ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

11 mei 2006 *

In zaak C-340/04,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italië) bij beslissing van 27 mei 2004, bij het Hof ingekomen op 9 augustus 2004, in de procedure

Carbotermo SpA,

Consorzio Alisei

tegen

Comune di Busto Arsizio,

AGESP SpA,

in tegenwoordigheid van:

Associazione Nazionale Imprese Gestione servizi tecnici integrati (AGESI),

* Procestaal: Italiaans.

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: P. Jann, kamerpresident, K. Schiemann, N. Colneric, J. N. Cunha Rodrigues (rapporteur) en E. Levits, rechters,

advocaat-generaal: C. Stix-Hackl,
griffier: C. Strömholm, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 10 november 2005,

gelet op de opmerkingen van:

— Carbotermo SpA, vertegenwoordigd door A. Sansone en P. Sansone, avvocati,

— Consorzio Alisei, tezamen met AGESI, vertegenwoordigd door B. Becchi en L. Grillo, avvocati,

— Comune di Busto Arsizio, vertegenwoordigd door C. Caputo, avvocatessa,

— AGESP SpA, vertegenwoordigd door A. Sciumè en D. Tassan Mazzocco, avvocati,

— de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door I. M. Braguglia als gemachtigde, bijgestaan door G. Fiengo, avvocato dello Stato,

— de Duitse regering, vertegenwoordigd door W.-D. Plessing als gemachtigde,

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

— de Poolse regering, vertegenwoordigd door T. Nowakowski als gemachtigde,

— de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door M. Hoskins als gemachtigde,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door X. Lewis en D. Recchia als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 12 januari 2006,

het navolgende

Arrest

1 De prejudiciële vraag betreft de uitlegging van richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB L 199, blz. 1).

2 Deze vraag is gerezen in een geding tussen de ondernemingen Carbotermo SpA (hierna: „Carbotermo") en Consorzio Alisei, enerzijds, en Comune di Busto Arsizio (hierna: „gemeente Busto Arsizio") en de onderneming AGESP SpA (hierna: „AGESP"), anderzijds, over de gunning aan laatstgenoemde onderneming van een opdracht voor de levering van brandstoffen alsmede voor het onderhoud en de aanpassing van de verwarmingsinstallaties van de gemeentelijke gebouwen aan de wettelijke en technische normen.

Toepasselijke bepalingen

Bepalingen van gemeenschapsrecht

3 Artikel 1, sub a en b, van richtlijn 93/36 bepaalt:

„In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder:

a) ‚overheidsopdrachten voor leveringen': schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die betrekking hebben op de aankoop, leasing, huur of huurkoop, met of zonder koopoptie, van producten, en die zijn gesloten tussen een leverancier (natuurlijke persoon of rechtspersoon), enerzijds, en een van de sub b omschreven aanbestedende diensten, anderzijds. De levering van de producten kan ook de nodige werkzaamheden voor het aanbrengen en installeren omvatten;

b) ‚aanbestedende diensten': de staat, zijn territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen.

Onder ‚publiekrechtelijke instelling' wordt verstaan, iedere instelling die

— is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard,

— rechtspersoonlijkheid heeft,

en

— waarvan of wel de activiteiten in hoofdzaak door de staat of de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, of wel het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatsten, of wel de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

— [...]"

4 Artikel 6 van deze richtlijn bepaalt:

„1. Bij het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen passen de aanbestedende diensten in de hieronder genoemde gevallen [de openbare procedure, de niet-openbare procedure en de procedure van gunning via onderhandelingen] toe.

2. De aanbestedende diensten kunnen hun opdrachten voor leveringen plaatsen volgens een procedure van gunning via onderhandelingen, indien [...]

3. De aanbestedende diensten kunnen in de volgende gevallen hun opdrachten voor leveringen plaatsen volgens de procedure van gunning via onderhandelingen, zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van opdracht:

[...]

4. In alle andere gevallen maken de aanbestedende diensten voor het plaatsen van opdrachten voor leveringen gebruik van de openbare of van de niet-openbare procedure."

5 Artikel 1, punt 3, van richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 199, blz. 84) luidt als volgt:

„In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder:

[...]

