# CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL D. RUIZ-JARABO COLOMER van 2 juni 2009 [1]

## I — Inleiding

1. Het prejudiciële verzoek van het Tribunale Amministrativo Regionale de Sicilia (regionale bestuursrechter) biedt het Hof de gelegenheid de regeling inzake „publiek-private samenwerkingsconstructies" [2] op het gebied van het beheer van openbare diensten en de verenigbaarheid van de PPS met de artikelen 43 EG, 49 EG en 86 EG te onderzoeken.

2. De rechtstreekse gunning van deze diensten aan een gemengde onderneming is in strijd met het gemeenschapsrecht wanneer daarbij de regels van de aanbestedingsrichtlijnen worden omzeild. Het verwijt richt zich in casu tegen de gevolgde procedure voor de verlening van dienstenconcessies, in zoverre daarbij inbreuk wordt gemaakt op de artikelen 43 EG en 49 EG alsmede op de beginselen van gelijke behandeling, nondiscriminatie en transparantie [3], en de opdrachten niet op goede gronden aan een eigen technische uitvoeringsdienst of -instantie worden gegund [4].

3. Aan deze zaak zit een bijzonder aspect dat haar onderscheidt van de eerder door het Hof gelaakte gunningen, want de Italiaanse rechter vermeldt niet alleen dat het geïntegreerd waterbeheer rechtstreeks is gegund aan een entiteit met gemengd publiek en privaat kapitaal, maar benadrukt bovendien dat er daaraan voorafgaand een aanbesteding heeft plaatsgehad, waarvan de klassieke functionaliteit evenwel een mutatie lijkt te hebben ondergaan.

4. De selectie van de opdrachtnemer of concessiehouder is hier namelijk gebruikt als methode om de private partner van de commerciële onderneming aan te wijzen als uitvoerder of concessiehouder, een opdracht die behalve de daarbij behorende financiële

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — De afkorting „PPS" die ik hier en daar gebruik staat voor de Nederlandse aanduiding; in het Engels en het Frans wordt „PPP" gebruikt, respectievelijk voor „public private partnership" en „partenariat public privat".

3 — Arresten van 10 november 2005, Commissie/Oostenrijk (C-29/04, Jurispr. blz. I-9705, punt 48); 6 april 2006, ANAV (C-410/04, Jurispr. blz. I-3303, punt 33), en 13 oktober 2005, Parking Brixen (C-458/03, Jurispr. blz. I-8585, punt 52).

4 — En dus aan de vereisten voor „in house providing" is voldaan.

investering ook de uitvoering van de dienst inhoudt.

5. Anders dan in de zaak Commissie/Oostenrijk [5], waarin het Hof heeft vastgesteld dat er sprake was van een kunstmatige constructie die uit „verschillende onderscheiden fasen" bestond en voorts een als *in house*-relatie [6] ingeklede gunning aan een gemengde onderneming onrechtmatig heeft geoordeeld, speelt in de onderhavige zaak de mededinging een rol en introduceert een geheel nieuwe mogelijkheid in een procedure waaraan een zekere soberheid niet vreemd is, want in één enkele handeling wordt de vennootschap opgericht, krijgt zij een taak toebedeeld en worden de criteria bepaald voor het binnenhalen van de private industriële partner. Wat wil een mens nog meer?

6. De vraag die thans moet worden beantwoord is of die methodologische sluiproute voldoet aan de gemeenschapsrechtelijke vereisten. [7]

5 — Reeds aangehaald arrest.

6 — Op grond van de door de Commissie op basis van artikel 226 EG aan het Hof verstrekte feitelijke informatie wees alles er reeds vooraf op dat het niet-nakomingsberoep zou worden toegewezen. Terwijl de gemeente Mödling, die 100 % in handen had van de onderneming AbfallGmbH, in eerste instantie zonder enige concurrentie de afvalinzameling en -verwerking in de gemeente aan deze vennootschap had opgedragen, keurde de gemeenteraad korte tijd later de overdracht goed van 49 % van de aandelen in AbfallGmbH aan Saubermacher AG, een feit dat bovendien voor deze onderneming beslissend was om operationeel te kunnen worden, hetgeen per saldo neerkwam op de rechtstreekse gunning van een overheidsopdracht voor diensten aan een gemengde onderneming waarin een private onderneming met 49 % van de aandelen deelnam.

7 — Wanneer ik dit zo zie moet ik denken aan die sarcastische opmerking van Dossi, C., in zijn *Note Azzurre,* uitg. Adelphi, Milaan, 1964, deel I, blz. 248, waar hij erop wijst hoe absurd het is om buiten de wet om te manoeuvreren, terwijl het eenvoudiger is dit binnen de mazen van de wet te doen.

## II — Toepasselijk recht

### A — *Gemeenschapsrecht*

#### 1. EG-Verdrag

7. Artikel 43 EG bepaalt:

„In het kader van de volgende bepalingen zijn beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden. […]

De vrijheid van vestiging omvat […] de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 48, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld."

8. Artikel 46 EG luidt:

„1. De voorschriften van dit hoofdstuk en de maatregelen uit hoofde daarvan genomen doen niet af aan de toepasselijkheid van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen waarbij een bijzondere regeling is vastgesteld voor vreemdelingen, welke bepalingen uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid gerechtvaardigd zijn.

2. De Raad stelt volgens de procedure van artikel 251 richtlijnen vast voor de coördinatie van voornoemde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen."

9. Artikel 49, lid 1, EG:

„In het kader van de volgende bepalingen zijn de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht."

10. Conform artikel 86, lid 1, EG nemen of handhaven de lidstaten „[…] met betrekking tot de openbare bedrijven en die ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel welke in strijd is met de regels van dit Verdrag, met name die bedoeld in de artikelen 12 en 81 tot en met 89".

2. De richtlijnen voor overheidsaanbestedingen

a) De traditionele sectoren

11. De vele regelingen die er bestonden met betrekking tot aspecten als de criteria voor de selectie naargelang het voorwerp van de opdracht of dat van de geleidelijke inperking van de beleidsruimte van de aanbestedende dienst, maakten een hervorming noodzakelijk die, na enige aarzelende aanzetten [8], is uitgemond 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. [9]

8 — Zoals met richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997 tot wijziging van de richtlijnen 92/50/EEG, 93/36/EEG en 93/37/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, overheidsopdrachten voor leveringen respectievelijk overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 328, blz. 1).

9 — PB L 134, blz. 114.

12. Maar bij de regelingen voor het plaatsen van opdrachten moeten de verdragsbeginselen worden geëerbiedigd, met name het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van diensten, alsmede de meer algemene beginselen zoals de gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie.

13. Om de volle werking van deze beginselen en een daadwerkelijke mededinging te verzekeren zijn voor overheidsopdrachten boven een bepaalde waarde bepalingen ingevoerd „voor de coördinatie door de Gemeenschap van de nationale procedures voor de plaatsing van dergelijke opdrachten op te stellen die gebaseerd zijn op die beginselen" (punt 2 van de considerans van richtlijn 2004/18).

