [...] en [...] een met de beste inschrijver te sluiten overeenkomst voor dienstverlening waarbij deze laatste wordt belast met het beheer van [een] casino", terwijl de door de inschrijver op te richten vennootschap (en dus niet de inschrijver zelf), zoals blijkt uit punt 25 van dat arrest, optrad als bedrijfsleider en op zijn minst één overeenkomst sloot. Zie wat dit betreft eveneens arrest Acoset (punten 54 en 61).

[26] Zie punt 52 van deze conclusie.

60. Thans dient te worden onderzocht of het onderdeel dat het hoofdvoorwerp van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst vormt, het onderdeel inzake de oprichting van een gemengde vennootschap is, dan wel het onderdeel inzake de geïntegreerde schooldienst.

*2) Hoofdvoorwerp van de overeenkomst*

61. Ik ben van mening dat het onderdeel met betrekking tot de geïntegreerde schooldienst het hoofdvoorwerp van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde gemengde overeenkomst is.

62. De op te richten gemengde vennootschap was slechts een middel om te verzekeren dat de geïntegreerde schooldienst via een geïnstitutionaliseerde PPS zou worden verleend, en vormde geenszins het doel van de aanbesteding. Anders dan in de zaak die tot het arrest Club Hotel Loutraki e.a. heeft geleid, gaat het in de onderhavige zaak niet om een aankoop van aandelen in een bestaande overheidsonderneming met het oog op de privatisering van die onderneming, maar wel om de oprichting van een gemengde vennootschap om een geïntegreerde schooldienst te verstrekken.

63. Bovendien vormde het bezit van de aandelen van de bestaande overheidsonderneming in voornoemde zaak op zich een aanzienlijke bron van inkomsten. Niets wijst erop dat dit in de onderhavige zaak het geval is. Er kan dus niet van het arrest Club Hotel Loutraki e.a. worden uitgegaan om te besluiten dat de oprichting van de gemengde vennootschap in casu het hoofdvoorwerp van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst vormt.

64. Om te bepalen welke richtlijn van toepassing is in het hoofdgeding moet dus worden gekeken naar het onderdeel met betrekking tot de geïntegreerde schooldienst.

*3) Overheidsopdracht voor diensten of concessie voor diensten?*

65. Het verzoek om een prejudiciële beslissing vertoont lacunes wat het onderdeel inzake de geïntegreerde schooldienst betreft.

66. De antwoorden van de partijen op de schriftelijke vragen van het Hof bevatten weliswaar een aantal verduidelijkingen in verband met de waaier van diensten waaruit het onderdeel met betrekking tot de geïntegreerde schooldienst bestaat [27], maar op basis van die verduidelijkingen kan dit onderdeel in deze conclusie niet ontegensprekelijk als „overheidsopdracht voor diensten" dan wel als „concessie voor diensten" worden aangemerkt.

67. Voor deze kwalificatie is hoe dan ook de nationale rechter bij uitsluiting bevoegd. [28] Het Hof kan in voorkomend geval preciseringen geven om de nationale rechter te leiden bij zijn beoordeling.

[27] Uit de opmerkingen van de partijen en hun antwoorden op de schriftelijke vragen van het Hof blijkt dat de geïntegreerde schooldienst bestaat in de algemene bijstand, het laden en lossen, de bezorgdiensten en de schoonmaak in de crèches en scholen en in het schoolvervoer. Dat deze waaier van diensten ook het schoolvervoer omvat, lijkt de verwijzende rechter er niet toe aan te zetten de toepassing van richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van richtlijn 2004/17/EG (PB 2014, L 94, blz. 243) te overwegen. In elk geval bevat die richtlijn, in de artikelen 4 en 6, eveneens regels inzake gemengde aanbestedingen en wijst niets erop dat het schoolvervoer het hoofdvoorwerp vormt van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst of van het onderdeel van die overeenkomst dat betrekking heeft op de geïntegreerde schooldienst.

[28] Zie in dat verband arrest van 10 november 2011, Norma-A en Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, punten 57 en 59).

68. In dat verband wijs ik er ten eerste op dat overheidsopdrachten voor diensten in de zin van richtlijn 2014/24 een vergoeding behelzen die door de aanbestedende dienst rechtstreeks aan de dienstverrichter wordt betaald.[29] De concessie voor diensten in de zin van richtlijn 2014/23 bestaat daarentegen in het laten uitvoeren van de verrichting van diensten, waarvoor de vergoeding uitsluitend bestaat in het recht de desbetreffende diensten te exploiteren dan wel in dit recht en een betaling.[30] In die zin heeft het Hof erkend dat er onder meer sprake is van een concessieovereenkomst voor diensten wanneer de dienstverrichter wordt vergoed door betalingen van de gebruikers van een dienst.[31] De omstandigheid dat een gemengde vennootschap naar Italiaans recht zoals de verwijzende rechter aangeeft in werkelijkheid een activiteit tegen betaling verricht en daarbij winst maakt (zelfs al is die winst volgens de rechter bescheiden), kan derhalve een aanwijzing zijn dat richtlijn 2014/23 moet worden toegepast.