3. ‚verbonden ondernemingen': ondernemingen waarvan de jaarrekening is geconsolideerd met die van de aanbestedende dienst overeenkomstig de voorschriften van richtlijn 83/349/EEG van de Raad van 13 juni 1983 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag betreffende de geconsolideerde jaarrekening [PB L 193, blz. 1] of, in het geval van aanbestedende diensten die niet onder deze richtlijn vallen, ondernemingen waarop de aanbestedende dienst rechtstreeks of middellijk een dominerende invloed kan uitoefenen in de zin van lid 2 of ondernemingen die een dominerende invloed op een aanbestedende dienst kunnen uitoefenen of die, tezamen met de aanbestedende dienst, onder dominerende invloed staan van een andere onderneming uit hoofde van eigendom, financiële deelneming of op de voor de onderneming geldende voorschriften".

6 Artikel 13 van deze richtlijn bepaalt:

„1. Deze richtlijn is niet van toepassing op opdrachten voor het verrichten van diensten:

a) die door een aanbestedende dienst bij een met hem verbonden onderneming worden geplaatst, of

b) die door een gemeenschappelijke onderneming (‚joint venture'), bestaande uit verscheidene aanbestedende diensten voor de uitoefening van de in artikel 2, lid 2, bedoelde activiteiten bij een van deze aanbestedende diensten of bij een met een van deze aanbestedende diensten verbonden onderneming worden geplaatst,

mits ten minste 80 % van de gemiddelde omzet die deze onderneming de laatste drie jaar in de Gemeenschap op het gebied van het verrichten van diensten heeft behaald, afkomstig is van de verstrekking van deze diensten aan de ondernemingen waarmee zij is verbonden.

Wanneer dezelfde dienst of analoge diensten worden verricht door meer dan één met de aanbestedende dienst verbonden onderneming, dient rekening te worden gehouden met de totale omzet in de Gemeenschap die voortvloeit uit het verstrekken van diensten door deze ondernemingen.

2. De aanbestedende diensten verstrekken de Commissie desgevraagd de volgende gegevens betreffende de toepassing van lid 1:

— de naam van de betrokken ondernemingen;

— de aard en de waarde van de betrokken opdrachten voor het verrichten van diensten;

— de gegevens die de Commissie noodzakelijk acht voor het bewijs dat de betrekkingen tussen de aanbestedende dienst en de onderneming waaraan de opdrachten worden gegund, aan de in dit artikel gestelde eisen voldoen."

Bepalingen van Italiaans recht

7 Bij arrest nr. 5316 van 18 september 2003 heeft de Consiglio di Stato geoordeeld dat een plaatselijk overheidslichaam een opdracht voor leveringen aan een leverancier kon gunnen zonder aanbesteding, indien het op de leverancier toezicht uitoefende zoals op zijn eigen diensten en de leverancier het merendeel van zijn werkzaamheden verrichtte voor het lichaam dat hem controleert.

Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

8 Carbotermo is een onderneming gespecialiseerd in opdrachten voor de levering van energie en het beheer van verwarmingsinstallaties ten behoeve van zowel openbare als particuliere klanten.

9 Consorzio Alisei is een onderneming die energieproducten levert en diensten in verband met klimaatregeling en verwarming van gebouwen verstrekt.

10 AGESP Holding SpA (hierna: „AGESP Holding") is een aandelenvennootschap ontstaan uit de omvorming, waartoe op 24 september 1997 is besloten, van Azienda per la Gestione dei Servizi Pubblici, een speciale onderneming van de gemeente Busto Arsizio. Het maatschappelijk kapitaal van AGESP Holding is thans voor 99,98 % in handen van de gemeente Busto Arsizio. De andere aandeelhouders zijn de gemeenten Castellanza, Dairago, Fagnano Olona, Gorla Minore, Marnate en Olgiate Olona; zij hebben elk één aandeel.

11 Volgens artikel 2 van haar statuten heeft AGESP Holding onder meer tot doel: het beheer van nutsdiensten in de sectoren gas, water, milieuhygiëne, vervoer, parkeerplaatsen, openbare badinrichtingen, apotheken, elektrische energie en verwarming, begrafenisdiensten en verkeerssignalering.

12 Artikel 6 van deze statuten bepaalt:

„[...] [De gemeente Busto Arsizio] zal steeds de meerderheid van de aandelen hebben.

[...]

Behalve [de gemeente Busto Arsizio] kunnen ook andere plaatselijke overheidslichamen (provincies, gemeenten en hun verenigingen), economische en financiële instellingen, territoriale en beroepsverenigingen, alsmede particulieren die de statutaire doelstellingen steunen, tot de vennootschap toetreden [...]"

