CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
van 2 april 2020 [1]

Zaak C-3/19

Asmel società consortile a r.l.
tegen
A.N.A.C. – Autorità Nazionale Anticorruzione,
in tegenwoordigheid van:
A.N.A.C.A.P. – Associazione Nazionale Aziende Concessionarie Servizi entrate

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

„Prejudiciële verwijzing – Plaatsing van overheidsopdrachten – Aankoopcentrales – Kleine gemeenten – Inzake aankoopcentrales geldende beperking tot slechts twee publiekrechtelijke organisatiemodellen – Verbod op participatie van privékapitaal – Beoordelingsmarge van de lidstaten – Territoriale beperking van de activiteiten van aankoopcentrales”

1. Volgens het ten tijde van de feiten geldende Italiaanse recht, in de uitlegging ervan door de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië), mogen kleine lokale overheden gebruikmaken van aankoopcentrales om werken, goederen en diensten te verwerven, voor zover zij dit doen in het kader van uitsluitend publiekrechtelijke organisatiemodellen, te weten consortia van gemeenten of verenigingen van gemeenten.

2. Aangezien die regeling het gebruik van aankoopcentrales mogelijk beperkt op een wijze die niet verenigbaar is met richtlijn 2004/18/EG [2], die ratione temporis van toepassing is op de data waarnaar zijn prejudiciële vragen verwijzen, en met „de beginselen van vrij verkeer van diensten en maximale openstelling voor mededinging in het kader van openbare aanbestedingen”, betwijfelt de verwijzende rechter of zij verenigbaar is met het Unierecht.

I. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht: richtlijn 2004/18

3. In overweging 15 ervan staat te lezen:

„In de lidstaten zijn bepaalde centrale aankooptechnieken ontwikkeld. Verscheidene aanbestedende diensten zijn belast met het verlenen van aankopen of het gunnen van overheidsopdrachten/het sluiten van raamovereenkomsten voor andere aanbestedende diensten. Door de omvang van de aankopen maken deze technieken het mogelijk de mededinging te verbreden en overheidsbestellingen efficiënter te plaatsen. Er moet dus worden voorzien in een communautaire definitie van voor

1 Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 Richtlijn 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).

aanbestedende diensten werkende aankoopcentrales. Tevens moeten de voorwaarden worden vastgesteld waaronder aanbestedende diensten die met eerbiediging van het beginsel van non-discriminatie en het gelijkheidsbeginsel via een aankoopcentrale werken, leveringen en/of diensten verwerven, kunnen worden geacht deze richtlijn te hebben nageleefd."

4. In overweging 16 wordt verklaard:

„Teneinde rekening te houden met de bestaande verschillen in de lidstaten moeten zij zelf kunnen kiezen of zij bepalen dat de aanbestedende diensten gebruik kunnen maken van raamovereenkomsten, aankoopcentrales, dynamische aankoopsystemen, elektronische veilingen en concurrentiegerichte dialoog als omschreven en geregeld bij deze richtlijn."

5. Artikel 1 („Definities") bepaalt:

„[...]

9. Als ‚aanbestedende diensten' worden aangemerkt de staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of een of meer van deze publiekrechtelijke instellingen.

Onder ‚publiekrechtelijke instelling' wordt iedere instelling verstaan

a) die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn,

b) die rechtspersoonlijkheid bezit, en

c) waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer onderworpen is aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van het bestuursorgaan, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

De niet-limitatieve lijsten van de publiekrechtelijke instellingen en van de categorieën publiekrechtelijke instellingen die aan de in de tweede alinea onder a), b) en c), genoemde criteria voldoen, zijn in bijlage III opgenomen. Daartoe stellen de lidstaten de Commissie op gezette tijden in kennis van de in hun lijsten opgetreden wijzigingen.

10. Een ‚aankoopcentrale' is een aanbestedende dienst die:

– voor aanbestedende diensten bestemde leveringen en/of diensten verwerft of

– overheidsopdrachten gunt of raamovereenkomsten sluit met betrekking tot voor aanbestedende diensten bestemde werken, leveringen of diensten.

[...]"

6. Artikel 11 („Door aankoopcentrales geplaatste overheidsopdrachten en raamovereenkomsten") luidt:

„1. De lidstaten kunnen voorzien in de mogelijkheid dat aanbestedende diensten via aankoopcentrales werken, leveringen en/of diensten verwerven.

2. De aanbestedende diensten die in de omstandigheden zoals bedoeld in artikel 1, lid 10, via een aankoopcentrale werken, leveringen en/of diensten verwerven, worden geacht deze richtlijn te hebben nageleefd, voor zover de aankoopcentrale deze richtlijn zelf heeft nageleefd."

B. Italiaans recht

1. Testo unico degli enti locali

7. Artikel 30, lid 1, van de Testo unico degli enti locali [3] bepaalt:

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

8. Artikel 31, lid 1, luidt:

„Lokale overheden kunnen voor het gezamenlijk beheer van een of meer diensten en voor de gezamenlijke uitoefening van functies een consortium oprichten volgens de voorschriften voor speciale bedrijven als bedoeld in artikel 114, voor zover verenigbaar. Aan het consortium kunnen andere openbare lichamen deelnemen, indien zij daartoe toestemming hebben, volgens de wetten waaraan zij onderworpen zijn."

9. Artikel 32, lid 1, bepaalt:

„Een vereniging van gemeenten is een lokale overheid die door een of meer, doorgaans aangrenzende, gemeenten is opgericht met het oog op de gezamenlijke uitoefening van functies en diensten."

2. Codice dei contratti pubblici

10. Artikel 3, lid 25, van de Codice dei contratti pubblici [4] omschrijft aanbestedende diensten als volgt:

„bestuurslichamen van de Staat; territoriale lichamen; andere openbare lichamen zonder winstoogmerk, publiekrechtelijke instellingen; door de genoemde entiteiten opgerichte verenigingen, unies, consortia, ongeacht de benaming daarvan".

11. In artikel 3, lid 34, wordt als aankoopcentrale aangemerkt:

„een aanbestedende dienst die:

– voor aanbestedende diensten of andere aanbestedende instanties bestemde leveringen of diensten verwerft, of

– overheidsopdrachten gunt of raamovereenkomsten sluit met betrekking tot voor aanbestedende diensten of andere aanbestedende instanties bestemde werken, leveringen of diensten".

3 Wetsbesluit nr. 267 houdende de gecoördineerde wet inzake lokale overheden (hierna: „TUEL") van 18 augustus 2000.

4 Wetsbesluit nr. 163, Wetboek inzake overheidsopdrachten (hierna: „CCP") van 12 april 2006.

12. In de oorspronkelijke versie van artikel 33, lid 3 bis [5], was bepaald:

„Gemeenten met ten hoogste 5 000 inwoners binnen het grondgebied van elke provincie dienen de verwerving van werken, leveringen en diensten toe te vertrouwen aan één enkele aankoopcentrale, binnen het kader van de verenigingen van gemeenten als bedoeld in artikel 32 van de geconsolideerde tekst van decreto legislativo nr. 267 van 18 augustus 2000, indien deze bestaan, of door een speciale consortiumovereenkomst tussen de gemeenten te sluiten en een beroep te doen op de bevoegde diensten".