69. Ten tweede, zo de wijze van vergoeding dus een van de factoren vormt die bepalend zijn voor de kwalificatie als concessieovereenkomst voor diensten, impliceert de concessieovereenkomst voor diensten ook dat de opdrachtnemer het aan de exploitatie van de betrokken diensten verbonden risico draagt.[32] Het onderscheidend criterium met betrekking tot de overdracht van dat risico is gecodificeerd in richtlijn 2014/23.[33] Om dit criterium te omschrijven is in de Italiaanse taalversie van de richtlijn het begrip *rischio operativo* (operationeel risico) gebruikt. Datzelfde begrip is ook gebruikt in het besluit waarbij de stad Rome een aanbesteding heeft uitgeschreven om te verduidelijken dat de gekozen inschrijver dat volledige risico zou moeten dragen.[34]

70. Ten derde kan het Hof, teneinde de prejudiciële vragen te kunnen beantwoorden, er op basis van de verstrekte aanwijzingen ook van uitgaan dat een overeenkomst onder een van de betrokken richtlijnen valt.[35] Aangezien er geen aanwijzingen zijn op basis waarvan uitspraak kan worden gedaan over de in casu toepasselijke regeling, lijkt een dergelijke benadering mij in de onderhavige zaak echter niet aangewezen. Nog belangrijker is dat ik net als de Commissie van mening ben dat de toepassing van de bij de ene of de andere richtlijn vastgestelde regeling niet noodzakelijkerwijs gevolgen heeft voor de antwoorden op de in de onderhavige zaak gestelde prejudiciële vragen. De regeling die van toepassing is op het onderdeel met betrekking tot de geïntegreerde schooldienst, zal immers slechts „bij uitbreiding" van toepassing zijn op het onderdeel met betrekking tot de keuze van een particuliere partner. Voor zover de vragen geen betrekking hebben op laatstgenoemd onderdeel, zal het in deze context enkel zaak zijn de algemene beginselen van die regelingen toe te passen, die voor beide onderdelen dezelfde zijn.

[29] Zie artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24. Zie in die zin eveneens arrest Acoset (punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[30] Zie artikel 5, lid 1, onder b), van richtlijn 2014/23.

[31] Zie arrest Acoset (punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[32] Zie in dat verband arrest van 10 november 2011, Norma-A en Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, punt 44). Zie in dat verband eveneens mijn conclusie in de gevoegde zaken Promoimpresa e.a. (C-458/14 en C-67/15, EU:C:2016:122, punten 62 en 63), waarin ik heb geoordeeld dat een dienstenconcessie met name wordt gekenmerkt door het feit dat een instantie de uitoefening van een dienstenactiviteit, gewoonlijk een dienst die door deze instantie zou moeten worden verricht (met, zo zou ik willen toevoegen, het bijbehorende risico), toevertrouwt aan de concessiehouder door hem aldus te verplichten de bepaalde dienst te verrichten.

[33] Zie artikel 1, lid 1, en overweging 18 van richtlijn 2014/23.

[34] Het is juist dat het risico in het hoofdgeding had moeten worden gedragen door de particuliere partner die in het kader van het eerste onderdeel van de gemengde overeenkomst werd gekozen, terwijl de geïntegreerde schooldienst, die het hoofdvoorwerp van die overeenkomst vormde, in het kader van het tweede onderdeel van de overeenkomst aan de op te richten gemengde vennootschap had moeten worden toevertrouwd. Gelet op deze bijzonderheid zou kunnen worden geargumenteerd dat er in het tweede onderdeel, afzonderlijk bekeken, geen sprake is van een overdracht van het risico aan de gekozen inschrijver. In casu was de aanbestedingsprocedure echter bedoeld om de aanbestedende dienst te bevrijden van het aan de uitvoering van de geïntegreerde schooldienst verbonden risico. Daarom sluit ik niet uit dat dit tweede onderdeel ondanks voornoemde bijzonderheid als „concessie" kan worden aangemerkt. Zie met betrekking tot de problematiek van die bijzonderheid ook punt 58 van de onderhavige conclusie.

[35] Zie naar analogie arrest Acoset (punt 42).

Met inachtneming van de verdeling van bevoegdheden tussen de nationale gerechten en het Hof van Justitie, zal ik in deze conclusie daarom zowel verwijzen naar richtlijn 2014/23 als naar richtlijn 2014/24. [36]

## *2. Regeling voor overheidsopdrachten tussen entiteiten in de overheidssector*

71. In de eerste prejudiciële vraag haalt de verwijzende rechter artikel 12 en de overwegingen 14 en 32 van richtlijn 2014/24 aan, en in het verzoek om een prejudiciële beslissing geeft hij artikel 12, lid 1, eerste alinea, van die richtlijn weer. De rechter verduidelijkt echter nergens waarom hij vragen heeft bij de uitlegging van laatstgenoemde bepaling.

72. Ten eerste is wat dat betreft in overweging 14 van richtlijn 2014/24 alleen vermeld dat het begrip „ondernemers" in ruime zin dient te worden opgevat, zodat daar ook gemengde vennootschappen onder kunnen vallen. Voor het overige is in deze overweging in wezen de definitie van voornoemd begrip uit artikel 2, lid 1, punt 10, van deze richtlijn overgenomen. De verwijzende rechter maakt in zijn prejudiciële vraag geen melding van die bepaling.

73. Ten tweede is in artikel 12, lid 1, van richtlijn 2014/24 bepaald dat overheidsopdrachten die door aanbestedende diensten worden gegund aan rechtspersonen waarover aanbestedende diensten controle uitoefenen, buiten het toepassingsgebied van de in deze richtlijn opgenomen procedures vallen. Deze bepaling bevat regels voor een verticale samenwerking tussen de betrokken entiteiten of een klassieke interne gunning („inhouse").

74. De verwijzende rechter vermeldt echter duidelijk dat de oprichting van een gemengde vennootschap zoals die welke aan de orde is in het hoofdgeding, in het Italiaanse recht een alternatief vormt voor inhouse beheer. [37]

75. Belangrijker nog is dat de toepassing van de in artikel 12, lid 1, van richtlijn 2014/24 bedoelde uitsluiting mij bij voorbaat uitgesloten lijkt in de context van de gunning van diensten aan een geïnstitutionaliseerde PPS. Zoals vermeld in overweging 31, derde alinea, moet er immers voor worden gezorgd dat geen enkele aldus vrijgestelde samenwerking tussen overheidsdiensten leidt tot vervalsing van de mededinging ten opzichte van particuliere ondernemers, in die zin dat een particuliere dienstverrichter bevoordeeld wordt ten opzichte van zijn concurrenten. In lijn met de rechtspraak die voorafging aan richtlijn 2014/24 [38] wordt in overweging 32 van die richtlijn overigens verduidelijkt dat de in artikel 12, lid 1, van de richtlijn bedoelde uitzondering „niet [geldt] 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".