13 Artikel 7 van deze statuten preciseert:

„Geen enkele particuliere vennoot mag meer dan 10 % van het totale maatschappelijk kapitaal bezitten [...]"

14 Volgens artikel 18 van de statuten wordt AGESP Holding geleid door een raad van bestuur.

15 Artikel 26 van deze statuten luidt:

„De raad van bestuur beschikt over de ruimste bevoegdheden die nodig zijn om het gewone en het buitengewone beheer van de vennootschap te verzekeren en kan, met uitzondering van de handelingen die wettelijk of statutair formeel aan de algemene vergadering worden voorbehouden, alle handelingen stellen die hij ter uitvoering en verwezenlijking van het maatschappelijk doel noodzakelijk acht [...]"

16 AGESP is een op 12 juli 2000 door AGESP Holding opgerichte aandelenvennootschap waarvan het maatschappelijk kapitaal thans voor 100 % in handen van AGESP Holding is.

17 Volgens artikel 3 van haar statuten, in de aan de verwijzende rechter overgelegde gewijzigde versie waarin het maatschappelijk doel wordt verruimd, heeft AGESP tot doel het uitvoeren van werkzaamheden in verband met nutsdiensten in de sectoren gas, water, milieuhygiëne, vervoer, parkeerplaatsen, elektrische energie, verwarming, klimaatregeling, informatica, telecommunicatie, bodembeheer, verlichting alsmede het verstrekken van diverse diensten aan verbonden ondernemingen.

18 Artikel 7 van de statuten van AGESP bepaalt:

„Met uitzondering van de meerderheidsaandeelhouder, AGESP Holding, mag geen enkele aandeelhouder meer dan één tiende van het totale maatschappelijk kapitaal bezitten [...]"

19 Luidens artikel 17 van deze statuten wordt AGESP bestuurd door een raad.

20 Dienaangaande preciseert artikel 19 van deze statuten:

„De raad heeft onbeperkte bevoegdheden ter verzekering van het gewone en het buitengewone beheer van de vennootschap."

21 Op 22 september 2003 heeft de gemeente Busto Arsizio een aanbesteding gepubliceerd voor de levering van brandstoffen, alsmede voor het onderhoud en de aanpassing van de verwarmingsinstallaties van de gemeentelijke gebouwen aan de wettelijke en technische normen. De opdracht, waarvan de waarde werd geraamd op 8 450 000 EUR vermeerderd met de belasting over de toegevoegde waarde (BTW), bestond uit de levering van brandstoffen (waarvan 4/5 stookolie en 1/5 methaangas) ter waarde van 5 700 000 EUR, het onderhoud van de verwarmingsinstallaties, ten bedrage van 1 000 000 EUR, en de aanpassing van deze installaties aan de wettelijke en technische normen, ten bedrage van 1 750 000 EUR.

22 Carbotermo heeft op 22 november 2003 haar offerte ingediend. Consorzio Alisei heeft een offerte voorbereid maar niet binnen de voorgeschreven termijn ingediend.

23 Op 21 november 2003 heeft de gemeente Busto Arsizio in het licht van het in punt 7 van het onderhavige arrest genoemde arrest nr. 5316 van de Consiglio di Stato besloten de aanbestedingsprocedure tot en met 10 december 2003 op te schorten.

24 Bij besluit van 10 december 2003 heeft de gemeente Busto Arsizio de aanbesteding ingetrokken, en de mogelijkheid opengehouden om de opdracht later rechtstreeks aan AGESP te gunnen.

25 Bij besluit van 18 december 2003 heeft de gemeente Busto Arsizio de betrokken opdracht rechtstreeks aan AGESP gegund. Dit besluit was ingegeven door de overweging dat AGESP voldeed aan de twee in de communautaire en de nationale rechtspraak gestelde voorwaarden voor de gunning van een overheidsopdracht zonder aanbesteding, te weten dat het plaatselijke overheidslichaam op de entiteit waaraan de opdracht wordt gegund toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten, en dat deze entiteit het merendeel van haar werkzaamheden verricht voor het lichaam dat haar controleert. Luidens de considerans van dit besluit leidt de omstandigheid dat de gemeente Busto Arsizio 99,98 % van het kapitaal van AGESP Holding in handen heeft, die zelf 100 % van het kapitaal van AGESP bezit, tot een verhouding van ondergeschiktheid tussen AGESP en de gemeente Busto Arsizio. Verder heet het in deze considerans dat AGESP het merendeel van haar omzet behaalt uit werkzaamheden in het kader van rechtstreeks door de gemeente Busto Arsizio gegunde opdrachten.