13. De (in 2014) gewijzigde versie [6] van dat artikel 33, lid 3 bis, luidde als volgt:

„Gemeenten die geen provinciehoofdstad zijn verwerven werken, leveringen en diensten binnen het kader van de verenigingen van gemeenten als bedoeld in artikel 32 van decreto legislativo nr. 267 van 18 augustus 2000, indien deze bestaan, of door een speciale consortiumovereenkomst tussen deze gemeenten te sluiten en een beroep te doen op de bevoegde diensten, dan wel door een beroep te doen op een aggregator of op de provincies, overeenkomstig wet nr. 56 van 7 april 2014. Als alternatief kunnen deze gemeenten hun eigen aankopen doen via elektronische aankoopinstrumenten die worden beheerd door Consip S.p.A. of een andere als referentie fungerende aggregator."

II. Feiten en prejudiciële vragen

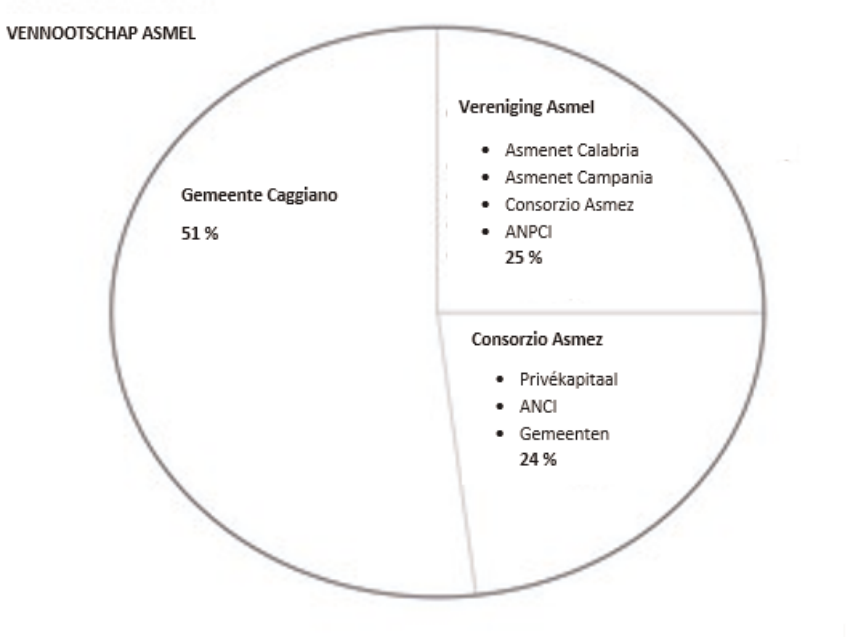
14. Asmel società consortile a r.l. (hierna: „Asmel s.c.a.r.l.") is een consortiumvennootschap met beperkte aansprakelijkheid, die op 23 januari 2013 is opgericht en waarvan het kapitaal in handen is van Consorzio Asmez (24 %) [7], de particuliere vereniging Asmel (25 %) [8] en de gemeente Caggiano (51 %).

5 Ingevoegd bij artikel 23, lid 4, van decreto legge n. 201 (voorlopig wetsbesluit nr. 201) van 6 december 2011, bekrachtigd bij wet nr. 214 van 22 december 2011.

6 Artikel 9, lid 4, van decreto legge n. 66 (voorlopig wetsbesluit nr. 66) van 24 april 2014, bekrachtigd bij wet nr. 89 van 23 juni 2014. Artikel 33, lid 3 bis, CCP is later ingetrokken bij artikel 217 van decreto legislativo n. 50 (wetsbesluit nr. 50) van 18 april 2016.

7 Consorzio Asmez is op 25 maart 1994 te Napels opgericht door particuliere ondernemingen. Het werd operationeel op het moment dat Selene service s.r.l., een vennootschap die een akkoord heeft gesloten met de Associazione Nazionale Comuni Italiani (nationale vereniging van Italiaanse gemeenten), zich erbij aansloot. Later hebben gemeenten uit de regio's Basilicata en Calabrië zich erbij aangesloten.

8 De vereniging Asmel is op 26 mei 2010 opgericht door Asmenet Campania en Asmenet Calabria, beide consortiumvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, en door Consorzio Asmez en de Associazione Nazionale Piccoli Comuni Italiani (nationale vereniging van kleine Italiaanse gemeenten).



15. In de loop der jaren heeft Asmel s.c.a.r.l. de activiteit ontwikkeld van aankoopcentrale voor lokale overheden.[9]

16. De relatie tussen Asmel s.c.a.r.l. en de niet-aangesloten gemeenten bestond erin dat de besturen van die gemeenten gunningsbesluiten vaststelden waarin:

– zij in de eerste plaats verwezen naar een vroeger besluit waarbij zij hadden ingestemd met de toetreding tot de vereniging Asmel en de vorming van een consortium in de zin van artikel 33, lid 3 bis, CCP;

– zij in de tweede plaats Asmel s.c.a.r.l. ermee belastten om de procedures voor de plaatsing van overheidsopdrachten op een IT-platform uit te voeren[10].

17. Na meerdere klachten heeft de Autorità Nazionale Anticorruzione (nationale dienst voor corruptiebestrijding; hierna: „A.N.A.C.”) een onderzoek ingesteld, waarin hij vaststelde dat Asmel s.c.a.r.l. en Consorzio Asmez de in de CCP bedoelde organisatiemodellen voor aankoopcentrales niet in acht hadden genomen.

18. Volgens de A.N.A.C. had Asmel s.c.a.r.l. een privaatrechtelijk karakter, aangezien zij met name een particuliere vennootschap was die op haar beurt uit andere verenigingen bestond. Derhalve kon zij geen aankoopcentrale zijn, aangezien de Italiaanse rechtsorde eist dat aankoopcentrales voor hun activiteiten een publiekrechtelijke rechtsvorm aannemen, met name die van openbare lichamen of verenigingen tussen lokale overheden, zoals de vereniging van gemeenten en het consortium van gemeenten die zijn ontstaan uit in artikel 30 TUEL bedoelde akkoorden. De A.N.A.C. heeft daarnaast

9 Volgens de verwijzingsbeslissing organiseerde zij met name een aanbesteding voor het sluiten van raamovereenkomsten met het oog op de gunning van de dienst voor inning van en toezicht op de gemeentelijke vastgoedbelasting, en de gedwongen invordering van belastingschulden, alsook honderdtweeënvijftig uiteenlopende procedures voor de plaatsing van telematicaopdrachten voor met Asmel s.c.a.r.l. verbonden gemeenten.

10 De vergoeding voor die diensten bedroeg 1,5 % van de contractwaarde en moest worden betaald door de gekozen inschrijver voor elke via dat platform gesloten overeenkomst.

gepreciseerd dat ook indien privaatrechtelijke entiteiten worden toegelaten, dit hoe dan ook inhouse-organen moeten zijn waarvan de activiteiten beperkt blijven tot het grondgebied van de oprichtende gemeenten, terwijl in casu niet aan het vereiste inzake die controle was voldaan en de verrichte activiteit evenmin territoriaal was afgebakend.