14. Met het oog op het rechtszekerheidsvereiste is in artikel 1 van richtlijn 2004/18 een heel arsenaal definities opgenomen, waarvan ik voorshands, om de vage grens tussen de opdracht en de concessie af te bakenen, de hiernavolgende wil noemen:

— Overheidsopdrachten: „schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn."

— De concessieovereenkomst voor openbare werken: „een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor werken, met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de uit te voeren werken bestaat hetzij uit uitsluitend het recht het werk te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs."

— De concessieovereenkomst voor diensten: „een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor diensten met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de te verlenen diensten bestaat hetzij uit uitsluitend het recht de dienst te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs."

b) De uitgesloten sectoren

15. Gelet op de eigen aard van de markten voor water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten kon de algemene regeling er niet zonder aanpassing aan hun bijzondere karakter op worden toegepast.

16. Hierin is voorzien door 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 [10], die op dezelfde beginselen is gebaseerd [11], zij het vanuit een andere invalshoek dan richtlijn 2004/18: bepalend is niet de instantie die de aanbesteding uitschrijft, maar de aard van de activiteit waarop deze betrekking heeft [12].

17. Richtlijn 2004/17 regelt de opdrachten voor leveringen, voor de uitvoering van werken en voor het verrichten van diensten (artikel 1, lid 2, sub b, c en d), stelt deze tegenover de concessies (artikel 1, lid 3, sub a en b) en is van toepassing op „de beschikbaarstelling of exploitatie van vaste netten bestemd voor openbare dienstverlening op het gebied van de productie, het vervoer of de distributie van drinkwater" (artikel 4, lid 1, sub a) alsmede op „de drinkwatertoevoer naar deze netten" (artikel 4, lid 1, sub b).

B — *Italiaans recht*

18. Artikel 113, lid 5, van decreto legislativo nr. 267/2000 van 18 augustus 2000 houdende de gecodificeerde tekst van de wetten op de organisatie van de territoriale lichamen (hierna: „wetsbesluit nr. 267/2000") [13] in de relevante versie [14] voorziet in drie mogelijkheden waarop deze lichamen hun openbare diensten kunnen beheren [15], naargelang zij worden gegund aan:

„[…]

a) kapitaalvennootschappen die door middel van openbare aanbestedingsprocedures zijn geselecteerd;

b) vennootschappen met gemengd openbaar en particulier kapitaal waarin de private aandeelhouder wordt geselecteerd door middel van een openbare aanbestedingsprocedure met inachtneming van de nationale en gemeenschapsrechtelijke mededingingsregels, overeenkomstig de richtsnoeren die door de bevoegde autoriteiten zijn neergelegd in specifieke besluiten of circulaires;

10 — PB L 134, blz. 1.

11 — Artikel 10 en punt 9 van de considerans van richtlijn 2004/17.

12 — Zo door mij geformuleerd in punt 40 van mijn conclusie van 22 november 2007 in de zaak Ing. Aigner, met arrest van 10 april 2008 (C-393/06, Jurispr. blz. I-2339).

13 — Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (hierna: „GURI") van 28 september 2000, gewoon supplement nr. 227.

14 — Deze bepaling is vervangen door artikel 35 van wet nr. 448/2001 (gewoon supplement op GURI nr. 285 van 29 december 2001) en gewijzigd door artikel 14 van wetsbesluit nr. 269 houdende spoedmaatregelen ter bevordering van de ontwikkeling en ter verbetering van de toestand van de openbare financiën, van 30 september 2003 (gewoon supplement op GURI nr. 229 van 2 oktober 2003).

15 — Waarbij er uiteraard op wordt gewezen dat zij in overeenstemming moeten zijn met de sectorale regelgeving en met die van de Europese Unie.

c) vennootschappen waarvan het kapitaal volledig in handen is van de overheid, mits de overheidslichamen die het maatschappelijk kapitaal bezitten, op de vennootschap toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten en deze vennootschap het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die haar beheersen."

19. Het sub a bepaalde geeft de contractuele weg weer, sub c de „interne" opdrachten of „in house providing" [16], terwijl wij met sub b midden in het verraderlijke gebied zitten van de „publiek-private samenwerking".

## III — Feiten van het hoofdgeding en prejudiciële vragen

20. Op 10 juli 2002 hebben de provincia regionale di Ragusa en de in die provincie gelegen gemeenten in een samenwerkingsovereenkomst de „Ambiti Territoriali Ottimali" voor het waterbeheer („autoriteit van het samenwerkingsgebied"; hierna: „ATO") opgericht, met als hoofddoel de bedrijfsvoering van de „Servizio Idrico Integrato" (geïntegreerde waterdienst).

21. Op 26 maart 2004 heeft de Conferenza dei Sindaci e del Presidente della Provincia Regionale di Ragusa (het beraad van burgemeesters en de president van de provincie) [17] het beheer van de geïntegreerde waterdienst toevertrouwd aan een „gemengde vennootschap waarin de overheid een meerderheidsdeelneming heeft", als bedoeld in artikel 113, lid 5, sub b, van wetsbesluit nr. 267/2000. Op 7 juni 2005 heeft het beraad de conceptoprichtingsakte en de ontwerpstatuten van de SpA goedgekeurd en de exclusiviteitsverhouding met de nieuwe vennootschap bekrachtigd.

22. In het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* (S 195 van 8 oktober 2005) is een aankondiging van opdracht gepubliceerd voor de selectie van een particuliere minderheidsaandeelhouder aan wie de exploitatie van de dienst en de uitvoering van de bijkomstige werkzaamheden zou worden gegund.

23. Drie combinaties van ondernemingen hebben ingeschreven op de aanbesteding: Saceccav Depurazioni Sacede SpA, Acoset SpA en Aqualia SpA.

24. De aanbestedingscommissie heeft Aqualia SpA van deelname uitgesloten en de twee andere combinaties toegelaten. Nadat zij echter bij hen had geïnformeerd of zij nog steeds belangstelling hadden, heeft alleen Acoset SpA daarop positief gereageerd.

16 — In de eerder aangehaalde zaak ANAV heeft het Hof de verenigbaarheid onderzocht van artikel 113, lid 5, van wetsbesluit nr. 267/2000 met het gemeenschapsrecht, zonder daarbij op het door sub b gestelde probleem in te gaan, aangezien het Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia had verzocht om een uitspraak over de verregaande bevoegdheid die de overheid aan deze bepaling leek te kunnen ontlenen om het beheer van een dienst als het openbare vervoer toe te vertrouwen aan een vennootschap die onder het betrokken lokale bestuur valt (sub c), of door middel van een openbare aanbestedingsprocedure (sub a), zoals advocaat-generaal Geelhoed helder weergeeft in punt 11 van zijn conclusie van 12 januari 2006.

17 — Bestuursorgaan van de ATO.

25. Op 26 februari 2007 is evenwel de procedure in gang gezet tot stopzetting van de aanbesteding, omdat men meende dat deze in strijd kon zijn met het gemeenschapsrecht. Na afhandeling van de vereiste formaliteiten heeft het beraad van burgemeesters en de president van de provincie ten slotte bij besluit van 2 oktober 2007 de aanbesteding geannuleerd en zich bovendien uitgesproken voor het beheer van de diensten door een consortium. [18]

26. Acoset SpA is tegen deze bestuurshandeling en de eraan ten grondslag liggende besluiten opgekomen bij de rechter, heeft zich daar beroepen op haar recht tot deelname aan de aanbestedingsprocedure of tot schadevergoeding en verzocht om conservatoire opschorting van de bestreden handelingen.