26 Bij bericht van 23 januari 2004 heeft AGESP in het kader van een versnelde procedure een aanbesteding uitgeschreven voor de levering van de betrokken stookolie, welke opdracht zij op 27 februari 2004 aan de onderneming Pezzoli Petroli Srl heeft gegund. Van de opdrachten met betrekking tot de omschakeling op methaangas, de aanpassing aan de technische en wettelijke normen, en de installatie van een systeem van controle en beheer op afstand voor de verwarmingsinstallaties van een aantal gemeentelijke gebouwen, die AGESP op 28 april, 18 mei, 30 juni en 2 september 2004 aan andere ondernemingen heeft toegewezen, ging geen enkele naar Carbotermo of Consorzio Alisei.

27 Carbotermo en Consorzio Alisei zijn tegen de besluiten tot opschorting van de aanbesteding en tot gunning van de betrokken opdracht aan AGESP opgekomen bij het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia.

28 Voor deze rechterlijke instantie hebben deze twee ondernemingen betoogd dat in casu niet was voldaan aan de voorwaarden om richtlijn 93/36 buiten toepassing te laten. Om te beginnen heeft de gemeente Busto Arsizio volgens hen geen zeggenschap over AGESP, omdat zij in AGESP slechts deelneemt via een holdingvennootschap waarvan zij voor 99,98 % aandeelhouder is, en omdat AGESP

de volle zelfstandigheid van een privaatrechtelijke aandelenvennootschap behoudt. Verder verricht AGESP niet het merendeel van haar werkzaamheden voor de gemeente Busto Arsizio, daar beduidend minder dan 80 % van haar omzet afkomstig is van activiteiten voor deze gemeente, met welk criterium naar analogie van artikel 13 van richtlijn 93/38 rekening moet worden gehouden.

29 De gemeente Busto Arsizio en AGESP hebben daartegen ingebracht dat de opdracht in casu rechtstreeks kon worden gegund, omdat de gemeente Busto Arsizio wegens haar deelneming in het kapitaal van AGESP zeggenschap had over deze onderneming, en omdat AGESP het merendeel van haar werkzaamheden voor deze gemeente verrichtte. In dit verband heeft AGESP gepreciseerd dat meer dan 28 % van de omzet die zij op het grondgebied van de gemeente Busto Arsizio behaalde verband hield met rechtstreeks ten behoeve van de gemeente verrichte diensten en dat de op dit grondgebied behaalde omzet meer dan 65,59 % van haar totale omzet vertegenwoordigde.

30 In deze omstandigheden heeft het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Is de rechtstreekse gunning van de opdracht voor de levering van brandstoffen en warmte voor verwarmingsinstallaties van gebouwen die eigendom zijn van of onder de bevoegdheid vallen van de gemeente, en het daarmee verband houdende beheer, de exploitatie en het onderhoud (waarbij zij aangetekend dat de uitgaven hoofdzakelijk betrekking hebben op leveringen) aan een aandelenvennootschap waarvan het kapitaal thans geheel in handen is van een andere aandelenvennootschap, waarvan de aanbestedende gemeente meerderheidsaandeelhouder is (99,98 %), dan wel aan een vennootschap (AGESP) waarvan de aandelen niet rechtstreeks in handen zijn van het overheidslichaam, maar van een andere vennootschap (AGESP Holding), waarvan het kapitaal thans voor 99,98 % eigendom is van het overheidslichaam, verenigbaar met richtlijn 93/36 [...]?

2) Moet inzake het vereiste dat de onderneming waaraan de leveringsopdracht rechtstreeks is gegund, het merendeel van haar werkzaamheden verricht voor het overheidslichaam dat haar controleert, worden voldaan aan artikel 13 van richtlijn 93/38 [...], en is zulks het geval wanneer genoemde onderneming het merendeel van haar inkomsten verwerft uit werkzaamheden voor het overheidslichaam dat haar controleert, dan wel indien zij dit verwerft op het grondgebied van dit lichaam?"