19. De A.N.A.C. stelde vast dat Asmel s.c.a.r.l. haar activiteit van het aankopen van goederen voor de aangesloten overheden verrichtte, maar dat die laatste slechts een indirecte deelneming in de aankoopcentrale hadden. Hij legde uit dat de lokale overheden zich eerst bij de vereniging Asmel hebben aangesloten en daarna de aankooptaken bij besluit van de gemeenteraad aan Asmel s.c.a.r.l. hebben toevertrouwd.

20. Bij besluit nr. 32 van 30 april 2015 heeft de A.N.A.C. de mogelijkheid van de hand gewezen om de vennootschap Asmel s.c.a.r.l. als publiekrechtelijke instelling aan te merken, die vennootschap verboden om te bemiddelen bij overheidsaankopen en de door haar uitgeschreven aanbestedingen onwettig verklaard.

21. Asmel s.c.a.r.l. heeft tegen dat besluit beroep ingesteld bij de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Lazio, Italië). Zij was van mening dat zij – ondanks het feit dat zij een entiteit naar gemeen recht was – rechtspersoonlijkheid had, voorzag in behoeften van algemeen belang, geen industriële of commerciële activiteiten verrichtte en gefinancierd werd door de aangesloten lokale overheden die een overheersende invloed op haar werking uitoefenden. Zij betoogde dat zij dus een aanbestedende dienst was die voldeed aan de eisen om als „aankoopcentrale" te worden aangemerkt.

22. De Tribunale amministrativo regionale per il Lazio heeft het beroep van Asmel s.c.a.r.l. bij vonnis nr. 2339 van 22 februari 2016 verworpen. Rekening houdend met de wijze van financiering van die vennootschap en het toezicht op haar beheer, heeft die rechter geoordeeld dat zij niet als een publiekrechtelijke instelling kon worden aangemerkt. Hij stelde vast dat zij zich niet hield aan de door de CCP voorgeschreven organisatiemodellen voor aankoopcentrales en verklaarde dat haar werkterrein beperkt moest blijven tot het grondgebied van de oprichtende gemeenten.

23. Asmel s.c.a.r.l. stelde tegen het vonnis in eerste aanleg hoger beroep in bij de Consiglio di Stato op verschillende gronden, waarvan die rechter er twee relevant acht voor de onderhavige zaak, met name:

– dat het onjuist is te oordelen dat het organisatiemodel van de consortiumvennootschap niet verenigbaar is met de bepalingen CCP inzake aankoopcentrales, en

– dat de CCP geen enkele territoriale beperking aan het werkterrein van die aankoopcentrales stelt.

24. De Consiglio di Stato wijst erop dat openbare territoriale lichamen worden vermeld als aanbestedende dienst in artikel 3, lid 25, CCP. In beginsel kan elk van die lichamen als aankoopcentrale fungeren (artikel 3, lid 34, CCP). Kleine gemeenten moeten in dat verband echter een beroep doen op een „specifiek organisatiemodel" (artikel 33, lid 3 bis, CCP), dat verschilt van het model waarin in het algemeen is voorzien voor andere bestuurslichamen.

25. Volgens dat „specifieke organisatiemodel" kunnen kleine gemeenten [11] alleen gebruikmaken van aankoopcentrales die een van de volgende twee modellen hebben aangenomen: a) een vereniging van gemeenten in de zin van artikel 32 van de TUEL of b) een consortium van lokale overheden als bedoeld in artikel 31 van de TUEL. [12]

26. Volgens de Consiglio di Stato lijkt die aan kleine gemeenten opgelegde verplichting in strijd te zijn met de mogelijkheid om zonder enige beperking van de samenwerkingsvormen een beroep te doen op aankoopcentrales.

27. Eveneens stelt hij in de nationale regeling een aanvullende beperking vast met betrekking tot consortia van gemeenten, waarbij de deelneming van particuliere entiteiten wordt uitgesloten. [13] Die uitsluiting zou in strijd kunnen zijn met de Unierechtelijke beginselen van vrij verkeer van diensten en maximale openstelling voor mededinging, aangezien de verrichting van een dienst die als ondernemingsactiviteit kan worden aangemerkt, uitsluitend wordt voorbehouden aan limitatief vastgestelde Italiaanse openbare lichamen, terwijl in deze optiek die dienst beter onder vrije mededingingsvoorwaarden binnen de interne markt kan worden verricht.

28. Verder legt hij uit dat de nationale regeling weliswaar geen werkterrein voor aankoopcentrales bepaalt, maar wel uitgaat van een verband tussen het grondgebied van de gemeenten die van die aankoopcentrales gebruikmaken en het werkterrein van deze laatste. Dat terrein is dus beperkt tot het grondgebied van de gemeenten die deel uitmaken van de vereniging of het consortium vormen. Volgens de Consiglio di Stato is ook die beperking in strijd met het beginsel van vrij verkeer van diensten en dat van maximale openstelling voor mededinging, aangezien aldus exclusieve zones voor de activiteit van de aankoopcentrales worden gecreëerd.

29. In die omstandigheden heeft de Consiglio di Stato het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„Staat het Unierecht in de weg aan een nationale regeling zoals die van artikel 33, lid 3 bis, van decreto legislativo nr. 163 van 12 april 2006, dat de keuzemogelijkheid van gemeenten bij het gebruik van een aankoopcentrale beperkt tot slechts twee organisatiemodellen, te weten een reeds bestaande vereniging van gemeenten of een op te richten consortium van gemeenten?

Hoe het ook zij, staat het Unierecht, inzonderheid de beginselen van vrij verkeer van diensten en maximale openstelling voor mededinging in het kader van openbare aanbestedingen van diensten, in de weg aan een nationale regeling zoals die van artikel 33, lid 3 bis, van decreto legislativo nr. 163 van 12 april 2006, dat, gelezen in samenhang met artikel 3, lid 25, van datzelfde decreto legislativo, ten aanzien van het organisatiemodel van consortia van gemeenten bepaalt dat deze geen privaatrechtelijke rechtsvorm mogen hebben, zoals een consortium naar gemeen recht waaraan ook privaatrechtelijke personen deelnemen?

11 Aanvankelijk, op grond van de eerste versie van de bepaling, gemeenten met minder dan 5 000 inwoners en later, volgens de versie van 2014, alle gemeenten die geen provinciehoofdstad zijn.

12 Daaraan moet echter worden toegevoegd, zoals de Italiaanse regering aangeeft, dat de betrokken bepaling sinds de wijziging ervan in 2014 toestaat dat „[deze gemeenten] [a]ls alternatief [...] hun eigen aankopen [kunnen] doen via elektronische aankoopinstrumenten die worden beheerd door Consip S.p.A. of een andere als referentie fungerende aggregator". Naar die twee mogelijkheden werd in het besluit van de A.N.A.C. van 30 april 2015 verwezen, waarin werd benadrukt dat kleine gemeenten ook een beroep konden doen op de aankoopcentrale die op nationaal niveau was opgericht voor aankopen van bestuurslichamen (Consip) of op andere „als referentie fungerende aggregatoren", waaronder de regionale aankoopcentrales.

13 Volgens de omschrijving van „aanbestedende dienst" in artikel 3, lid 25, CCP worden consortia van die aard alleen gevormd tussen openbare lichamen.