27. In deze stand van zaken legt het Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia het Hof de volgende vraag voor:

„Is het model van een vennootschap met gemengd openbaar en particulier kapitaal, die speciaal is opgericht voor de verlening van een bepaalde openbare dienst van industrieel belang en met een enkel statutair doel, waaraan de betrokken dienst rechtstreeks wordt gegund en waarvan de particuliere ‚industriële' en ‚beherende' vennoot door middel van een openbare procedure wordt geselecteerd, na controle van zowel de financiële en technische vereisten als de eigenlijke operationele en beheersvereisten van de te verlenen dienst en de te leveren specifieke prestaties, in overeenstemming met het gemeenschapsrecht, met name met de verplichtingen van transparantie en vrije mededinging als bedoeld in de artikelen 43, 49 en 86 EG?"

## IV — Procesverloop voor het Hof

28. De verwijzingsbeschikking is op 14 mei 2008 ingekomen ter griffie van het Hof.

29. In hun schriftelijke opmerkingen verzoeken het beraad van burgemeesters en de president van de provincie en het gemeentebestuur van Vittoria het Hof de aanbestedingsprocedure onverenigbaar te verklaren met het gemeenschapsrecht, aangezien de dienst, in weerwil van de openbare procedure voor de selectie van de private partner, rechtstreeks is toegewezen aan de gemengde vennootschap. De gemeentebesturen van Comiso en Modica verzoeken het Hof zich preliminair uit te spreken over het procesbelang van Acosets nu de aanbesteding is geannuleerd.

30. Acoset SpA, de Commissie van de Europese Gemeenschappen en de Italiaanse, de Oostenrijkse en de Poolse regering verdedigen hunnerzijds dat de artikelen 43 EG, 49 EG en 86 EG zich niet tegen die gunning

18 — Geregeld in artikel 31, lid 8, van wetsbesluit nr. 267/2000.

verzetten, mits zij aan de gemeenschapsrechtelijke waarborgen voldoet.

31. Ter terechtzitting van 2 april 2008 hebben de vertegenwoordigers van Acoset SpA, de Italiaanse regering en de Commissie hun opmerkingen mondeling toegelicht.

## V — Ontvankelijkheid

### A — *Preliminaire beschouwingen*

32. Ook al heeft niemand het te berde gebracht, ik wil over de communautaire dimensie van de prejudiciële vraag van het Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia geen enkele twijfel laten bestaan en het geringste vermoeden wegnemen, dat het een zuiver interne zaak van één enkele lidstaat betreft — alle betrokken ondernemingen zijn immers in Italië gevestigd.

33. Het is niet uitgesloten dat een in een andere lidstaat gevestigde onderneming, gezien de omvang van de litigieuze diensten, er ook belangstelling voor had, een omstandigheid waaruit een communautaire band blijkt (arrest van 25 april 1996, Commissie/België [19], en het reeds aangehaalde arrest Parking Brixen), die wordt versterkt door de uitlegging van de verdragsregels en de algemene beginselen van gemeenschapsrecht.

34. Bovendien moet, ook al zijn de publiek-private partnerschappen, zoals ik hierna zal bespreken, niet geharmoniseerd, de homogene voor overheidsopdrachten geldende regelgeving worden onderzocht en worden vergeleken met die voor de concessie, al was het maar om helderheid te krijgen over de aard van de diensten en van het beheer die onder deze twee noemers vallen.

### B — *Onvolledigheid van de prejudiciële vraag*

35. De Oostenrijkse regering stelt dat het verzoek om uitlegging, hoe begrijpelijk en gerechtvaardigd ook, onvoldoende duidelijk is om van nut te zijn voor de in Italië aanhangige procedure, aangezien het geen gegevens bevat over de concrete aard van de prestatie, de inhoud van de aanbesteding of de omvang van de „voorafgaande vaststelling van de geschiktheid”.

36. Het vereiste om tot een voor de nationale rechter nuttige uitlegging van het gemeenschapsrecht te komen, die tegelijkertijd dient om de deelnemers aan de prejudiciële procedure de mogelijkheid te bieden opmerkingen

19 — Zaak C-87/94, Jurispr. blz. I-2043, punten 33 en 54.

te maken [20], maakt het noodzakelijk dat deze rechter een omschrijving geeft van het feitelijk en juridisch kader waarin de gestelde vragen moeten worden geplaatst, of althans de feiten uiteenzet waarop die vragen zijn gebaseerd. [21]

37. Het Hof heeft geoordeeld dat het slechts kan weigeren een uitspraak te doen over een prejudiciële vraag van een nationale rechter, wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht geen enkel verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding of wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is. [22]

38. De verwijzingsbeschikking geeft slechts zeer summier de verhouding aan van artikel 113, lid 5, van wetsbesluit nr. 267/2000 met de op basis van dit artikel uitgeschreven aanbestedingsprocedure en met de aangegeven gemeenschapsrechtelijke bepalingen en beginselen, zodat het Hof verplicht is de vraag te beantwoorden [23], omdat zij onder geen van de afwijzingsgronden ad limine valt.

20 — Arrest van 1 april 1992, Holdijk e.a. (141/81–143/81, Jurispr. blz. 1299, punt 6).

21 — Arrest van 26 januari 1993, Telemarsicabruzzo e.a. (C-320/90, C-321/90 en C-322/90, Jurispr. blz. I-393, punt 6); beschikkingen van 19 maart 1993, Banchero (C-157/92, Jurispr. blz. I-1085, punt 4); 7 april 1995, Grau Gomis e.e. (C-167/94, Jurispr. blz. I-1023, punt 8), en 20 maart 1996, Sunino en Data (C-2/96, Jurispr. blz. I-1534, punt. 4).

22 — Arrest van 22 januari 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, Jurispr. blz. I-607, punt 19).

23 — Arrest van 13 maart 2001, PreussenElektra (C-379/98, Jurispr. blz. I-2099, punt 38).

C — *Het procesbelang van Acoset SpA*

39. Het beraad en de gemeenten Comiso en Modica houden het Hof voor dat Acoset geen belang heeft bij deze prejudiciële procedure, omdat zij uitsluitend opkomt tegen de annulering van de procedure voor de selectie van de private partner.

40. Deze stelling snijdt volstrekt geen hout en dient zonder meer te worden gepasseerd.

41. Uit artikel 234 EG vloeit voort dat de beslissing over het indienen van een prejudicieel verzoek [24] uitsluitend aan de nationale rechter toekomt en niet aan partijen, al kunnen zij wel worden gehoord. [25] Het feit dat iemand als procespartij in de nationale procedure is betrokken — en daaraan voldoet Acoset SpA ruimschoots [26] — volstaat om zijn deelneming aan de prejudiciële procedure toe te staan.