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag

31 Het Hof heeft al geoordeeld dat een overheidsopdracht die tegelijkertijd betrekking heeft op producten in de zin van richtlijn 93/36 en op diensten in de zin van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1), onder richtlijn 93/36 valt wanneer de waarde van de producten hoger is dan die van de diensten (arrest van 18 november 1999, Teckal, C-107/98, Jurispr. blz. I-8121, punt 38). Een opdracht als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarbij de waarde van de producten hoger is dan die van de diensten, valt dus onder richtlijn 93/36, zoals de verwijzende rechter overigens heeft vastgesteld.

32 Er is slechts sprake van een overeenkomst in de zin van artikel 1, sub a, van richtlijn 93/36 indien zij is gesloten tussen twee afzonderlijke personen (arrest Teckal, reeds aangehaald, punt 49).

33 Volgens artikel 1, sub a, van deze richtlijn volstaat daartoe in beginsel dat de overeenkomst is gesloten tussen een territoriaal lichaam en een persoon die daar rechtens van onderscheiden is. Dit zou slechts anders zijn wanneer het territoriale

lichaam op de betrokken persoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem controleren (arrest Teckal, reeds aangehaald, punt 50).

34 Volgens de verwijzingsbeschikking en de processtukken bezit de aanbestedende dienst thans 99,98 % van het kapitaal van AGESP Holding, terwijl de overige 0,02 % in handen is van andere territoriale lichamen. Volgens de statuten van AGESP Holding kunnen particuliere aandeelhouders onder twee voorwaarden in deze vennootschap een belang nemen: de meerderheid van de aandelen moet in handen van de gemeente Busto Arsizio blijven, en geen enkele particuliere aandeelhouder mag meer dan 10 % van het maatschappelijk kapitaal bezitten.

35 AGESP Holding zelf heeft thans 100 % van het kapitaal van AGESP in handen. Volgens de statuten van AGESP kunnen particuliere aandeelhouders inschrijven op haar kapitaal, maar buiten AGESP Holding mag geen enkele aandeelhouder meer dan één tiende van het kapitaal van deze vennootschap bezitten.

36 Of de aanbestedende dienst toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten moet worden beoordeeld aan de hand van alle relevante wetsbepalingen en omstandigheden. Uit dit onderzoek moet blijken dat de vennootschap waaraan de opdracht wordt toegewezen onder een zodanig toezicht staat dat de aanbestedende dienst haar beslissingen kan beïnvloeden. Het moet gaan om een doorslaggevende invloed zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van deze vennootschap (zie arrest van 13 oktober 2005, Parking Brixen, C-458/03, Jurispr. 2005, blz. I-8612, punt 65).

37 De omstandigheid dat de aanbestedende dienst alleen of tezamen met andere overheidsdiensten het volledige kapitaal van de vennootschap waaraan de opdracht wordt gegund in handen heeft, is niet beslissend, maar lijkt er toch op te wijzen dat zij op deze vennootschap toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten in de zin van punt 50 van het reeds aangehaalde arrest Teckal.

38 Blijkens de processtukken in de zaak verlenen de statuten van AGESP Holding en van AGESP de raad van bestuur van elk van deze vennootschappen de ruimste bevoegdheden ter verzekering van het gewone en het buitengewone beheer van de vennootschap. Deze statuten verlenen de gemeente Busto Arsizio geen bijzondere controlebevoegdheid of bijzonder stemrecht waarmee zij de handelingsvrijheid van deze raden van bestuur zou kunnen beperken. Haar toezicht op deze twee vennootschappen komt in wezen overeen met de marge waarover de meerderheid van aandeelhouders krachtens het vennootschapsrecht beschikt, wat de mogelijkheid voor haar om de beslissingen van deze vennootschappen te beïnvloeden aanzienlijk beperkt.

39 Verder oefent de gemeente Busto Arsizio haar eventuele invloed op de beslissingen van AGESP uit middels een holdingvennootschap. Een dergelijke tussenpersoon kan, naar gelang van de omstandigheden, tot een verzwakking leiden van het eventuele toezicht dat de aanbestedende dienst op een aandelenvennootschap uitoefent door het enkele feit van haar deelneming in het kapitaal daarvan.

40 In dergelijke omstandigheden — behoudens toetsing hiervan door de bodemrechter in het hoofdgeding — oefent de aanbestedende dienst op de vennootschap waaraan de overheidsopdracht wordt toegewezen dus geen toezicht uit zoals op haar eigen diensten.