[36] Voor de volledigheid merk ik op dat de richtlijnen 2014/23 en 2014/24 ratione temporis van toepassing zijn en dat de waarde van de opdracht, die op meer dan 277 miljoen EUR werd geraamd, hoger is dan de drempelbedragen die in beide richtlijnen zijn vastgesteld. Zie artikel 8 van richtlijn 2014/23 en artikel 4 van richtlijn 2014/24.

[37] Zie punt 11 van deze conclusie.

[38] Zie arrest van 6 april 2006, ANAV (C-410/04, EU:C:2006:237, punten 31 en 32).

76. Ten derde kan men zich ook afvragen of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde gemengde overeenkomst van de werkingssfeer van richtlijn 2014/24 is uitgesloten volgens artikel 12, lid 4, van deze richtlijn. Die bepaling betreft overheidsopdrachten die uitsluitend tussen meerdere aanbestedende diensten worden gegund, voor zover die opdrachten voorzien in of uitvoering geven aan samenwerking tussen die aanbestedende diensten.

77. Men zou kunnen stellen dat de stad Rome, als aanbestedende dienst, een samenwerking tot stand wilde brengen met een op te richten gemengde vennootschap die eveneens de geïntegreerde schooldienst moest verzekeren en waarvan 51 % van de aandelen in handen zouden zijn van de stad Rome. Die vennootschap zou derhalve een „publiekrechtelijke instelling" in de zin van artikel 2, lid 1, punt 4, van richtlijn 2014/24, en dus een „aanbestedende dienst" in de zin van artikel 2, lid 1, punt 1, van die richtlijn, kunnen zijn.

78. Zelfs indien in een dergelijke situatie aan de voorwaarden voor toepassing van de in artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24 bedoelde uitsluiting zou zijn voldaan, heeft het Hof in het arrest Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung [39] geoordeeld dat een samenwerking tussen aanbestedende diensten overeenkomstig het beginsel van gelijke behandeling niet tot gevolg mag hebben dat een particuliere onderneming in een bevoorrechte situatie wordt geplaatst ten opzichte van haar concurrenten. Daaruit volgt, zoals advocaat-generaal Campos Sánchez-Bordona in zijn conclusie in die zaak heeft vastgesteld [40], dat de samenwerking tussen aanbestedende diensten die een particuliere ondernemer bevoordeelt ten opzichte van zijn concurrenten op de markt niet onder artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24 valt. Gelet op die verduidelijking en rekening houdend met de deelneming van het particuliere kapitaal in de op te richten gemengde vennootschap, ben ik van mening dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde samenwerking niet onder de in deze bepaling opgenomen uitsluiting kan vallen.

79. Bijgevolg hoeft artikel 12 van richtlijn 2014/24 niet te worden uitgelegd om de prejudiciële vragen te kunnen beantwoorden.

### *3. Regeling inzake opdrachten voor sociale en andere specifieke diensten*

80. In artikel 74 van richtlijn 2014/24 is bepaald dat de in bijlage XIV bij die richtlijn opgesomde overheidsopdrachten voor sociale en andere specifieke diensten worden gegund in overeenstemming met titel III, hoofdstuk I, van die richtlijn. Met uitzondering van het CNS hebben alle partijen in hun antwoorden op de schriftelijke vragen van het Hof aangegeven dat op zijn minst een van de diensten waarin de geïntegreerde schooldienst bestaat, onder die bijlage valt, of kan vallen.

81. Het zal aan de verwijzende rechter staan om na te gaan of dit het geval is. Indien dit zo is, zou het volstaan dat de aanbestedingsprocedure voldoet aan de minder strenge regels die in richtlijn 2014/24 zijn vastgesteld voor de gunning van dergelijke opdrachten. Ik zal me dus beperken tot enkele overwegingen die nuttig kunnen zijn voor de verwijzende rechter.

82. Enerzijds is het juist dat bij titel III, hoofdstuk I, van richtlijn 2014/24 een bijzondere aanbestedingsregeling is ingesteld voor sociale en andere specifieke diensten. De standaardregeling is dus niet van toepassing op dergelijke opdrachten. In artikel 76, lid 1, van de richtlijn is evenwel bepaald dat de lidstaten nationale regels voor het gunnen van opdrachten op

[39] Arrest van 28 mei 2020 (C-796/18, EU:C:2020:395).

[40] Conclusie in de zaak Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:47, punt 109, punt 3).

grond van dit hoofdstuk opstellen, om ervoor te zorgen dat de aanbestedende diensten de beginselen van transparantie en gelijke behandeling van ondernemers naleven. A priori gaat het dus om dezelfde beginselen die in artikel 18 van richtlijn 2014/24 zijn genoemd. Ik kan derhalve niet uitsluiten dat de toepassing van titel III, hoofdstuk I, van die richtlijn in het hoofdgeding geen gevolgen zou hebben voor de antwoorden op de prejudiciële vragen. [41]

83. Alvorens te besluiten dat de regels van titel III, hoofdstuk I, van richtlijn 2014/24 van toepassing zijn op de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst, moeten anderzijds de geraamde waarden van de diensten die onder dat hoofdstuk vallen, worden vergeleken met die van de diensten die onder de standaardregeling van die richtlijn vallen, teneinde vervolgens op basis van die waarden het hoofdvoorwerp van de overeenkomst te bepalen. [42]

84. Aangezien er geen aanwijzingen zijn dat de diensten die onder titel III, hoofdstuk I, van richtlijn 2014/24 vallen als het hoofdvoorwerp van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst moeten worden beschouwd, en gelet op het feit dat de verwijzende rechter nergens heeft verwezen naar de bepalingen van dat hoofdstuk, ga ik ervan uit dat de versoepelde regels in casu niet van toepassing zijn.