Tot slot, staat het Unierecht, inzonderheid de beginselen van vrij verkeer van diensten en maximale openstelling voor mededinging in het kader van openbare aanbestedingen van diensten, in de weg aan een nationale regeling zoals die van artikel 33, lid 3 bis, dat, indien het aldus wordt uitgelegd dat consortia van gemeenten die als aankoopcentrale fungeren een werkterrein hebben dat overeenkomt met het grondgebied van de daarbij aangesloten gemeenten, als één geheel beschouwd – en dat dus ten hoogste het grondgebied van een provincie beslaat –, het werkterrein van deze aankoopcentrales beperkt?"

III. Procedure bij het Hof

30. De verwijzingsbeslissing is bij het Hof ingekomen op 3 januari 2019.

31. Asmel s.c.a.r.l., de Italiaanse regering en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend en zijn ter terechtzitting van 29 januari 2020 verschenen.

IV. Beoordeling

A. Ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen

32. De Commissie en de Italiaanse regering werpen een aantal bezwaren op inzake de ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen.

33. Volgens de Italiaanse regering zijn die vragen in hun geheel niet-ontvankelijk, aangezien zij hypothetisch zijn. Zij stelt dat de verwijzende rechter, ongeacht het antwoord van het Hof, het bij hem ingestelde beroep niet kan toewijzen op basis van dat antwoord, aangezien aan Asmel s.c.a.r.l. geen aankoopdienst is toevertrouwd na een aanbestedingsprocedure.

34. Dit bezwaar kan niet worden aanvaard, aangezien het Hof, gelet op het feit dat het aan de verwijzende rechter staat om te beoordelen of de prejudiciële vraag noodzakelijk is om uitspraak te doen in het betrokken geding, alleen indien duidelijk blijkt (wat in casu niet het geval is) dat een dergelijke noodzaak niet bestaat kan weigeren haar te beantwoorden.

35. Dat bezwaar van de Italiaanse regering ziet meer op de gegrondheid van het geschil dan op de ontvankelijkheid van de prejudiciële verwijzing zelf. De vraag op welke soort aankoopcentrales – publieke of met particuliere deelneming – kleine gemeenten een beroep kunnen doen, betreft geen hypothetisch maar een reëel probleem, voor de oplossing waarvan de door de Italiaanse regeling opgelegde beperkingen moeten worden getoetst aan het Unierecht.

36. De Commissie merkt om te beginnen op dat de door de A.N.A.C. toegepaste bepaling, waarvan de Consiglio di Stato betwijfelt of zij verenigbaar is met het Unierecht, *lijkt* te zijn ingetrokken, waardoor elke mogelijke schade voor Asmel s.c.a.r.l. waarop de prejudiciële verwijzing betrekking heeft, lijkt te zijn verdwenen. Die omstandigheid zou ertoe kunnen leiden dat het geding zonder voorwerp is geworden.

37. De intrekking waarnaar de Commissie verwijst, is die welke in 2016 gevolgen had voor de tekst van artikel 33, lid 3 bis, CCP, na de wijziging ervan in 2014. Het staat aan de verwijzende rechter om de gevolgen van die intrekking voor het hoofdgeding na te gaan, maar vanuit de in casu relevante invalshoek kan niet worden gesteld dat de prejudiciële verwijzing zonder voorwerp is geworden, in het bijzonder indien in het geding uitspraak moet worden gedaan op basis van de regeling die van kracht

was op het moment van de feiten.[14]

38. De door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid met betrekking tot de derde prejudiciële vraag, zal ik bij de analyse van die vraag behandelen.

B. Preciseringen vooraf

39. De Consiglio di Stato wenst in essentie te vernemen of een *organisatiemodel* op basis waarvan het voor kleine lokale overheden slechts is toegestaan[15] gebruik te maken van twee soorten aankoopcentrales (verenigingen en consortia van gemeenten), in overeenstemming is met het Unierecht.

40. In de verwijzingsbeslissing wordt het vrij verrichten van diensten (artikel 56 VWEU) genoemd als beginsel waaraan de Italiaanse wetgeving afbreuk zou doen en worden daarnaast de bepalingen van richtlijn 2004/18 die betrekking hebben op aankoopcentrales uitdrukkelijk aangehaald.

41. Wat de plaatsing van overheidsopdrachten betreft, doet de rechtspraak van het Hof een beroep op de fundamentele vrijheden van het VWEU wanneer de richtlijn die deze materie regelt niet van toepassing is. In casu was de richtlijn die ratione temporis de plaatsing van overheidsopdrachten regelde (en dus de wettelijke regeling inzake aankoopcentrales in het Unierecht) richtlijn 2004/18.

42. Bovendien neemt de CCP in artikel 3, lid 34, zelf de definitie van aankoopcentrale van artikel 1, lid 10, van richtlijn 2004/18 over, hetgeen duidelijk maakt dat die nationale bepaling deze richtlijn in nationaal recht omzet.

43. Ik ben het dan ook eens met de Commissie dat het antwoord op de prejudiciële vragen in het kader van richtlijn 2004/18 moet worden gegeven.

44. Ten slotte is het irrelevant dat in de verwijzingsbeslissing van geen enkele in het hoofdgeding betwiste overheidsopdracht de waarde wordt vermeld teneinde te kunnen nagaan of zij het drempelbedrag voor de toepasselijkheid van richtlijn 2004/18 bereikt. De beschrijving van de omvang van de activiteiten van Asmel s.c.a.r.l. biedt een basis om aan te nemen dat het in artikel 7 van richtlijn 2004/18 vastgestelde minimum wordt overschreden[16], en het is op die activiteit in het algemeen dat het verzoek om een prejudiciële beslissing betrekking heeft.

45. Hoewel ik uiteindelijk slechts één antwoord zal geven op de drie prejudiciële vragen, kan ik ze mijns inziens beter afzonderlijk, in de door de Consiglio di Stato voorgestelde volgorde, analyseren.

14 Ter terechtzitting heeft de Italiaanse regering opgemerkt dat de nieuwe regeling inzake aankoopcentrales [artikel 37, lid 4, van decreto legislativo n. 50 (wetsbesluit nr. 50) van 18 april 2016], die in de plaats moet komen van de regeling van het ingetrokken artikel 33, lid 3 bis, CCP, krachtens artikel 1 van wet nr. 55 van 2019 pas op 31 december 2020 in werking treedt. Op grond van die informatie erkende de Commissie het nut van de prejudiciële beslissing voor de beslechting van het geding, ondanks de in 2016 doorgevoerde wijziging in de wetgeving.

15 De verwijzingsbeslissing gaat uit van die opvatting. Zie echter de nuancering van de Italiaanse regering over de mogelijkheid voor kleine gemeenten om ook gebruik te maken van nationale of regionale aankoopcentrales (zie voetnoot 12).

16 In punt 1.4 van de verwijzingsbeslissing, waarnaar de Commissie in punt 34 van haar opmerkingen verwijst, staat te lezen dat het aantal plaatsingsprocedures dat Asmel s.c.a.r.l. namens verschillende lokale overheden heeft uitgevoerd, minstens honderdvijfentwintig bedraagt (zie voetnoot 9 van de onderhavige conclusie).