41 Volgens artikel 6 van richtlijn 93/36 moeten aanbestedende diensten een overheidsopdracht plaatsen volgens een openbare of een niet-openbare aanbeste-

dingsprocedure, tenzij de opdracht valt onder een van de uitzonderlijke gevallen die in artikel 6, leden 2 en 3, limitatief worden opgesomd. Uit de verwijzingsbeschikking valt niet op te maken dat de opdracht die in het hoofdgeding aan de orde is, onder een van deze gevallen valt.

42 In omstandigheden als die van het hoofdgeding, verzet richtlijn 93/36 zich bijgevolg tegen de rechtstreekse gunning van een overheidsopdracht.

43 De Italiaanse regering brengt tegen deze conclusie in dat, nu AGESP een openbare aanbestedingsprocedure moet volgen om de betrokken stookolie aan te kopen, de gemeente Busto Arsizio, AGESP Holding en AGESP tezamen moeten worden beschouwd als één enkele „publiekrechtelijke instelling" in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 93/36, die overheidsopdrachten voor leveringen moet plaatsen overeenkomstig de ter zake geldende communautaire en nationale wettelijke regelingen.

44 Dit argument kan niet worden aanvaard. Om te beginnen valt de gemeente Busto Arsizio onder het begrip „territoriaal lichaam" en niet onder het begrip „publiekrechtelijke instelling" in de zin van deze bepaling. Voorts hebben de gemeente Busto Arsizio, AGESP Holding en AGESP ieder eigen rechtspersoonlijkheid.

45 Verder zijn, zoals het Hof in punt 43 van het reeds aangehaalde arrest Teckal in herinnering heeft gebracht, de enige uitzonderingen die op de toepassing van richtlijn 93/36 zijn toegestaan, daarin limitatief en uitdrukkelijk genoemd.

46 Richtlijn 93/36 bevat evenwel geen bepaling die vergelijkbaar is met artikel 6 van richtlijn 92/50, dat overheidsopdrachten die onder bepaalde voorwaarden aan aanbestedende diensten zijn gegund, van haar toepassingsgebied uitsluit (arrest Teckal, reeds aangehaald, punt 44).

47 Op de eerste vraag dient bijgevolg te worden geantwoord dat richtlijn 93/36 zich verzet tegen de rechtstreekse gunning van een opdracht voor leveringen en voor diensten, waarbij de leveringen de hoogste waarde hebben, aan een aandelenvennootschap waarvan de raad van bestuur ruime beheersbevoegdheden heeft die hij zelfstandig kan uitoefenen, en waarvan het kapitaal thans volledig in handen is van een andere aandelenvennootschap waarvan de hoofdaandeelhouder tevens de aanbestedende dienst is.

Tweede vraag

48 De tweede vraag bestaat uit twee onderdelen.

49 Ten eerste wenst de verwijzende rechter te vernemen of artikel 13 van richtlijn 93/38 moet worden toegepast om uit te maken of is voldaan aan de voorwaarde dat de onderneming waaraan een opdracht voor leveringen rechtstreeks is gegund, het merendeel van haar werkzaamheden verricht voor het overheidslichaam dat haar controleert. Ten tweede wenst hij te vernemen of ervan mag worden uitgegaan dat aan deze voorwaarde is voldaan ingeval een dergelijke onderneming het merendeel van haar omzet behaalt uit werkzaamheden voor het overheidslichaam dat haar controleert, dan wel indien zij dit behaalt op het grondgebied van dit lichaam.

Eerste onderdeel van de tweede vraag

50 Blijkens de verwijzingsbeschikking valt de opdracht die in het hoofdgeding aan de orde is onder richtlijn 93/36.

51 Uitgemaakt moet dus worden of de uitzondering van artikel 13 van richtlijn 93/38 van overeenkomstige toepassing is in het kader van richtlijn 93/36.

52 De uitzondering waarin dit artikel 13 voorziet betreft enkel opdrachten voor het verrichten van diensten, met uitzondering van opdrachten voor leveringen.

53 Artikel 13 van richtlijn 93/38 heeft betrekking op entiteiten, meer in het bijzonder gemeenschappelijke ondernemingen en ondernemingen met een geconsolideerde jaarrekening, die anders werken dan de in richtlijn 93/36 bedoelde aanbestedende diensten.