### *4. Artikel 107 VWEU*

85. De eerste prejudiciële vraag verwijst naar artikel 107 VWEU. De Commissie stelt dat het verzoek om een prejudiciële beslissing niet-ontvankelijk is voor zover het de uitlegging van deze bepaling van primair recht betreft.

86. Ik ben het eens met de Commissie. In het verzoek om een prejudiciële beslissing wordt niet duidelijk vermeld welke maatregel in het kader van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde procedure staatssteun zou vormen. De verwijzende rechter preciseert evenmin waarom de uitlegging van die bepaling noodzakelijk is om het bij hem aanhangige geschil te beslechten.

87. Het verzoek om een prejudiciële beslissing kan weliswaar aldus worden opgevat dat de verwijzende rechter het Hof niet verzoekt om uitlegging van een van de bepalingen van primair recht, maar wel van de richtlijnen 2014/23 en 2014/24 in het licht van die bepaling („onder verwijzing naar artikel 107 VWEU"). Toch zou een dergelijke uitlegging van het verzoek om een prejudiciële beslissing niets veranderen aan het feit dat de prejudiciële vragen hoe dan ook geen antwoord behoeven voor zover zij betrekking hebben op artikel 107 VWEU.

88. In die omstandigheden moet de door het CNS opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid eveneens worden aanvaard voor zover zij betrekking heeft op de eerste prejudiciële vraag, op artikel 107 VWEU en, om de in de punten 71 tot en met 79 van deze conclusie genoemde redenen, op artikel 12 van richtlijn 2014/24.

41 Zie eveneens in dat verband punt 70 van deze conclusie.

42 In artikel 3, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2014/24 is bepaald dat „[i]n het geval van gemengde opdrachten die ten dele betrekking hebben op diensten in de zin van hoofdstuk I van titel III en ten dele op andere diensten, of gemengde opdrachten die ten dele uit diensten en ten dele uit leveringen bestaan, [...] het hoofdvoorwerp [wordt] bepaald volgens welke geraamde waarde van de respectieve diensten of leveringen de hoogste is".

## C. Ten gronde

89. Naast de Unierechtelijke bepalingen waarvan is vastgesteld dat zij niet relevant zijn voor de onderhavige zaak, wordt in de eerste prejudiciële vraag verwezen naar artikel 30 van richtlijn 2014/23 en artikel 18 van richtlijn 2014/24. Om alle relevante bepalingen van deze richtlijnen te kunnen identificeren, moet eerst de context worden geschetst van de in de aanbestedingsdocumenten vastgestelde vereisten inzake overheidsdeelneming en particuliere deelneming.

### *1. Vereisten inzake overheidsdeelneming en particuliere deelneming in het kader van de richtlijnen 2014/23 en 2014/24*

90. In artikel 56 van richtlijn 2014/24 maakt de Uniewetgever duidelijk onderscheid tussen twee soorten criteria, namelijk tussen de kwaliteitscriteria inzake de selectie, waartoe met name de uitsluitingsgronden en de selectiecriteria met betrekking tot de bekwaamheid van ondernemers om de gegunde opdracht uit te voeren (artikelen 57 en 58 van die richtlijn) behoren, en de gunningscriteria, welke betrekking hebben op de inschrijvingen zelf. In de artikelen 38 en 41 van richtlijn 2014/23, met betrekking tot respectievelijk de criteria voor de selectie en kwalitatieve beoordeling van gegadigden en de gunningscriteria, wordt een vergelijkbaar onderscheid gemaakt.

91. In dat verband moet worden vastgesteld dat de logica die ten grondslag ligt aan de in de aanbestedingsdocumenten vastgestelde vereisten inzake overheidsdeelneming en particuliere deelneming in het verzoek om een prejudiciële beslissing niet duidelijk zijn toegelicht. Voor zover deze vereisten een lex specialis vormen ten opzichte van de in wetsbesluit nr. 175 vastgestelde vereisten [43], valt die logica evenwel af te leiden uit de ten aanzien van dat wetsbesluit verrichte preciseringen. In de aanbestedingsdocumenten lijken de percentages en de aard ervan (nauwkeurig vastgestelde vereisten in plaats van boven- en ondergrenzen) te worden gespecificeerd, zonder dat de doelstellingen ervan evenwel wezenlijk worden beïnvloed.

92. In dat verband begrijp ik de verduidelijkingen van de verwijzende rechter aldus dat de bovengrens van 70 % voor de overheidsdeelneming in de gemengde vennootschap bedoeld is om te garanderen dat de particuliere deelneming in die vennootschap niet minder dan 30 % bedraagt.

93. Ten eerste kan aldus vanuit het algemene perspectief van de markt en de marktdeelnemers worden vermeden dat een particuliere partner het economische risico van zijn deelneming in een gemengde vennootschap al te zeer zou kunnen beperken (lager dan 30 %) en onterecht zou kunnen profiteren van de voordelen van overheidsdeelneming doordat hij andere entiteiten zou kunnen beletten met dezelfde economische activiteit winsten te behalen in het betrokken marktsegment. Vanuit die benadering strekt deze bovengrens ertoe, zoals de verwijzende rechter aangeeft, te voorkomen dat het beginsel van vrije mededinging wordt omzeild.

94. Ten tweede waarborgt deze bovengrens vanuit het perspectief van de aanbestedingsprocedure en de aanbestedende dienst dat de particuliere partner een operationele partner is, wiens bijdrage aan de uitvoering van de aan een op te richten gemengde vennootschap toevertrouwde taken bestaat in een bijdrage in kapitaal en in het verschaffen van de nodige competenties om die taken uit te voeren, waarbij deze partner het volledige operationele risico van de uitvoering daarvan op zich neemt.