24 — Zie over het grote belang dat hieraan wordt toegekend als samenwerkingsinstrument in de gemeenschapsrechtelijke arena, arresten van 1 december 1965, Schwarze (16/65, Jurispr. blz. 1104), en 16 januari 1974, Rheinmühle (166/73, Jurispr. blz. 823).

25 — Artikel 23 van het Statuut van het Hof van Justitie.

26 — Het is hoe dan ook verbazend dat de annulering van de aanbesteding als argument wordt gebruikt om Acoset haar gerechtvaardigd belang bij de procedure te ontzeggen, nu die stopzetting juist aanleiding geeft tot de procedure.

## VI — Onderzoek ten gronde van de prejudiciële vraag

A — *Naar een autonoom begrip „publiek-private samenwerking"*

1. Perspectief van de lidstaten

42. De economische en beheersactiviteiten van de overheid hebben de afgelopen eeuw een diepgaande wijziging ondergaan. Van een in de aanvang terughoudende nachtwakersstaat, slechts gericht op handhaving van de openbare orde met traditionele politiële middelen als geboden en verboden, heeft zij zich ontwikkeld tot een overheid die haar burgers voorzieningen biedt [27], om ten slotte uit te groeien tot een op solidariteit gebaseerde sociale verzorgingsstaat. [28]

43. Aan het eind van die weg is de klassieke idee van openbaredienstverlening evenwel vastgelopen, omdat het door de mate van interactie tussen overheid en burgers thans niet meer mogelijk is een strikte scheiding aan te houden tussen de door elk van hen verrichte taken.

44. Ook al is het optreden van de overheid gericht op het algemeen belang, dat wil nog niet zeggen dat er niet tal van manieren zijn om dat te verwezenlijken. Daaronder zijn in het bijzonder díe van belang die, waar zij particulieren de mogelijkheid bieden activiteiten van openbare aard te verrichten, een niet-onaanzienlijke dosis samenwerking omvatten. [29]

45. Een prominente plaats — als exponent van die convergentie — wordt hierbij ingenomen door constructies van zogenoemd indirect beheer van openbare diensten of overheidsopdrachten, die zich in de loop der tijd in het recht hebben ontwikkeld.

46. Wanneer een private onderneming derhalve de zorg voor de uitvoering van een dienst op zich neemt en, met het doel daarmee winst te maken, haar kapitaal inzet voor het goed en regelmatig verloop van de dienstverlening, ontstaat een nauwe band met de openbare financiën. Dat is omgekeerd eveneens het geval wanneer de overheid, zich bewust van haar technische of economische beperkingen, in de ondernemer de juiste partner vindt om een werk of een dienst te realiseren.

27 — Forsthoff, E., *Die Verwaltung als Leistungsträger,* Kohlhammer, Stuttgart, 1938, heeft ze onder de noemer „bescherming van het algemeen belang" gevat. Onder het als „Daseinsvorsorge" voor de noodzakelijke levensbehoeften door hem gemunte begrip heeft hij het model geschetst van een sterke en ondernemende overheid die aan die behoeften kan voldoen. Voor een verhelderend inzicht in deze benadering, zie Martín Retortillo, L., „La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de Daseinsvorsorge", in *Revista de Administración Pública,* nr. 38, mei-augustus 1962, blz. 35 tot en met 65.

28 — Een van de baanbrekende theoretici, Duguit, L., *Leçons de Droit public général,* uitg. Boccard, Parijs, 1926, blz. 36, wijst machtsuitoefening als een aan de staat inherent element af en ziet voor haar als taak de maatschappelijke solidariteit te kanaliseren.

29 — Het omgekeerde doet zich voor wanneer de staat de privaatrechtelijke weg betreedt, als hij op commercieel gebied en op voet van gelijkheid concurreert met andere deelnemers aan het economische verkeer.

47. Privaat kapitaal fungeert als intermediair tussen het lichaam dat het verrichten van de werkzaamheid of dienst als taak heeft en degenen voor wie die is bedoeld, waardoor in al deze constructies, afgezien van de specifieke kenmerken naargelang hun typologie, het archetype van een gedeelde taakuitoefening herkenbaar is, dat alle aspecten daarvan bepaalt.

48. Bovendien, los van contracten en concessies, is het niet ongebruikelijk of volstrekt nieuw dat de overheid samenwerking zoekt met de private sector voor de uitvoering van openbare taken, zonder deze echter tot onderdeel van haar structuur te maken. [30]

49. Om als autonome categorie te kunnen worden geïdentificeerd moest de „publiek-private samenwerking" derhalve als een op zichzelfstaand type worden geïndividualiseerd, uitgaande van alle elkaar wederzijds beïnvloedende factoren eigen aan bepaalde rechtsfiguren.

50. Dat zij een Angelsaksische oorsprong heeft klinkt door in de discussie over het „New Public Management", dat tot voedingsbodem van de PPS heeft gediend, doordat het de deuren van de overheid heeft geopend voor commerciële beheerscriteria die een private economische inbreng veronderstellen („Private Finance Initiative").

30 — Santamaría Pastor, J.A., *Principios de derecho administrativo,* deel I, 3e dr., collectie Ceura, uitg. Centro de Estudios Ramón Areces, blz. 460, beschrijft deze samenwerking en betoogt dat er behalve de overheid in strikte zin ook altijd een soort „crypto-overheid" is geweest.

51. Maar vanaf dit punt lopen de methodologieën uiteen, want terwijl in sommige nationale rechtsstelsels vormen van „samenwerkingsovereenkomsten" [31] zijn beproefd, is dat soort constructies in andere stelsels volkomen buiten de orde gebleven. [32]

2. Een versnipperd communautair beeld

52. Het gemeenschapsrecht is gericht op de harmonisatie van de nationale wettelijke regelingen op het gebied van de overheidsopdrachten, maar het laat verstek gaan wanneer het wordt geconfronteerd met het „verschijnsel" PPS. [33]

53. De lidstaten zouden evenwel, gezien het groeiend aantal PPS in de publieke sector, graag een regeling zien op gemeenschapsniveau, want zij zijn niet blind voor de lucratieve kanten van de PPS.

31 — In Frankrijk is deze vorm terug te zien in ordonnance nr. 2004/559 van 17 juni 2004 en in wet nr. 2008-735 van 28 juli 2008 inzake de „contrats de partenariat". In Spanje heeft de „publiek-private samenwerking" in wet nr. 30/2007 van 30 oktober inzake de „contratos del sector público" (BOE nr. 261 van 31 oktober 2007, blz. 44336) een contractuele aard gekregen.

32 — Zie over de spanning rond die specificiteit de binnenkort te verschijnen studie van González García, J., *Colaboración público-privada. Entre la atipicidad contractual y el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado,* waarin hij eerst het ontstaan schetst van een nieuwe vorm van overeenkomsten en vervolgens zijn beschouwingen afsluit met de conclusie dat deze een middel is „om alle constructies van atypische verhoudingen die zich voordoen in de wereld van de economische verhoudingen tussen particulieren te kunnen overnemen in de overheidspraktijk", waarbij hij zich een voorstander toont van die atypiciteit, omdat die meer ruimte biedt voor flexibiliteit en inventiviteit bij de prestatie.