54 Verder bevat dit artikel een regeling voor kennisgeving aan de Commissie die, bij gebreke van rechtsgrondslag, niet op richtlijn 93/36 kan worden toegepast.

55 Aangezien uitzonderingen eng moeten worden uitgelegd, kan de toepassing van artikel 13 van richtlijn 93/38 niet tot de werkingssfeer van richtlijn 93/36 worden uitgebreid.

56 Deze conclusie wordt bevestigd door het feit dat de gemeenschapswetgever bij de omwerking in één tekst, in 2004, van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten ervoor heeft gekozen deze uitzondering te handhaven in artikel 23 van richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB L 134, blz. 1), doch een soortgelijke uitzondering niet op te nemen in richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114), die in de plaats van richtlijn 93/36 is gekomen.

57 Gelet op een en ander, moet op het eerste onderdeel van de tweede vraag worden geantwoord dat artikel 13 van richtlijn 93/38 niet kan worden toegepast om uit te maken of is voldaan aan de voorwaarde voor de niet-toepasselijkheid van richtlijn 93/36, te weten dat de onderneming waaraan een opdracht voor leveringen rechtstreeks is gegund, het merendeel van haar werkzaamheden verricht voor het overheidslichaam dat haar controleert.

Tweede onderdeel van de tweede vraag

58 Er zij herinnerd aan het hoofddoel van de gemeenschapsregels betreffende overheidsopdrachten, namelijk het vrije verkeer van goederen en diensten alsmede de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten (zie in die zin arrest van 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau, C-26/03, Jurispr. blz. I-1, punt 44).

59 De in het reeds aangehaalde arrest Teckal gestelde voorwaarden waaronder richtlijn 93/36 niet van toepassing is op overeenkomsten tussen een territoriaal lichaam en een persoon die daar rechtens van onderscheiden is, te weten dat het territoriale lichaam op de betrokken persoon toezicht moet uitoefenen zoals op zijn eigen diensten en dat deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden moet verrichten voor het lichaam (de lichamen) dat (die) hem controleert (controleren), dienen meer in het bijzonder te voorkomen dat de mededinging wordt vervalst.

60 Het vereiste dat de betrokken persoon het merendeel van zijn werkzaamheden verricht voor het overheidslichaam dat hem controleert of de overheidslichamen die hem controleren, heeft inzonderheid tot doel te waarborgen dat richtlijn 93/36 van toepassing blijft ingeval een door een of meer overheidslichamen gecontroleerde onderneming op de markt werkzaam is en dus met andere ondernemingen kan concurreren.

61 Een onderneming verliest immers niet noodzakelijk haar handelingsvrijheid vanwege het enkele feit dat het overheidslichaam dat haar controleert toezicht uitoefent op de beslissingen die haar aangaan, indien zij althans een belangrijk deel van haar economische activiteit voor andere marktdeelnemers kan uitoefenen.

62 Daarnaast is dus nog vereist dat deze onderneming het merendeel van haar werkzaamheden uitsluitend voor dit lichaam verricht. Binnen deze grenzen lijkt het gerechtvaardigd dat de dwingende bepalingen van richtlijn 93/36, die bedoeld zijn ter bescherming van de mededinging, op deze onderneming niet van toepassing zijn, omdat er in dat geval toch geen mededinging meer is.

63 Onder toepassing van deze beginselen kan de betrokken onderneming slechts worden geacht het merendeel van haar werkzaamheden te verrichten voor het lichaam dat haar controleert, in de zin van het reeds aangehaalde arrest Teckal, wanneer de activiteit van deze onderneming zich hoofdzakelijk toespitst op dit lichaam en elke andere activiteit marginaal is.

64 Om uit te maken of dit het geval is, dient de bevoegde rechter alle — zowel kwalitatieve als kwantitatieve — omstandigheden van de zaak in de beschouwing te betrekken.

65 Wat de vraag betreft of in deze context enkel rekening moet worden gehouden met de omzet uit voor het toezichthoudende overheidslichaam verrichte activiteiten dan wel met de omzet die is behaald op het grondgebied van dit lichaam, moet ervan worden uitgegaan dat de beslissende omzet die is welke de betrokken onderneming behaalt krachtens gunningsbesluiten van het toezichthoudende lichaam, met inbegrip van de omzet die bij de uitvoering van dergelijke besluiten voortvloeit uit het verrichten van werkzaamheden voor gebruikers.