[43] Zie punt 28 van deze conclusie.

95. Ik moet erop wijzen dat het aspect in verband met de daadwerkelijke bijdrage van de particuliere partner mij van groot belang lijkt voor het hoofdgeding en voor de in de aanbestedingsdocumenten vastgestelde vereisten inzake overheidsdeelneming en particuliere deelneming. Gelet op het noodzakelijkerwijs geïndividualiseerde karakter van de voorwaarden en de criteria inzake de economische en financiële draagkracht en/of de technische en beroepsbekwaamheid [44], en in overeenstemming met het arrest Acoset [45], vormt deze vaststelling een aanwijzing dat de in de aanbestedingsdocumenten vastgestelde vereisten inzake overheidsdeelneming en particuliere deelneming kwalitatieve selectiecriteria vormen.

96. Voorts blijkt uit het verzoek om een prejudiciële beslissing dat, doordat bij de berekeningswijze rekening is gehouden met de indirecte deelneming van de aanbestedende dienst in het maatschappelijk kapitaal van die partner, de inschrijvers zijn uitgesloten van de aanbestedingsprocedure omdat zij niet aan die vereisten voldeden. In dit verband is het vaste rechtspraak dat de kwalitatieve selectiecriteria de aanbestedende dienst in staat stellen om alleen de inschrijving te aanvaarden van ondernemers wier bekwaamheden laten vermoeden dat zij in staat zullen zijn om de opdracht waarop de aanbesteding betrekking heeft uit te voeren. [46]

97. Vereisten met betrekking tot de overheidsdeelneming en de particuliere deelneming, zoals die in het hoofdgeding, lijken derhalve geen betrekking te hebben op de inschrijvingen (gunningscriteria). [47] Zij lijken daarentegen kwalitatieve selectiecriteria te vormen waarmee een aanbestedende dienst wil verzekeren dat een particuliere partner over de nodige economische en financiële draagkracht en/of technische en beroepsbekwaamheid beschikt die hem in staat stellen, de door de aanbestedende dienst vastgestelde verdeling tussen het overheidskapitaal en het particuliere kapitaal van een gemengde vennootschap door zijn deelneming in het kapitaal van die vennootschap en dankzij het feit dat die vennootschap het volledige operationele risico voor de uitvoering van de dienst op zich neemt, te handhaven. [48] In de aanbestedingsdocumenten vastgestelde vereisten inzake overheidsdeelneming en particuliere deelneming, zoals die in het hoofdgeding, vormen derhalve criteria en voorwaarden in de zin van artikel 38, lid 1, van richtlijn 2014/23 of, in voorkomend geval, in de zin van artikel 58, lid 1, van richtlijn 2014/24.

[44] In artikel 38, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2014/23 is bepaald dat „[a]lle deelnemingsvoorwaarden [...] verband [houden] met en [...] in verhouding [staan] tot de noodzaak ervoor te zorgen dat de concessiehouder de concessie kan uitvoeren, rekening houdend met het voorwerp van de concessie en de doelstelling om voor daadwerkelijke concurrentie te zorgen". In dezelfde zin is in artikel 58, lid 1, van richtlijn 2014/24 bepaald dat de aanbestedende diensten eventuele deelnemingsvoorwaarden beperken „tot die welke kunnen garanderen dat een gegadigde of inschrijver over de juridische en financiële middelen en de technische bekwaamheden en beroepsbekwaamheden beschikt om de te gunnen opdracht uit te voeren. Alle voorwaarden houden verband met en staan in verhouding tot het voorwerp van de overeenkomst".

[45] Zie punt 59 van het arrest Acoset: „[...] [D]e 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." Het Hof heeft in dat arrest gewezen op het belang van kwalitatieve selectiecriteria met betrekking tot de capaciteit om een dienst of een concessie uit te voeren [zie in dat verband Brown, A., „Selection of the Private Participant in a Public-Private Partnership which is Entrusted with a Public Services Concession: Acoset (Case C-196/08)", *Public Procurement Law Review*, deel 2, 2010, blz. 4], zonder evenwel voorbij te gaan aan de kwalitatieve selectiecriteria met betrekking tot de capaciteit om particuliere partner te worden in de op te richten gemengde vennootschap.

[46] Zie in dat verband arrest van 8 juli 2021, Sanresa (C-295/20, EU:C:2021:556, punt 62).

[47] Zoals in de rechtsleer is opgemerkt, moet in het geval van een geïnstitutionaliseerde PPS – ondanks de moeilijkheden – een onderscheid worden gemaakt tussen kwalitatieve selectiecriteria en gunningscriteria. Zie Andrecka, M., en Kania, M., „Choosing the Private Partner for a Public Private Partnership: A European Union Law Perspective on Polish Practice", *Polish Review of International and European Law*, deel 2, nr. 1, 2013, blz. 148.

[48] Om die reden ben ik van mening dat de kwalificatie die het Hof heeft gehanteerd in het arrest van 19 mei 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, punten 21 en 23), met betrekking tot een nationale regeling die tot doel heeft elke mogelijke collusie tussen de inschrijvers in eenzelfde procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht uit te sluiten en de gelijke behandeling van de inschrijvers en de transparantie van de procedure te waarborgen, in casu niet kan worden gehanteerd ten aanzien van de in de onderhavige zaak aan de orde zijnde vereisten inzake overheidsdeelneming en particuliere deelneming, die overigens in de aanbestedingsdocumenten zijn vastgesteld.