33 — Uit het „Groenboek over publiek-private samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten" van 30 april 2004, (COM(2004) 327 def.; hierna: „Groenboek") blijkt dat de Commissie, althans in die tijd, de „PPS" zo zag.

54. Behalve dat zij lucht bieden aan de budgettaire beperkingen, bevorderen deze instrumenten de private financiering en het gebruik van de know-how van de niet binnen het publieke domein opererende ondernemingen, als remedie tegen de koerswijziging waartoe de liberaliseringsgolf de staat dwingt, want van rechtstreekse deelnemer aan het economisch verkeer is hij tot een gedragsregulerende autoriteit geworden, die in laatste instantie instaat voor die gedragingen wanneer zij het algemeen belang raken.

55. In een volstrekt van elke specifieke bindende regeling verstoken context heerst er vooral grote rechtsonzekerheid over de participatie en de wijze waarop de private partners in dit economisch evenwichtssysteem kunnen worden geïntegreerd.

56. Er was derhalve dringend behoefte aan uitleggingscriteria om de bestaande praktijken in overeenstemming te brengen met de verdragsbeginselen. Hierin is voorzien door de Interpretatieve mededeling [34] van de Commissie van 5 februari 2008 over de toepassing van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten op geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerking. [35]

57. Naar mijn idee wordt de ontwikkeling van de PPS tot volwaardige contracten verhinderd doordat er geen harmonisatie [36] is op gemeenschapsniveau, waarbij overigens wel kan worden toegegeven dat deze nieuwe samenwerkingsmechanismen bepaalde overeenkomsten in die mate stroomlijnen dat zij als zodanig kunnen gelden of de kenmerken van een concessie benaderen.

58. Een uitputtende reglementering zou een aantal problemen uit de weg ruimen en tot leidraad dienen voor overheidsinstanties en particuliere ondernemingen, want de huidige onzekerheid weerhoudt hen er — ten koste van de financiering van de infrastructuren en de openbare diensten — vaak van een PPS op te richten (zo geeft de Commissie toe) [37], gezien de kans dat deze niet in overeenstemming is met de door de Europese Unie gestelde vereisten.

34 — Alonso, García, R., noemt in „El soft law comunitario", *Revista de Administración Pública*, nr. 154, januari-april 2001, blz. 79, als een van de positieve aspecten van de instrumenten van artikel 249 EG het feit dat zij de overheden en de particuliere exploitanten een duidelijk en coherent kader bieden om in overeenstemming met het gemeenschapsrecht te handelen.

35 — C(2007) 6661, waarnaar ik hierna zal verwijzen als „de mededeling".

36 — Het Europees Parlement heeft er echter in zijn advies in eerste lezing van 10 mei 2002 bij de Commissie op aangedrongen de mogelijkheid te onderzoeken om een voorstel voor een richtlijn, COM(2000) 275, aan te nemen. Het Economisch en Sociaal Comité heeft op zijn beurt een wetgevingsinitiatief nodig geoordeeld [advies van het ESC (PB C 14, van 16 januari 2001), rapporteur Levaux, punt 4.1.3, en advies van het ESC (PB C 193, van 10 juli 2001), rapporteur Bo Green, punt 3.5].

37 — Deze voor de rechtspraktijk normale reactie wordt bevestigd door Carbonnier, J., in *Sociologie juridique*, Quadrige, PUF, Parijs, 1994, blz. 331, die erop wijst dat juristen en sociologen anders aankijken tegen de complexiteit van het recht. Terwijl het voor de eersten een onontkoombaarheid, een ziekelijke aandoening zelfs is, en zij alles tot de essentie willen terugbrengen, beperken de laatsten zich, zonder waardeoordelen uit te spreken, tot de zuivere beschouwing van buitenaf van iets dat onderzocht dient te worden.

59. Deze lacune maakt de pogingen om het bestuurlijk handelen onder te verdelen in toezicht, stimulering en openbare dienst enigszins gratuit [38], waar nog bij komt dat elk van deze domeinen in een geglobaliseerde rechtsgemeenschap van land tot land verschillende invullingen kent.

60. Vooral bij de openbare dienst treedt de heterogeniteit duidelijk aan het licht [39], want terwijl deze notie in sommige stelsels de hoeksteen is van de bestuursrechtelijke organisatie [40] vormt zij in andere niet de grondslag van het „régime administratif" en neemt de „publicatio" ook een veel minder prominente positie in. [41]

61. Dit is volgens mij een van de oorzaken van de diversiteit van PPS-constructies, die zich nog voor een veel diepgaander probleem geplaatst zien: de gemeenschapswetgever heeft wel de overheidsopdrachten geharmoniseerd, maar niet het woud aan concessies [42] en openbare diensten, waardoor het, gezien het feit dat deze figuren in heel wat PPS verscholen gaan, geen toeval is dat zij het zonder regeling moeten stellen.

38 — Zie voor een overzicht, Presutti, E., *Principi fondamentali di scienze dell'amministrazione*, Societá Editrice, Milaan, 1903.

39 — Zie het advies van het Economisch en Sociaal Comité van 22 mei 2003 inzake het „Groenboek over diensten van algemeen belang" van 22 mei 2003 [COM(2003) 270 def.] PB C 76.

40 — Duidelijk het geval in Frankrijk, Italië en Spanje, tegenover de bijvoorbeeld in Groot-Brittannië, Duitsland en Denemarken heersende leer.

41 — De formuleringen mogen verschillen, de grondslag en de essentie van de openbare dienst worden steeds onderkend: González-Varas Ìbáñez, S., *El derecho administrativo privado*, uitg. Montecorvo, Madrid, 1996, blz. 398.

42 — Al wordt in de Interpretatieve mededeling over concessieovereenkomsten in het communautaire recht van de Commissie (2000/C 121/02, blz. 6) een van de nationale definities onafhankelijke notie gehanteerd.

B — *Een PPS-indeling*

62. Al is de term „publiek-private samenwerking" niet gedefinieerd, toch is in het Groenboek een onderscheid voorgesteld, gebaseerd op de empirische vaststelling dat alle uiteenlopende vormen van PPS in de lidstaten tot twee grote modellen konden worden herleid, naargelang de samenwerking uitsluitend op een contract berust („strikt contractuele PPS") of vorm krijgt in een afzonderlijke rechtspersoon (geïnstitutionaliseerde PPS).

63. Deze tweedeling is al te onderkennen in de mededeling van de Commissie, die slechts op de laatste betrekking heeft, mogelijk omdat de veelheid aan verschijningsvormen van de contractuele PPS, een gevolg van een wel zeer ruime wilsautonomie, zich minder goed leent voor systematisering. [43]

64. In de geïnstitutionaliseerde PPS werken de publieke en de private partner samen in een entiteit met eigen rechtspersoonlijkheid, van waaruit zij toezien op de uitvoering van een werk of de verlening van een dienst ten behoeve van het publiek.

43 — Deze — aldus het Groenboek — „omvat uiteenlopende constructies waarbij een of meer taken van uiteenlopende omvang aan de private partij worden toevertrouwd, waaronder het ontwerpen, financieren, uitvoeren, herstellen of exploiteren van een werk of dienst".