C. Eerste prejudiciële vraag

46. Volgens de verwijzende rechter „[beperkt artikel 33, lid 3 bis, CCP] de keuzemogelijkheid van gemeenten bij het gebruik van een aankoopcentrale [...] tot slechts twee organisatiemodellen, te weten een reeds bestaande vereniging van gemeenten of een op te richten consortium van gemeenten". Hij wenst te vernemen of die bepaling in strijd is met het Unierecht (zonder nadere precisering). [17]

47. Het staat aan de grondwetgever of de gewone wetgever van elke lidstaat om vast te stellen hoe groot de door de verwijzende rechter genoemde keuzevrijheid van de lokale overheden in die lidstaat is, zonder dat het Unierecht ter zake precieze regels oplegt.

48. Ik zal me daarom concentreren op richtlijn 2004/18, waarbij „aankoopcentrales" in het Unierecht zijn ingevoerd als weerspiegeling van een in sommige lidstaten gangbare praktijk, die bedoeld is om bestuurslichamen de mogelijkheid te bieden om goederen of diensten via dit gecentraliseerde systeem te verwerven. [18]

49. Hoewel richtlijn 2014/24/EU [19] ratione temporis niet van toepassing is, is er in die richtlijn, zelfs nog stelliger dan in de voorgaande richtlijn, voor gekozen die centrale aankooptechniek te behouden. [20]

50. Op grond van de definitie van artikel 1, lid 10, van richtlijn 2004/18 is „[e]en ‚aankoopcentrale' [...] een aanbestedende dienst die [...] voor aanbestedende diensten bestemde leveringen en/of diensten verwerft of [...] overheidsopdrachten gunt of raamovereenkomsten sluit met betrekking tot voor aanbestedende diensten bestemde werken, leveringen of diensten".

51. Volgens artikel 11 van richtlijn 2004/18 *kunnen* de lidstaten voorzien in de mogelijkheid dat aanbestedende diensten „via aankoopcentrales werken, leveringen en/of diensten verwerven". [21]

52. Artikel 1, lid 9, van richtlijn 2004/18 omschrijft welke rechtssubjecten aanbestedende diensten zijn: „de staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of een of meer van deze publiekrechtelijke instellingen".

17 Zie voetnoot 12 met betrekking tot andere mogelijkheden waarover de gemeenten beschikken.

18 Overweging 15 van richtlijn 2004/18.

19 Richtlijn 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).

20 Overweging 59 van richtlijn 2014/24: „Op de aanbestedingsmarkten van de Unie komt het steeds vaker voor dat aanbestedende diensten de vraag bundelen om schaalvoordelen zoals lagere prijzen en transactiekosten te verkrijgen, en om het aanbestedingsmanagement te verbeteren en te professionaliseren."

21 Volgens de Engelse versie van het artikel, „contracting authorities may purchase works, suplies and/or services *from* or *through* a central purchasing body" (cursivering van mij). Het gebruik van die tweeledige uitdrukking (*from or through*) lijkt vooruit te lopen op de dualiteit van categorieën en functies van de aankoopcentrales, die in de latere richtlijn 2014/24 duidelijker wordt gepreciseerd: zij kunnen optreden als *groothandelaren* die aankopen, opslaan en wederverkopen, en als *tussenpersonen* voor de aanbestedende diensten, waarvoor zij opdrachten plaatsen, dynamische aankoopsystemen beheren of raamovereenkomsten sluiten die door die aanbestedende diensten worden gebruikt (zie overweging 69 van richtlijn 2014/24).

53. Niets in de opzet van richtlijn 2004/18 staat eraan in de weg dat privaatrechtelijke personen onder strikte voorwaarden in publiekrechtelijke instellingen worden opgenomen. Overeenkomstig artikel 1, lid 9, tweede alinea, van richtlijn 2004/18 hangt de hoedanigheid van publiekrechtelijke instelling af van een aantal factoren die verband houden met, ten eerste, het ontstaan en de rechtspersoonlijkheid ervan [22], en, ten tweede, het feit dat zij afhankelijk is van en onderworpen is aan toezicht door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen [23].

54. Een privaatrechtelijke persoon kan dus in beginsel deel uitmaken van een publiekrechtelijke instelling die als aanbestedende dienst wordt aangemerkt, op voorwaarde dat die instelling aan de hierboven genoemde voorwaarden voldoet. [24]

55. Volgens de verwijzingsbeslissing moeten kleine lokale overheden, wanneer zij lokale aankoopcentrales willen oprichten, gebruikmaken van uitsluitend publiekrechtelijke rechtsvormen, met name verenigingen of consortia van gemeenten. Aan die aankoopcentrales waarvan kleine lokale overheden kunnen gebruikmaken om werken, leveringen en diensten te verwerven, mogen dus geen privaatrechtelijke personen deelnemen.

56. Richtlijn 2004/18 schrijft weliswaar voor dat aankoopcentrales een aanbestedende dienst zijn, maar verplicht de lidstaten niet om ervoor te zorgen dat elke publiekrechtelijke instelling (met of zonder particuliere deelneming) die de hoedanigheid van aanbestedende dienst heeft, van die aankoopcentrales gebruik maakt.

57. Richtlijn 2004/18 geeft de lidstaten in dat verband een ruime beoordelingsmarge. In overweging 16 ervan wordt, „[t]eneinde rekening te houden met de bestaande verschillen in de lidstaten", benadrukt dat het wenselijk is dat „zij zelf kunnen kiezen of zij bepalen dat de aanbestedende diensten gebruik kunnen maken van [...] aankoopcentrales, [...] als omschreven en geregeld bij deze richtlijn".

58. De normatieve inhoud van die overweging komt tot uiting in artikel 11, lid 1, van richtlijn 2004/18, waarnaar ik eerder heb verwezen. Volgens die bepaling kunnen lidstaten ervoor *kiezen* om toe te staan dat hun aanbestedende diensten (in casu de lokale overheden) gebruikmaken van aankoopcentrales.

59. Diezelfde keuzemogelijkheid strekt zich mijns inziens uit tot de keuze van de regeling die het algemeen belang het best dient, aangezien richtlijn 2004/18 geen specifieke regels vaststelt over het toelaten van privaatrechtelijke personen tot aankoopcentrales. Het volstaat dus dat de nationale regeling geen afbreuk doet aan de essentiële contouren van die centrales en dat zij eist dat die aankoopcentrales, wat hun werking betreft, aan het bepaalde in richtlijn 2004/18 voldoen (artikel 11, lid 2, in fine).

22 Het moeten instellingen zijn die zijn opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, en die rechtspersoonlijkheid bezitten.

23 Het moeten instellingen zijn „waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer onderworpen is aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van het bestuursorgaan, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen".

24 Wat Asmel s.c.a.r.l. betreft, is de weigering om haar de *hoedanigheid* van publiekrechtelijke instelling toe te kennen, gebaseerd op de wijze waarop zij wordt gefinancierd en op het feit dat er ondernemingen en andere particuliere entiteiten aan deelnemen, op het beheer of de leiding waarvan de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen niet het door de regeling geëiste toezicht kunnen uitoefenen. Het staat aan de verwijzende rechter om die beoordeling van de rechter in eerste aanleg al dan niet te bevestigen.