### *2. Herformulering van de prejudiciële vragen*

98. Gelet op de verduidelijkingen die aldus zijn verstrekt wat betreft het voorwerp van de prejudiciële vragen [49], de in het hoofdgeding toepasselijke regeling [50] en de kwalificatie van de in de onderhavige zaak van toepassing zijnde vereisten inzake overheidsdeelneming en particuliere deelneming [51], stel ik voor om de prejudiciële vragen te herformuleren en daarbij aan te geven welke bepalingen van het Unierecht moeten worden uitgelegd om de verwijzende rechter een nuttig antwoord te kunnen geven.

99. Meer in het bijzonder stel ik voor om ervan uit te gaan dat de verwijzende rechter met zijn vragen, die volgens mij best samen worden behandeld, wenst te vernemen of artikel 30 en artikel 38, lid 1, van richtlijn 2014/23 of, in voorkomend geval, artikel 18 en artikel 58, lid 1, van richtlijn 2014/24, aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzetten dat voor de vaststelling van het percentage van de deelneming van een particuliere partner in een op te richten gemengde vennootschap met openbaar en particulier kapitaal rekening wordt gehouden met de indirecte deelneming van de aanbestedende dienst in het maatschappelijk kapitaal van die aan de aanbestedingsprocedure deelnemende particuliere partner, waardoor deze laatste wordt uitgesloten van de aanbesteding wanneer het feit dat die indirecte deelneming in aanmerking wordt genomen, ertoe leidt dat het percentage van de particuliere deelneming dat volgens de aanbestedingsdocumenten door de aanbestedende dienst wordt opgelegd, niet meer wordt bereikt.

### *3. Beoordeling*

100. Aangezien zij voorwaarden en criteria voor de economische en financiële draagkracht en/of de technische en beroepsbekwaamheid vormen, moeten de in de aanbestedingsdocumenten vastgestelde vereisten inzake overheidsdeelneming en particuliere deelneming verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de aanbestedingsprocedure. [52] Overeenkomstig artikel 30 van richtlijn 2014/23 en artikel 18 van richtlijn 2014/24 moet de aanbestedende dienst deze vereisten toepassen met inachtneming van de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie van de inschrijvers en de beginselen van transparantie en evenredigheid.

101. Ten eerste moet worden nagegaan of er een verband bestaat tussen deze vereisten en het voorwerp van de aanbestedingsprocedure.

102. Volgens de logica van de in de aanbestedingsdocumenten vastgestelde vereisten (deelneming van 51 % voor de stad Rome en van 49 % voor de particuliere partner) moet een inschrijver, teneinde in aanmerking te komen, een derde zijn die losstaat van de aanbestedende dienst. Een hogere deelneming van de aanbestedende dienst in de gemengde vennootschap, bij wege van zeggenschap over die inschrijver (eveneens als resultaat van de indirecte deelneming), zou immers gevolgen hebben voor de verdeling tussen het overheidskapitaal en het particuliere kapitaal van deze vennootschap, zoals die is vastgesteld door de aanbestedende dienst. Bovendien zou een dergelijke situatie de rol van de particuliere partner, en daarmee ook de daadwerkelijke inzet van de economische en financiële draagkracht en/of de technische en beroepsbekwaamheid

[49] Zie punten 35 en 36 van deze conclusie.

[50] Zie punt 70 van deze conclusie.

[51] Zie punt 97 van deze conclusie.

[52] Zie voetnoot 44.

van de inschrijver kunnen beperken tot beneden de door de aanbestedende dienst vastgestelde minimumgrens van 49 %. Deze vereisten houden dus verband met het voorwerp van de aanbestedingsprocedure.

103. Voor zover het Unierecht zich in de regel niet verzet tegen het gebruik van één aanbestedingsprocedure in het kader van een geïnstitutionaliseerde PPS [53], mag de uitlegging van het vereiste dat er een verband moet zijn tussen de kwalitatieve selectiecriteria en het voorwerp van de aanbestedingsprocedure bovendien niet beletten dat aanbestedende diensten deze samenwerkingsvorm hanteren (noch dat zij de verdeling tussen het overheidskapitaal en het particuliere kapitaal van de gemengde vennootschap vaststellen). Het gebruik van een geïnstitutionaliseerde PPS vloeit voort uit de vrijheid van de lidstaten om de wijze van dienstverlening te kiezen waarmee de aanbestedende diensten in hun eigen behoeften voorzien. [54]

104. Ten tweede wil ik er met betrekking tot de evenredigheid van de vereisten inzake overheidsdeelneming en particuliere deelneming aan herinneren dat die vereisten, op zijn minst in het licht van mijn opvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing, inschrijvers wier kapitaal afkomstig is van de overheid niet systematisch uitsluiten. [55] Rekening houdend met de oorspronkelijke formulering van de eerste prejudiciële vraag lijken deze vereisten evenwel te zien op élke vorm van indirecte deelneming van de aanbestedende dienst in het maatschappelijk kapitaal van de particuliere partner.

105. Daarbij moet er echter op worden gewezen dat de indirecte deelneming van een aanbestedende dienst in het kapitaal van een particuliere partner verschillende vormen kan aannemen. De gevolgen ervan voor de werking van die particuliere partner zijn bovendien afhankelijk van de organisatorische structuur van die partner. Er bestaat dus geen zekerheid over het feit dat elke indirecte deelneming in het kapitaal van de particuliere partner de daadwerkelijke inzet van de economische en financiële draagkracht en/of de technische en beroepsbekwaamheid van de inschrijver beperkt tot beneden de door de aanbestedende dienst vastgestelde minimumgrens van 49 %.

106. Het in aanmerking nemen van elke indirecte deelneming van de aanbestedende dienst in het maatschappelijk kapitaal van de particuliere partner strookt dus niet met het evenredigheidsbeginsel voor zover daarmee wordt voorbijgegaan aan het feit dat een dergelijke indirecte deelneming de daadwerkelijke inzet van de economische en financiële draagkracht en/of de technische en beroepsbekwaamheid van die particuliere partner niet noodzakelijk beperkt tot beneden de door de aanbestedende dienst vastgestelde minimumgrens van 49 %. Ingeval niet wordt geverifieerd of dat het geval is, mag deze kandidaat-particuliere partner niet automatisch worden uitgesloten van de aanbesteding op grond van deze indirecte deelneming.