65. Anders dan in sommige contractuele PPS-constructies, waarin een rechtstreekse band tot stand komt tussen de eindgebruiker en de private partner die in de plaats van de overheid de dienst verricht, heeft in de geïnstitutionaliseerde PPS de onderneming, als opdrachtneemster of concessiehoudster, „officieel" een rechtsbetrekking met de eindgebruiker, al wordt de activiteit „materieel" door de private partner verricht. Zo laat zich de precisering begrijpen die de vertegenwoordiger van Acoset ter zitting in deze prejudiciële procedure heeft aangebracht, dat de private partner in de praktijk zijn diensten verleent aan de gemengde kapitaalonderneming.

66. Naast de reeds vermelde voordelen bevordert de geïnstitutionaliseerde PPS dat de publieke partij relatief veel controle houdt over het verloop van de werkzaamheden, doordat zij medeaandeelhouder is en zitting heeft in de besluitvormingsorganen.

67. In de praktijk blijken er in hoofdzaak twee wegen te worden bewandeld voor het tot stand brengen van een geïnstitutionaliseerde PPS: hetzij door de ex novo oprichting van de rechtspersoon, hetzij door wijziging van de kapitaalstructuur van een bestaande die, eerst volledig in overheidshanden, gedeeltelijk in handen van particulieren overgaat. Het spreekt vanzelf dat, wil deze tweede weg zuiver gevolgd worden, de meerderheidsdeelneming van de private sector er reeds vóór of ten tijde van de gunning moet zijn, en niet daarna. [44]

68. Artikel 113, lid 5, sub b, van wetsbesluit nr. 267/2000 ziet op een geïnstitutionaliseerde PPS van de eerste soort, want er wordt een gemengde kapitaalvennootschap opgericht waarin de private partner, na selectie in een openbare aanbestedingsprocedure, het geïntegreerde beheer van de gemeentelijke drinkwatervoorziening [45].

69. Ten slotte, waar de geïnstitutionaliseerde PPS de vorm van de opdracht of de concessie kunnen kiezen, kunnen zij ook worden onderscheiden naar hun voorwerp, als bepalend kenmerk voor de toepasselijke gemeenschapsrechtelijke regeling.

*C — Afbakening tussen opdracht en concessie*

70. Op de voet van het in het vorige onderdeel gereleveerde onderscheid moeten thans de grenzen worden gedefinieerd tussen opdracht en concessie om te bepalen welke rechtsregeling van toepassing is op de geïnstitutionaliseerde PPS van Ragusa.

44 — Dit blijkt uit punt 42 van het arrest Commissie/Oostenrijk: teneinde met het gemeenschapsrecht strijdige achterdeurtjes te vermijden, mogen de aanbestedende diensten niet „hun toevlucht […] nemen tot kunstgrepen die de gunning van overheidsopdrachten voor dienstverlening aan gemengde ondernemingen dienen te maskeren".

45 — Zeer verhelderend is dat het Groenboek erkent dat er in de lidstaten gelijkaardige constructies worden gebruikt „voor het beheer van openbare diensten op lokaal niveau (zoals diensten voor de levering van water of het ophalen van vuilnis)".

71. Ik ben het met de Commissie eens dat een lokale openbare dienst als die voor het geïntegreerd waterbeheer kan worden overgedragen in de vorm van een opdracht of van een concessie en dat aan de hand van de summiere informatie in de verwijzingsbeschikking niet kan worden vastgesteld of voor de ene of voor de andere vorm is gekozen.

72. Belangrijk is in dit verband dat: ten eerste het Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia bij zijn vraag uitsluitend uitgaat van de EG-bepalingen en beginselen zonder naar de aanbestedingsrichtlijnen [46] te verwijzen, het ten tweede spreekt van de „concessiehoudende" gemengde onderneming en ten derde dat de voorziene looptijd van dertig jaar meer in overeenstemming is met een concessie. [47]

73. Het verschil is niet zonder betekenis, want indien de gemengde kapitaalonderneming een overheidsopdracht uitvoert, zouden de criteria van de richtlijnen 2004/17 en 2004/18 voor de bekendmaking en de selectie van de private partner van toepassing zijn wanneer het met de uitvoering gemoeide bedrag de in deze regelingen aangegeven financiële grenzen overschrijdt. Gaat het daarentegen om een dienstenconcessie of om een niet onder die richtlijnen vallende overheidsopdracht (bijvoorbeeld omdat de waarde ervan beneden de hierin gestelde drempels ligt), dan zouden daarvoor uitsluitend de beginselen en de vrijheden van het EG-verdrag gelden.

74. Dit laat zien hoe belangrijk het is de voor de afbakening van de vage grenzen tussen opdracht en concessie geldende criteria te preciseren [48], een taak die bij gebreke van de daarvoor benodigde gegevens in laatste instantie aan de nationale rechter is, waarbij hij zich moet baseren op „het exploitatierisico" en „de vergoeding voor de dienst", zoals door het Hof bepaald.

75. In het kader van deze prejudiciële verwijzing doen zich de eerste problemen voor met betrekking tot de afbakening van de „opdracht voor openbare dienstverlening" en de „concessie voor openbare dienstverlening"

76. Bij een dienstencontract moet door de aanbestedende dienst rechtstreeks een tegenprestatie worden betaald aan de dienstverlener. Wanneer deze zijn vergoeding niet van de overheidsinstantie ontvangt maar uit de middelen die derden voor het gebruik van die

46 — Een prijzenswaardige voorzichtigheid die de Siciliaanse rechter hier aan de dag legt, want van alle mogelijke regels en regelingen die een geïnstitutionaliseerde PPS juridisch tot leven kunnen brengen, verwijst hij uitsluitend naar de vrijheden en de beginselen van het EG-verdrag, de kleinste gemene deler voor de overheidsopdrachten en concessies, waarmee hij Bacons advies volgt in *Essays*, uitg. Cosimo, 2007, hoofdstuk LVI, Of Judicature, blz. 137, „Judges must beware of hard constructions, and strained inferences; for there is no worse torture, than the torture of laws".

47 — Op grond van dat gegeven spreken de Italiaanse Republiek en Acoset zonder voorbehoud van een concessie. Bovendien hangt, zoals ter terechtzitting duidelijk is geworden, de duur af van de hoogte van de investering, omdat die kostendekkend moet zijn.

48 — Passerieux, R., en Thouvenin, J. M., zien in „Le partenariat public/privé à la croisée des chemins, entre marché et concession", in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, nr. 487, april, 2005, blz. 237, als belangrijkste bron van de rechtsonzekerheid de onstandvastigheid van deze categorieën, gezien het risico dat de onder het soepele regime van de concessie opgerichte PPS („PPP concessions") later worden omgedoopt tot „PPS marchés".

dienst betalen, is er sprake van een concessie voor openbare diensten. [49]

77. De overdracht van het „exploitatierisico" [50] is voorts één van de belangrijkste indicatoren om dit verschil vast te stellen, want zij vormt een essentieel element van de concessie [51] terwijl zij bij de opdracht ontbreekt [52].