60. Het recente arrest in de zaak Irgita [25] geeft enkele richtsnoeren voor de uitlegging die ook voor deze prejudiciële verwijzing gelden. Hoewel het een uitspraak betreft in een andere context [26] – zij het wel op het gebied van de plaatsing van overheidsopdrachten – en over een bepaling die geen betrekking heeft op aankoopcentrales (artikel 12, lid 1, van richtlijn 2014/24), wordt erin benadrukt dat die bepaling de lidstaten niet „de vrijheid [ontneemt] om de voorkeur te geven aan een wijze van dienstverlening, uitvoering van werken of levering van goederen boven een andere". [27]

61. In het arrest Irgita heeft het Hof:

– verklaard dat „[d]e vrijheid van de lidstaten om de wijze van dienstverlening te kiezen waarmee de aanbestedende diensten in hun eigen behoeften zullen voorzien, [...] ook [voortvloeit] uit overweging 5 van richtlijn 2014/24" [28];

– als aanvullend argument verwezen naar richtlijn 2014/23/EU [29], aangezien daarin wordt benadrukt dat de lidstaten vrij zijn te beslissen hoe zij de uitvoering van werken of het verrichten van diensten het best beheren. [30] Het Hof verwijst naar artikel 2, lid 1, van die richtlijn om dat standpunt te ondersteunen. [31]

62. Op basis van die keuzevrijheid van de lidstaten ben ik derhalve van mening dat richtlijn 2004/18 er niet aan in de weg staat dat een van hen ervoor kiest zijn kleine lokale overheden te verplichten om, wanneer zij gebruik willen maken van een eigen aankoopcentrale, een beroep te doen op samenwerkingsverbanden, zoals verenigingen en consortia van gemeenten, die uitsluitend van publiekrechtelijke aard zijn.

63. Lidstaten zijn vrij – ik herhaal – om centrale formules of technieken voor overheidsaankopen (op nationaal, regionaal, provinciaal of lokaal niveau) in te voeren naargelang van hun eigen belangen en de specifieke omstandigheden op enig moment. [32] Zij kunnen ook, zoals later in artikel 37, lid 1, in fine, van richtlijn 2014/24 is bevestigd, „bepalen dat bepaalde aanbestedingen dienen te worden gedaan door gebruik te maken van aankoopcentrales of één of meer welbepaalde aankoopcentrales".

25 Arrest van 3 oktober 2019 (C-285/18, EU:C:2019:829; hierna: „arrest Irgita").

26 In die zaak was er discussie over de vraag of nationale beperkingen verder gingen dan de vaststelling van „de voorwaarden [...] waaraan een aanbestedende dienst moet voldoen wanneer hij een inhousetransactie wenst te sluiten".

27 Arrest Irgita, punt 44.

28 Ibidem, punt 45. Hoewel wordt verwezen naar richtlijn 2014/24, die ratione temporis niet van toepassing is op deze zaak, wordt in datzelfde punt 45 benadrukt dat met overweging 5 „de rechtspraak van het Hof van vóór deze richtlijn wordt vastgelegd". Volgens die overweging „[verplicht] geen enkele bepaling in deze richtlijn de lidstaten [...] 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".

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

30 Arrest Irgita, punt 47.

31 „In deze richtlijn wordt, in overeenstemming met het nationale recht en het Unierecht, het beginsel van de bestuurlijke vrijheid van nationale, regionale en lokale autoriteiten erkend. Deze autoriteiten zijn vrij te beslissen hoe zij de uitvoering van werken of het verrichten van diensten het best beheren teneinde in het bijzonder een bijzonder hoog niveau van kwaliteit, veiligheid en betaalbaarheid, gelijke behandeling en bevordering van universele toegang en van gebruikersrechten in openbare diensten zeker te stellen. Deze autoriteiten kunnen kiezen of zij hun taken van openbaar belang uitvoeren hetzij met hun eigen middelen, hetzij in samenwerking met andere autoriteiten, of deze aan ondernemers opdragen."

32 De Italiaanse regering wijst er in de toelichting bij een deel van het besluit van de A.N.A.C. van 30 april 2015 op dat de regel in kwestie is ingevoerd om het risico van maffia-infiltratie te voorkomen [artikel 13 van wet 136/2010, „Piano straordinario contro le mafie" (bijzonder plan voor maffiabestrijding)]. Het latere besluit „Salva-Italia" (besluit „Red Italië") (artikel 23, lid 4, van wetsbesluit nr. 201 van 6 december 2011, bekrachtigd bij wet nr. 214 van 22 december 2011) maakte de centralisatie van de aankopen van kleinere gemeenten tot een verplichting en een instrument van toezicht op de uitgaven, door de invoering van de nieuwe versie van artikel 33, lid 3 bis, CCP.

64. Verenigingen en consortia van gemeenten zijn *organisatiemodellen* van lokale overheden die net als deze laatste van publiekrechtelijke aard zijn. Het is dan ook niet vreemd dat de nationale wetgeving ter regeling van deze *modellen*, die zijn ingevoerd voor het gezamenlijke beheer van diensten of de gezamenlijke uitoefening van openbare functies, niet voorziet in de deelneming van privaatrechtelijke natuurlijke of rechtspersonen aan deze modellen.

65. De nationale wetgever kan kiezen voor een gedecentraliseerd systeem van lokale overheidsaankopen (waarbij elke gemeente afzonderlijk overeenkomsten sluit voor de verwerving van goederen, werken of diensten), of voor een gecentraliseerd of geaggregeerd systeem (dat wil zeggen een formule van gezamenlijke aankopen door meerdere gemeenten of aankoopcentrales waarvan die gemeenten gebruikmaken). [33]

66. Wat dat tweede systeem betreft, geeft richtlijn 2004/18 – ik benadruk – de vrijheid aan de nationale wetgever om het op te zetten. Die vrijheid omvat, ook al is zij niet uitdrukkelijk in die richtlijn (en wel in richtlijn 2014/24) opgenomen, de bevoegdheid om dat systeem voor bepaalde aanbestedende diensten verplicht te maken.

67. Niets zou eraan in de weg staan de deelneming van privaatrechtelijke personen in aankoopcentrales te overwegen. Ik begrijp evenwel niet waarom het in strijd zou zijn met richtlijn 2004/18, of enige andere Unierechtelijke regeling, dat het publieke organisatiemodel dat eigen is aan verenigingen en consortia van gemeenten, wordt overgenomen voor aankoopcentrales die door die verenigingen of consortia worden opgericht als middel voor de respectieve gemeenten om werken, diensten en leveringen te verwerven.

68. Het is echter waar dat de vrijheid van de nationale wetgever niet onbeperkt is, zoals het arrest Irgita ook – in een andere soortgelijke context – heeft aangetoond, en dat de keuze die hij maakt niet in strijd mag zijn met de regels en beginselen van het VWEU, noch met de daarin neergelegde vrijheden. [34]

69. Wat dat punt betreft, stelt de Consiglio di Stato slechts dat, aangezien „aankoopcentrales [...] ondernemingen [zijn] die de dienst van verwerving van goederen en leveringen aan aanbestedende diensten aanbieden” [35], de door de Italiaanse wetgever opgelegde beperking zou kunnen afdoen aan het in artikel 57 VWEU neergelegde beginsel van het vrij verrichten van diensten.

70. Dat een aankoopcentrale in zijn betrekkingen met derden als een marktdeelnemer kan worden aangemerkt [36], volstaat niet om vast te stellen dat de artikelen 56 en 57 VWEU zonder meer van toepassing zijn wanneer dat begrip niet los kan worden gezien van het begrip „aanbestedende dienst” en onder dat laatste, overeenkomstig richtlijn 2004/18, alleen „de staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of een of meer van deze publiekrechtelijke instellingen” vallen.