107. Het is niet duidelijk of de aanbestedende dienst in de onderhavige zaak concreet dergelijke controles heeft verricht. De analyse van de kapitaalstructuur van de betrokken entiteiten in het besluit tot uitsluiting doet alvast vermoeden van wel. Voorts lijkt de prejudiciële verwijzing dat besluit te weerspiegelen, aangezien de verwijzende rechter opmerkt dat „indien rekening wordt gehouden met het materiële aspect, te weten de sociale verwevenheid van [Roma Multiservizi] en in het bijzonder het feit dat zij voor 51 % in handen is van [AMA], die zelf in handen is van de stad

[53] Zie arrest Acoset (punt 63).

[54] Zie eveneens overweging 5 van richtlijn 2014/24, waarin wordt gepreciseerd 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”.

[55] Zie punt 38 van deze conclusie.

Rome, [...] de [overheidsdeelneming en particuliere] deelneming in de [op te richten] gemengde vennootschap *in werkelijkheid* 73,5 % en [26,5 %] zouden bedragen". Tot slot wijst niets erop dat de verdeling van de beslissingsbevoegdheid en de exploitatierisico's niet naar rato van het aangehouden kapitaal is gebeurd. Wanneer de meerderheid van het kapitaal van een particuliere partner die een inschrijving indient, in handen is van de aanbestedende dienst, lijkt dit er dan ook toe te kunnen leiden dat de daadwerkelijke inzet van de economische en financiële draagkracht en/of de technische en beroepsbekwaamheid van die particuliere partner wordt beperkt tot beneden de door de aanbestedende dienst vastgestelde minimumgrens van 49 %.

108. Daarom ben ik van mening dat artikel 30 en artikel 38, lid 1, van richtlijn 2014/23 of, in voorkomend geval, artikel 18 en artikel 58, lid 1, van richtlijn 2014/24 aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzetten dat voor de vaststelling van het percentage van de deelneming van een particuliere partner in een op te richten gemengde vennootschap met openbaar en particulier kapitaal rekening wordt gehouden met de indirecte deelneming van de aanbestedende dienst in het maatschappelijk kapitaal van die aan de aanbestedingsprocedure deelnemende particuliere partner, waardoor deze laatste automatisch wordt uitgesloten van de aanbesteding, wanneer het feit dat die indirecte deelneming in aanmerking wordt genomen ertoe leidt dat het percentage van de particuliere deelneming dat de aanbestedende dienst volgens de aanbestedingsdocumenten voor ogen heeft, niet wordt bereikt.

109. Artikel 30 en artikel 38, lid 1, van richtlijn 2014/23 of, in voorkomend geval, artikel 18 en artikel 58, lid 1, van richtlijn 2014/24 verzetten zich echter niet tegen een dergelijke inaanmerkingneming wanneer die niet automatisch geschiedt. Deze bepalingen staan er met name niet aan in de weg dat rekening wordt gehouden met een indirecte deelneming wanneer uit door de aanbestedende dienst verrichte controles blijkt dat die deelneming inhoudt dat de meerderheid van het kapitaal van een aan de aanbestedingsprocedure deelnemende particuliere partner in handen is van een andere entiteit die op haar beurt volledig in handen is van de aanbestedende dienst, op voorwaarde dat de verdeling van de beslissingsbevoegdheid en de risico's gebeurt naar rato van het respectievelijk door die kandidaat-particuliere partner en die entiteit aangehouden kapitaal.

110. Wat de eerbiediging van het evenredigheidsvereiste betreft, merk ik volledigheidshalve op dat de Commissie lijkt te betwijfelen of de uitsluiting van de inschrijving van Rekeep en Roma Multiservizi verenigbaar is met het evenredigheidsbeginsel, aangezien de stad Rome hun de mogelijkheid had moeten bieden om in voorkomend geval aan te tonen dat haar indirecte deelneming in het kapitaal van Roma Multiservizi geen risico voor een belangenconflict met zich bracht. De in de aanbestedingsdocumenten vastgestelde vereisten inzake overheidsdeelneming en particuliere deelneming hebben echter niet als hoofddoel dergelijke risico's weg te nemen. Bovendien vormen belangenconflicten een in de richtlijnen 2014/23 en 2014/24 opgenomen uitsluitingsgrond en wordt daar in het verzoek om een prejudiciële beslissing nergens naar verwezen. Dat verzoek gewaagt overigens noch van artikel 35 van richtlijn 2014/23, noch van artikel 24 van richtlijn 2014/24.

111. Wat de beginselen van transparantie en gelijke behandeling betreft, moet ik ten derde opmerken dat Roma Multiservizi en Rekeep in hun schriftelijke opmerkingen aanvoeren dat in de aanbestedingsdocumenten niet werd aangegeven dat de indirecte deelneming van de aanbestedende dienst in het kapitaal van een inschrijver in aanmerking zou worden genomen.