78. Maar het Tribunale van Catania moet op zijn hoede blijven, want het kan nog meer obstakels op zijn weg vinden bij de afbakening in de bij hem aanhangige zaak, waarin behalve het beheer van de dienst, de bouwwerkzaamheden van belang zijn waarover dat beheer gevoerd moet kunnen worden, zodat hij de verschillen zal moeten onderzoeken tussen „dienstencontract", „concessie voor bouwwerkzaamheden" en „concessie voor diensten". [53]

79. Ingevolge artikel 18 van richtlijn 2004/17 is deze richtlijn niet van toepassing op „concessieovereenkomsten voor werken of diensten die gesloten worden door aanbestedende diensten die één of meer van de in de artikelen 3 tot en met 6 bedoelde activiteiten uitoefenen indien de concessieovereenkomsten met het oog op de uitoefening van die activiteiten gesloten worden". Opvallend is dat deze richtlijn, anders dan richtlijn 2004/18 waarvan artikel 17 slechts de concessies voor diensten uitsluit, ook die voor werken uitzondert, een omstandigheid waaruit bij een systematische uitlegging van artikel 12 van richtlijn 2004/18 blijkt dat de concessies voor bouwwerkzaamheden, ook wanneer het bijzondere sectoren betreft (zoals die van de watervoorziening), alleen onder de regels voor de traditionele sectoren vallen. [54]

80. Om een einde te maken aan de verwarring die kan ontstaan bij een opdracht voor meerdere activiteiten (bijvoorbeeld een dienst voor watervoorziening waarvoor ook bouwwerkzaamheden moeten worden uitgevoerd), neemt richtlijn 2004/17 het objectieve criterium tot uitgangspunt dat de voorschriften worden gevolgd die van toepassing zijn op de activiteit waarvoor de opdracht in de eerste plaats is bestemd (artikel 9, lid 1), in overeenstemming met de rechtspraak, die de kwalificatie opdracht „voor werkzaamheden" onthoudt aan werkzaamheden wanneer deze ten opzichte van de diensten of leveringen een bijkomstig karakter hebben. [55]

81. Nu dit is opgehelderd, blijkt dat op de dienstenconcessie de fundamentele regels en beginselen van het EG-verdrag van toepassing zijn en op de concessie voor werkzaamheden bovendien nog de bepalingen van richtlijn

49 — Arrest van 10 november 1998, BFI Holding (C-360/96, Jurispr. blz. I-6821), en arrest Parking Brixen, reeds aangehaald.

50 — Ik wijs erop dat de vertegenwoordiger van Acoset ter terechtzitting categorisch heeft verklaard dat de particuliere partner dat risico droeg.

51 — Arresten van 18 juli 2007, Commissie/Italië (C-382/05, Jurispr. blz. I-6657, punt 34), en 13 november 2008, Commissie/Italië (C-437/07, punt 29).

52 — Arrest van 27 oktober 2005, Contse e.a (C-234/03, Jurispr. blz. I-9315, punt 22).

53 — In deze gecompliceerde taak wordt helderheid gebracht door de beschouwingen van Gimeno Feliú, J. M., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, uitg. Thomson Civitas, Madrid, 2006, blz. 151-175, gebaseerd op een begripsmatige zuivering van de verschillende typologieën.

54 — De uitsluiting van de concessies van de werkingssfeer van de richtlijnen kon blijken uit de beschikking van 30 mei 2002, Buchhändler-Vereinigung (C-358/00, Jurispr. blz. I-4685), maar in het arrest van 7 december 2000, Telaustria y Telefonadress (C-324/98, Jurispr. blz. I-10745), zijn de concessies voor werkzaamheden onder de regeling voor de traditionele sectoren geplaatst.

55 — Arrest van 19 april 2004, Gestión Hotelera Internacional (C-331/92, Jurispr. blz. I-1329).

2004/18 voor zover zij daarvoor op grond van hun waarde in aanmerking komen.

D — *De controlecriteria van de geïnstitutionaliseerde PPS*

82. De vraag die nu met betrekking tot artikel 113, lid 5, sub b, van het Italiaanse wetsbesluit nr. 267/2000 moet worden onderzocht is of behalve de gepubliceerde aanbesteding voor de selectie van de private partner nog een aanbesteding nodig is voor de gunning van de prestatie.[56] Wanneer het antwoord daarop zou zijn dat één aanbesteding volstaat, moet worden onderzocht wat in het licht van de vrijheid van vestiging (artikel 43 EG), van dienstverrichting (artikel 49 EG), en van mededinging de rechtsgrondslag hiervoor is.

1. Eén aanbesteding — een tweeledig doel

83. Volgens de mededeling van de Commissie is „een dubbele procedure (de eerste voor de selectie van de private partner van de geïnstitutionaliseerde PPS, de tweede voor de gunning van de overheidsopdracht of de concessie aan de entiteit met gemengd kapitaal) […] niet praktisch".

56 — De opvatting van het beraad van burgemeesters en de president van de provincie en de gemeente Vittoria.

84. Het pragmatisme, waar logischerwijze in iedere ordening naar wordt gestreefd, kan niet tot enige grondslag van een juridische redenering worden gemaakt. Maar los hiervan ben ik het met het standpunt van de Commissie eens. Wel moet dan nog onderzocht worden welke de voorwaarden zijn die de Gemeenschap stelt met betrekking tot de opdrachten en de concessies die, door inwerking over en weer, het kader vormen waarbinnen de geïnstitutionaliseerde PPS zich ontwikkelen.

85. Een dubbele aanbestedingsprocedure valt niet goed te rijmen met de beoogde vermindering van procedurele formaliteiten, daar immers bij de oprichting van de PPS zowel de selectie van de private economische factor als de toedeling van de overheidsopdracht of de concessie aan de gemengde kapitaalonderneming in één procedure wordt geregeld.

86. Maar efficiëntie kan niet in goeden gemoede tegen het legaliteitsbeginsel worden afgezet, want zij functioneert ondergeschikt hieraan, zodat alleen vaststelling van de onrechtmatigheid van inefficiënt beheer mogelijk is.

87. Wanneer hun grenzen in acht worden genomen[57], moeten de geïnstitutionaliseerde

57 — Onder andere de grenzen voortvloeiend uit het recht op behoorlijk bestuur, dat het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie vastlegt in artikel 41, hoofdstuk V, gewijd aan het burgerschap, waarnaar ik in het kader van het verbod van schending van de rechten van de verdediging verwijs in mijn conclusie van 27 november 2007, deels door het Hof gevolgd in zijn arrest van 15 mei 2008, SECAP (C-147/06 en C-148/06, Jurispr. blz. I-3565).

PPS betrouwbare indicatoren gaan vormen voor een beoordeling gebaseerd op de beginselen van rationaliteit, motivering, coördinatie en kostenefficiëntie, die een verantwoordelijke overheid tot steun zijn bij de bevordering van het welzijn van haar burgers, terwijl zij er tegelijkertijd voor zorgen dat zij meer op afstand komt te staan van haar functie van loutere „aandrijfriem" [58] van de wet.