71. Ik ben het dan ook eens met het standpunt van de Italiaanse regering dat de hoedanigheid van aankoopcentrales die duurzaam ermee belast zijn de taken van aanbestedende diensten voor rekening van overheidsinstanties te verrichten, door de nationale wetgever kan worden voorbehouden aan publiekrechtelijke personen. [37]

33 De grenzen die de grondwet van elke lidstaat aan de wetgevende macht kan opleggen inzake de lokale autonomie van de territoriale lichamen (dat wil zeggen hun interne organisatiebevoegdheid) zijn niet aan de orde in de in casu gestelde vragen.

34 Arrest Irgita, punt 48: „De vrijheid waarover de lidstaten beschikken om te beslissen hoe zij de uitvoering van werken of het verrichten van diensten het best beheren, kan echter niet onbeperkt zijn. Integendeel, zij moet worden uitgeoefend met inachtneming van de fundamentele regels van het VWEU, met name het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten, alsmede de daaruit voortvloeiende beginselen, zoals gelijke behandeling, non-discriminatie, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie”.

35 Punt 10.3 van de verwijzingsbeslissing.

36 Dat is het geval voor Asmel s.c.a.r.l., waarvan de diensten door haar klanten worden vergoed.

37 Opmerkingen van de Italiaanse regering, punten 70 e.v.

72. Overeenkomstig richtlijn 2004/18 concurreerden die aankoopcentrales niet op een onbestaande *markt voor diensten van aankoopcentrales* met privaatrechtelijke personen die dezelfde diensten aan overheidsinstanties aanboden. Dat voor loutere nevenactiviteiten ter ondersteuning van de aankoopactiviteiten van aanbestedende diensten particuliere ondernemingen of instanties hun tegen betaling hun medewerking kunnen aanbieden (bijvoorbeeld in de vorm van adviesdiensten), is een andere zaak.

73. Het is mogelijk dat de situatie veranderd is na richtlijn 2014/24, waarvan artikel 37, lid 4, toestaat dat een „overheidsopdracht voor diensten betreffende gecentraliseerde aankoopactiviteiten aan een aankoopcentrale" wordt gegund.

74. Dat die gunning kan plaatsvinden „zonder toepassing van de in deze richtlijn vervatte procedures", zoals uitdrukkelijk in die bepaling wordt gesteld, zou kunnen worden verklaard door het feit dat die overheidsopdrachten moeten worden gegund aan aankoopcentrales van publiekrechtelijke aard (in voorkomend geval met beperkte particuliere deelneming en onder toezicht van de overheid). Anders, dat wil zeggen indien de overheidsopdracht aan een privaatrechtelijke persoon zou kunnen worden gegund, is het moeilijk te begrijpen dat zij aan die persoon zou worden gegund zonder eerst te zijn onderworpen aan de procedures van richtlijn 2014/24.

75. Op grond daarvan ben ik van mening dat de artikelen 56 en 57 VWEU niet rechtstreeks van toepassing zijn op het onderhavige geval. Ongeacht het feit dat alle aspecten van het geding zich binnen Italië afspelen, zonder dat er sprake is van grensoverschrijdende aanknopingspunten [38], is van doorslaggevend belang dat de uitlegging van het Unierecht dat toepasselijk dient te worden geacht (richtlijn 2004/18), niet vereist dat de door kleine lokale overheden opgerichte aankoopcentrales noodzakelijkerwijs privaatrechtelijke personen omvatten.

76. Ik meen niet dat de Italiaanse regeling, wanneer zij wordt beoordeeld uit het oogpunt van het mededingingsrecht [39] op het gebied van overheidsopdrachten, als zodanig in strijd is met dat recht. De mededinging die het Unierecht op dat gebied tracht te beschermen, is in de eerste plaats die tussen marktdeelnemers die werken, goederen of diensten aanbieden aan de aanbestedende diensten. Voor zover die laatste (in casu de aankoopcentrales die door de verenigingen en consortia van gemeenten zijn opgericht) de procedures van richtlijn 2004/18 naleven om die leveringen te verkrijgen, blijft de mededinging tussen die marktdeelnemers behouden.

77. Met andere woorden betekent het feit dat kleine lokale overheden gebruik moeten maken van hun eigen aankoopcentrales (via de verenigingen en consortia van gemeenten) niet dat de door concurrentie gekenmerkte markt wordt afgesloten voor de betrokken marktdeelnemers die deze overheidsinstanties de benodigde goederen, werken of diensten willen leveren.

D. Tweede prejudiciële vraag

78. De Consiglio di Stato wenst te vernemen of het Unierecht („met name de beginselen van het vrij verkeer van diensten en maximale openstelling voor mededinging in het kader van openbare aanbestedingen van diensten") in de weg staat aan een nationale regeling die „bepaalt dat [consortia van gemeenten] geen privaatrechtelijke rechtsvorm mogen hebben, zoals een consortium naar gemeen recht waaraan ook privaatrechtelijke personen deelnemen".

38 Arrest van 15 november 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874), punt 47, en aldaar aangehaalde rechtspraak: „de bepalingen van het VWEU inzake [...] de vrijheid van dienstverrichting [...] [zijn] niet van toepassing [...] op een situatie waarvan alle aspecten zich binnen één lidstaat afspelen".

39 Vanuit dat oogpunt kan het risico van verstoring van de mededinging eerder voortkomen uit het samenvoegen en centraliseren van aankopen, hetgeen, zoals in overweging 59 van richtlijn 2014/24 staat te lezen, zou kunnen leiden tot een „buitensporige concentratie van kopersmacht en collusie".

79. Ik moet er om te beginnen op wijzen dat de verwijzende rechter met de tweede vraag, ondanks de formulering ervan, niet wenst te vernemen of er een verplichting bestaat voor consortia van gemeenten om in het algemeen de deelneming van privaatrechtelijke personen toe te staan. In zijn context beschouwd heeft de twijfel van de verwijzende rechter daarentegen betrekking op de vraag of het verbod van die deelneming van de particuliere sector aan aankoopcentrales die door die consortia zijn opgericht, in overeenstemming is met het Unierecht.

80. Aldus uitgelegd, kan het antwoord op die vraag mijns inziens worden afgeleid uit het antwoord op de eerste prejudiciële vraag, zodat er niets meer moet aan worden toegevoegd.

81. De Commissie voert evenwel aan[40] dat het besluit van de A.N.A.C. dat aan de oorsprong van het geding ligt, veel verder gaat dan wat passend is, aangezien het in absolute zin belet dat Asmel s.c.a.r.l. in om het even welke omstandigheden de activiteit van „aggregator" uitoefent, en haar aldus de kwalificatie als aanbestedende dienst ontzegt.[41]

82. Volgens de Commissie is een nationale regeling die, zoals die in het onderhavige geval, entiteiten uitsluit die volgens een bepaalde rechtsvorm en met deelneming van privaatrechtelijke personen zijn opgericht, verenigbaar met het Unierecht op voorwaarde dat die entiteiten voor *andere*[42] bevoegdheden dan die welke het voorwerp zijn van die regeling, kunnen worden aangemerkt als publiekrechtelijke instellingen in de zin van artikel 1, lid 9, van richtlijn 2004/18.