112. In het verzoek om een prejudiciële beslissing wordt niet verwezen naar het ontbreken van die vermelding in de aanbestedingsdocumenten. In dat verband moet ik opmerken dat de stad Rome in haar antwoorden op de schriftelijke vragen van het Hof aangeeft dat een overheidsonderneming volgens wetsbesluit nr. 175, dat bepalingen tot uitvoering van de richtlijnen 2014/23 en 2014/24 lijkt te bevatten, is gedefinieerd als een onderneming waarop aanbestedende diensten al dan niet rechtstreeks een overheersende invloed kunnen uitoefenen. Volgens de opmerkingen van Rekeep is in dat besluit eveneens bepaald dat „wanneer de geldende bepalingen de oprichting van gemengde vennootschappen toestaan voor de uitvoering en het beheer van een openbaar werk of voor de organisatie en het beheer van een dienst van algemeen belang, de particuliere partner moet worden gekozen door middel van een openbare aanbestedingsprocedure". Via een uitlegging a contrario kan derhalve worden geconstateerd dat een particuliere partner in het kader van een gemengde vennootschap niet in een positie mag verkeren waarin hij al dan niet rechtstreeks een overheersende invloed kan uitoefenen op de aanbestedende dienst. Een indirecte deelneming in het kapitaal van de particuliere partner die tot de uitoefening van een overheersende invloed leidt, kan echter niet worden gelijkgesteld aan om het even welke indirecte deelneming in het kapitaal van die particuliere partner.

113. Hoe dan ook zijn alleen de nationale rechterlijke instanties bevoegd om in voorkomend geval na te gaan of deze verklaringen juist zijn en of zij relevant zijn in de huidige fase van het hoofdgeding.

114. Voor zover de verwijzende rechter artikel 30 van richtlijn 2014/23 en artikel 18 van richtlijn 2014/24 aanhaalt, moeten deze rechter evenwel nuttige verduidelijkingen worden aangereikt voor de door hem in het licht van de in die bepalingen genoemde beginselen te verrichten toetsing.

115. Het is vaste rechtspraak dat het transparantiebeginsel en het beginsel van gelijke behandeling, die gelden voor alle procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten, vereisen dat van tevoren de materiële en formele voorwaarden inzake de deelname aan een opdracht, in het bijzonder de verplichtingen van de inschrijvers, duidelijk zijn bepaald en bekendgemaakt, zodat de inschrijvers exact de procedurele verplichtingen kunnen kennen en er zeker van kunnen zijn dat deze verplichtingen voor alle concurrenten gelden. [56]

116. Wat de regeling van richtlijn 2014/24 betreft, moeten bijvoorbeeld aankondigingen van opdrachten in de regel een lijst en een beknopte omschrijving van de criteria betreffende de persoonlijke situatie van ondernemers die tot hun uitsluiting kunnen leiden en van de selectiecriteria bevatten. [57]

117. In het verlengde van die logica moeten het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplicht aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen de uitsluiting van een ondernemer van een openbare aanbestedingsprocedure wegens diens niet-nakoming van een verplichting die niet expliciet uit de aanbestedingsdocumenten of uit de geldende nationale regeling blijkt maar die volgt uit een nadere uitlegging van die wet en van die documenten alsook uit het opvullen van de in die documenten voorkomende leemten door de nationale autoriteiten of de bestuursrechter. [58]

[56] Zie arrest van 17 mei 2018, Specializuotas transportas (C-531/16, EU:C:2018:324, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[57] Zie artikel 49 van richtlijn 2014/24 en bijlage V, deel C, punt 11, onder c), bij die richtlijn.

[58] Zie arrest van 2 juni 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, punt 51).

118. Aangezien de indirecte deelneming van een aanbestedende dienst in het kapitaal van een particuliere partner verschillende vormen kan aannemen en de gevolgen ervan voor de werking van die particuliere partner afhankelijk zijn van de organisatorische structuur van die partner, lijkt het mij niet vanzelfsprekend dat elke vorm van indirecte deelneming van de aanbestedende dienst automatisch tot de uitsluiting van een inschrijver van de aanbesteding wegens niet-naleving van de vereisten inzake overheidsdeelneming en particuliere deelneming zou leiden. Er lijkt onvoldoende bewijs te zijn voor een dergelijke uitlegging van de nationale regeling of van de aanbestedingsdocumenten.

119. Onverminderd de aanvullende opmerkingen hierboven aangaande de eerbiediging van de beginselen van transparantie en gelijke behandeling, handhaaf ik het standpunt dat ik in punt 108 van deze conclusie met betrekking tot de eerbiediging van het evenredigheidsbeginsel heb uiteengezet.

## VI. Conclusie

120. Gelet op bovenstaande overwegingen geef ik het Hof in overweging om op de vragen van de Consiglio di Stato te antwoorden als volgt:

„1) Artikel 30 en artikel 38, lid 1, van richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten of, in voorkomend geval, artikel 18 en artikel 58, lid 1, 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, moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzetten dat voor de vaststelling van het percentage van de deelneming van een particuliere partner in een op te richten gemengde vennootschap met openbaar en particulier kapitaal rekening wordt gehouden met de indirecte deelneming van de aanbestedende dienst in het maatschappelijk kapitaal van die aan de aanbestedingsprocedure deelnemende particuliere partner, waardoor deze laatste automatisch wordt uitgesloten van de aanbesteding, wanneer het feit dat die indirecte deelneming in aanmerking wordt genomen ertoe leidt dat het percentage van de particuliere deelneming dat de aanbestedende dienst volgens de aanbestedingsdocumenten voor ogen heeft, niet wordt bereikt.

2) Artikel 30 en artikel 38, lid 1, van richtlijn 2014/23 of, in voorkomend geval, artikel 18 en artikel 58, lid 1, van richtlijn 2014/24 verzetten zich echter niet tegen een dergelijke inaanmerkingneming wanneer die niet automatisch geschiedt. Deze bepalingen staan er met name niet aan in de weg dat rekening wordt gehouden met een indirecte deelneming wanneer uit door de aanbestedende dienst verrichte controles blijkt dat die deelneming inhoudt dat de meerderheid van het kapitaal van een aan de aanbestedingsprocedure deelnemende particuliere partner in handen is van een andere entiteit die op haar beurt volledig in handen is van de aanbestedende dienst, op voorwaarde dat de verdeling van de beslissingsbevoegdheid en de risico's gebeurt naar rato van het respectievelijk door die kandidaat-particuliere partner en die entiteit aangehouden kapitaal."