66 De in aanmerking te nemen werkzaamheden van een onderneming waaraan een opdracht is gegund zijn immers alle werkzaamheden die zij verricht in het kader van een gunning door de aanbestedende dienst, ongeacht of de aanbestedende dienst zelf dan wel de gebruiker van die activiteiten profiteert.

67 Het doet er niet toe wie de betrokken onderneming vergoedt — het overheidslichaam dat haar controleert of de derden-gebruikers van de diensten die worden verricht krachtens concessies die dit lichaam heeft verleend, of andere rechtsverhoudingen die het tot stand heeft gebracht. Irrelevant is eveneens op welk grondgebied deze diensten worden verricht.

68 Voorzover in het hoofdgeding het kapitaal van de onderneming waaraan de opdracht is gegund indirect in handen is van meerdere overheidslichamen, kan het relevant zijn te onderzoeken of de in aanmerking te nemen activiteit die is welke deze onderneming verricht voor alle lichamen die haar controleren, dan wel enkel de activiteit die zij verricht voor het lichaam dat in casu als aanbestedende dienst optreedt.

69 In dit verband heeft het Hof gepreciseerd dat de betrokken rechtens onderscheiden persoon het merendeel van zijn werkzaamheden moet verrichten voor „het lichaam of de lichamen die hem beheersen" (arrest Teckal, reeds aangehaald, punt 50). Het Hof heeft dus rekening gehouden met de mogelijkheid dat de bedoelde uitzondering niet alleen toepassing kan vinden wanneer één enkel lichaam een dergelijke rechtspersoon controleert, maar ook ingeval meerdere lichamen hem controleren.

70 Indien meerdere lichamen een onderneming controleren, kan aan de voorwaarde betreffende het merendeel van haar activiteiten worden voldaan wanneer deze onderneming het merendeel van haar werkzaamheden verricht, niet noodzakelijk voor het ene of het andere van de bedoelde lichamen, maar voor al deze lichamen in hun geheel beschouwd.

71 In het geval dat een onderneming door meerdere lichamen wordt gecontroleerd, dient dus rekening te worden gehouden met de activiteit die zij verricht voor al deze lichamen tezamen.

72 Gelet op een en ander, moet op het tweede onderdeel van de tweede vraag worden geantwoord dat, om inzake de vraag of richtlijn 93/36 al dan niet van toepassing is, uit te maken of een onderneming het merendeel van haar activiteiten verricht voor het overheidslichaam dat haar controleert, rekening moet worden gehouden met alle werkzaamheden die deze onderneming verricht op basis van een gunning door de aanbestedende dienst, ongeacht of deze activiteiten door de aanbestedende dienst zelf dan wel door de gebruiker van de verrichte diensten worden vergoed, en ongeacht op welk grondgebied de werkzaamheden worden verricht.

Kosten

73 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof van Justitie (Eerste kamer) verklaart voor recht:

1) **Richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, verzet zich tegen de rechtstreekse gunning van een opdracht voor leveringen en voor diensten, waarbij de leveringen de**

hoogste waarde hebben, aan een aandelenvennootschap waarvan de raad van bestuur ruime beheersbevoegdheden heeft die hij zelfstandig kan uitoefenen en waarvan het kapitaal thans volledig in handen is van een andere aandelenvennootschap waarvan de hoofdaandeelhouder tevens de aanbestedende dienst is.

2) **Artikel 13 van richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, kan niet worden toegepast om uit te maken of is voldaan aan de voorwaarde voor de niet-toepasselijkheid van richtlijn 93/36, te weten dat de onderneming waaraan een opdracht voor leveringen rechtstreeks is gegund het merendeel van haar werkzaamheden verricht voor het overheidslichaam dat haar controleert.**

3) **Om inzake de vraag of richtlijn 93/36 al dan niet van toepassing is, uit te maken of een onderneming het merendeel van haar activiteiten verricht voor het overheidslichaam dat haar controleert, moet rekening worden gehouden met alle werkzaamheden die deze onderneming verricht op basis van een gunning door de aanbestedende dienst, ongeacht of deze activiteiten door de aanbestedende dienst zelf dan wel door de gebruiker van de verrichte diensten worden vergoed, en ongeacht op welk grondgebied de werkzaamheden worden verricht.**

ondertekeningen