83. Ter terechtzitting heeft de Commissie haar standpunt genuanceerd: na te hebben bevestigd dat artikel 11, lid 1, van richtlijn 2004/18 niet in de weg staat aan een nationale regeling als de onderhavige, die de keuzemogelijkheid van kleinere lokale overheden bij het gebruik van een aankoopcentrale beperkt tot twee organisatiemodellen, heeft zij verduidelijkt dat haar bezwaar beperkt was tot andere gunningswijzen voor overheidsopdrachten dan die welke het gebruik van die centrales impliceren.

84. Ik meen niet dat het Hof zich over die opmerking van de Commissie hoeft uit te spreken, aangezien de vraag van de verwijzende rechter alleen maar ziet op de *specifieke* bevoegdheden van de verenigingen en consortia van gemeenten om permanente aankoopcentrales op te richten, en niet op *andere* bevoegdheden. De vraag of lokale overheden bevoegd zijn om zelf overeenkomsten af te sluiten binnen een niet-gecentraliseerde aankoopregeling, gaat verder dan de prejudiciële verwijzing.

E. Derde prejudiciële vraag

85. De Consiglio di Stato neemt als uitgangspunt dat de litigieuze nationale regeling aldus moet worden uitgelegd „dat consortia van gemeenten die als aankoopcentrale fungeren een werkterrein hebben dat overeenkomt met het grondgebied van de daarbij aangesloten gemeenten, als één geheel beschouwd, en dat dus ten hoogste het grondgebied van een provincie beslaat".

86. Uitgaande van die uitlegging wenst de verwijzende rechter te vernemen of die nationale regeling in strijd is met de beginselen van vrij verkeer van diensten en maximale openstelling voor mededinging in het kader van openbare aanbestedingen van diensten.

40 Punten 60-63 van haar schriftelijke opmerkingen.

41 De Commissie erkent dat het uitsluitend aan de verwijzende rechter staat om te oordelen of Asmel s.c.a.r.l. een publiekrechtelijke instelling is, waarvoor hij, onder meer, zal moeten beoordelen of de overheidsinstanties in die vennootschap een overheersende invloed uitoefenen. Asmel s.c.a.r.l. deelt dat uitgangspunt.

42 Cursivering in het origineel.

87. Zowel de Italiaanse regering als de Commissie maakt een aantal bezwaren tegen de wijze waarop die vraag wordt gesteld:

– De Italiaanse regering stelt dat het niet duidelijk is welke redenen de verwijzende rechter aanvoert, waardoor zij ter zake geen standpunt kan innemen. Volgens haar neemt die rechter tegengestelde standpunten in door te stellen, enerzijds[43], dat de regeling „exclusieve zones voor de activiteiten van aankoopcentrales die ten behoeve van kleine gemeenten werken" zou creëren (wat volgens de Italiaanse regering een voordeel voor consortia van gemeenten lijkt te impliceren) en, anderzijds, dat de territoriale beperking een nadeel voor de aankoopcentrales met zich meebrengt.

– De Commissie is van mening dat de vraag hypothetisch is, aangezien de geografische beperking voor een aankoopcentrale als Asmel s.c.a.r.l. eerder een voordeel dan een nadeel zou opleveren, aangezien die beperking haar werkterrein, dat verschilt van dat van de verenigingen en consortia van gemeenten, zou uitbreiden (en niet zou doen inkrimpen).

88. De vraag is mijns inziens niet hypothetisch. De aan de orde zijnde vraag, die verder gaat dan de letterlijke formulering ervan in de verwijzingsbeslissing, betreft de vraag of het Unierecht (dat wil zeggen de reeds genoemde beginselen) in de weg staat aan de beperking van het territoriale werkterrein van bepaalde aankoopcentrales, te weten die welke door verenigingen en consortia van gemeenten zijn opgericht.

89. Die vraag is zeker nuttig voor de beslechting van een eventueel toekomstig geding over de oprichting van een (publiekrechtelijk) consortium van gemeenten als aankoopcentrale, maar dat is niet direct aan de orde in het hoofdgeding. Wanneer dat in verband wordt gebracht met het besluit van de A.N.A.C. over de activiteiten van Asmel s.c.a.r.l. als aankoopcentrale ten dienste van om het even welke gemeente zonder geografische beperkingen als zodanig, gaan de bezwaren van de Commissie enigszins op.

90. Evenwel moet, andermaal, het vermoeden van relevantie van de prejudiciële vraag, zoals die door de verwijzende rechter is gesteld, prevaleren. Indien die rechter meent dat het noodzakelijk is dat het Hof een antwoord geeft op een rechtsvraag waarvoor zijns inziens de uitlegging van een Unierechtelijke regel is vereist, dient het Hof hem dat antwoord te geven, tenzij duidelijk blijkt dat dit niet nodig is voor het hoofdgeding, hetgeen in casu niet het geval is.

91. Ten gronde bevat richtlijn 2004/18 mijns inziens geen enkele bepaling die lidstaten bindende regels oplegt met betrekking tot de afbakening van de territoriale werkingssfeer van aankoopcentrales die door verenigingen en consortia van gemeenten zijn opgericht.

92. Bovendien lijkt het mij in overeenstemming met de opzet van die formules van samenwerking tussen lokale overheden dat de door hen opgerichte aankoopcentrales beperkt blijven tot hun respectieve grondgebieden, als één geheel beschouwd. Uit het oogpunt van de gemeenten die de diensten van de aankoopcentrale ontvangen, kunnen de gevolgen van de relatie tussen deze aankoopcentrale en die gemeenten alleen op hun eigen grondgebied tot uiting komen.

93. Ook hier zouden mogelijke problemen voor de goedkeuring van die formules kunnen voortvloeien uit de verplichting om de fundamentele vrijheden van de Verdragen te eerbiedigen. Om de redenen die ik met betrekking tot de eerste vraag heb uiteengezet, meen ik echter dat noch artikel 56 VWEU noch de mededingingsregels worden geschonden. In ieder geval blijkt uit de tekst van de verwijzingsbeslissing niet duidelijk waarom een van die vrijheden zou zijn ingeperkt.

43 Punt 11.3 van de verwijzingsbeslissing.

94. Ik wens daaraan toe te voegen dat, wat betreft de personen die werken, goederen of diensten aan de gemeenten verstrekken via de door deze laatste opgerichte aankoopcentrales, niets erop wijst dat die werken, diensten of leveringen afkomstig moeten zijn van bedrijven die zijn gevestigd op het grondgebied dat overeenkomt met dat van de aangesloten gemeenten. Met andere woorden is er geen reden om aan te nemen dat de markt is afgesloten voor bedrijven van buiten dat grondgebied, zij het Italiaanse bedrijven of bedrijven in om het even welke andere lidstaat.

V. Conclusie

95. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging de vragen van de Consiglio di Stato als volgt te beantwoorden:

„Het Unierecht, en met name artikel 11 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, staat niet in de weg aan een nationale regeling op grond waarvan, volgens de uitlegging van de verwijzende rechter, kleine lokale overheden werken, goederen en diensten moeten verwerven via aankoopcentrales die zijn opgericht volgens twee precieze organisatiemodellen, te weten de vereniging van gemeenten of het consortium van gemeenten, waarvan het werkterrein beperkt is tot het grondgebied van die gemeenten, als één geheel beschouwd”.