88. Een van de sleutels ligt in het feit dat de onderneming die deel gaat uitmaken van de nieuwe rechtspersoon, de facto als een opdrachtnemer of als een concessienemer optreedt door de uitvoering van de dienst op zich te nemen, hetgeen ook niet wordt verheeld, aangezien onder de variabelen voor haar selectie, behalve die verband houdend met haar administratieve bijdrage aan het beheer van de onderneming, mede haar geschiktheid voor de uitvoering van de dienst wordt beoordeeld. [59]

89. De selectie van de inschrijver aan wie de opdracht of de concessie wordt gegund, vindt zo indirect plaats via de keuze van de industriële partner, waardoor diens activiteit van groot belang wordt. Een duidelijke definitie van de contouren van de geïnstitutionaliseerde PPS zou manipulatie van deze figuur met het doel nieuwe aanbestedingsprocedures te voorkomen, tegengaan.

90. Dit sluit aan bij haar bestaansreden, in dit geval het geïntegreerd waterbeheer, zoals bevestigd wordt door de prejudiciële vraag waarin wordt gesproken van „een enkel statutair doel".

91. Bovendien mag het statutaire doel van de geïnstitutionaliseerde PPS niet worden gewijzigd zolang zij zich aan deze activiteiten wijdt [60], al staat niets eraan in de weg het aan te passen aan de technische ontwikkelingen of de deskundigheid van de private partner, mits de wezenlijke voorwaarden [61] geformuleerd in de aanbesteding [62] niet gewijzigd worden.

92. Het relaas van het Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia lijkt met dit belangrijke uitgangspunt in overeenstemming, aangezien in het bestek was bepaald dat voor de gunning van de niet rechtstreeks door de private partner uit te voeren werkzaamheden [63] „de wettelijke openbare procedures moeten worden toegepast".

93. Volgens de schriftelijke opmerkingen van de Italiaanse Republiek (punt 8) laat de in het

58 — Uitdrukking („transmission belt") ontleend aan de studie, inmiddels een standaardwerk, van Stewart, R. B., „The reformation of American Administrative Law", *Harvard Law Review*, deel 88, nr. 8, 1975, blz. 1675.

59 — Gelet op het feit dat in één procedure alle criteria worden geëvalueerd, blijft er niet veel over van de bewering van de gemeente Vittoria dat de procedure voor de selectie van de partner niet mag prevaleren boven die voor de gunning van de dienst, gezien hun verschillen in inhoud en doel.

60 — Een beslissend gegeven in de onderhavige zaak, gezien de vastgestelde termijn van 30 jaar.

61 — Met betrekking tot de aanbestedingsvoorwaarden geldt volgens het arrest van 29 april 2004, Commissie/CAS Succhi di Frutta SpA (C-496/99 P, Jurispr. blz. I-3801, punt 116), dat een voorwaarde essentieel is indien zij, was zij in het inschrijvingsbericht of het bestek opgenomen, de inschrijvers in staat zou hebben gesteld een inhoudelijk andere offerte in te dienen.

62 — Onverlet de uitzonderingen in de artikelen 31 en 61 van richtlijn 2004/18/EG en artikel 40, lid 3, sub f en g, van richtlijn 2004/17/EG is voor elke wijziging van de wezenlijke voorwaarden van de opdracht die niet in het bestek is opgenomen een nieuwe aanbestedingsprocedure nodig, aldus het arrest van 5 oktober 2000, Commissie/Frankrijk (C-337/98, Jurispr. blz. I-8377, punt 50).

63 — Aanvankelijk die vermeld in het driejarenplan van werkzaamheden, goedgekeurd door het burgemeestersberaad in de vergadering van 15 december 2003.

bestek opgenomen bepaling krachtens het ius variandi ruimte voor een eventuele beursgang van het door de openbare aandeelhouders geplaatste kapitaal.

94. In de context van de opdrachten kunnen gedurende de uitvoeringsfase bepaalde niet-essentiële wijzigingen worden toegestaan, al is daarvoor met het oog op de transparantie en teneinde de voortgang ervan niet te verstoren, wel een uitdrukkelijke machtiging nodig. [64]

95. Los van het feit dat die beursintroductie tot wijziging zou leiden van de gestipuleerde voorwaarden, heeft de Italiaanse regering er in haar schriftelijke opmerkingen op gewezen dat die kapitaaloverdracht tot de beëindiging van de entiteit zou leiden, aangezien haar statuten bepalen dat de overheid een „meerderheidsdeelneming" heeft, waardoor de onderneming niet alleen in een ongeregelde situatie zou verzeilen, maar zelfs in het geheel niet meer zou bestaan. De avvocato dello stato heeft hierbij echter ter terechtzitting aangetekend dat er „andere vormen van toezicht" zijn, die niet op de deelneming in het aandelenkapitaal zijn gebaseerd, een opvatting waarin ik mij kan vinden, zolang althans de grotere private deelneming niet leidt tot aantasting van het overwicht van het publieke element in de onderneming, dat steunt op haar meerderheidsbelang of op zijn minst genomen op haar essentiële invloed op de strategische beslissingen met betrekking tot de drinkwatervoorzieningsactiviteit. [65].

64 — Arrest Commissie/CAS Succhi di Frutta SpA, reeds aangehaald.

65 — Hoe dan ook moet niet over het hoofd worden gezien dat in de statuten van de gemengde vennootschap wordt gesproken van een „meerderheidsdeelneming van de overheid", waardoor, hoezeer men ook probeert het voortbestaan van de vennootschap te sauveren wanneer de overheidsdeelneming in het kapitaal beneden de 50 % komt te liggen, een van de essentiële voorwaarden voor de oprichting van die onderneming zou vervallen.

2. Gemengde vennootschap en „in house"-prestaties: twee strijdige werkelijkheden

96. In de meeste schriftelijke opmerkingen in deze prejudiciële procedure worden voorbeelden gegeven van door eigen middelen of diensten verrichte activiteiten. De waardering ervan is echter verschillend, want terwijl sommigen naar deze taken verwijzen als argument voor hun stelling dat dit bij de „Servizio Idrico Integrato" niet aan de orde is, voeren anderen het aan om de verschillen aan te geven met de geïnstitutionaliseerde PPS.

97. Ik meen dat aanbesteding bij „in house-diensten" achterwege kan blijven, maar ook bij sommige geïnstitutionaliseerde PPS wanneer deze, zonder de transparantie te veronachtzamen, voldoen aan de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie.

98. In de rechtspraak is bepaald dat de toepassing van de artikelen 12 EG, 43 EG en 49 EG, alsmede de algemene beginselen waarvan zij de bijzondere uitdrukking vormen, is uitgesloten indien de concessieverlenende overheidsinstantie op de concessiehouder toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten én deze concessiehouder bovendien het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van de instantie die hem beheerst. [66]

66 — Arrest van 18 november 1999, Teckal (C-107/98, Jurispr. blz. I-8121, punt 50); arrest Parking Brixen, reeds aangehaald, punt 62, en arrest van 13 november 2008, Coditel Brabant SA (C-324/07, Jurispr. blz. I-8457, punt 26).

99. Het beheer door een vennootschap met ook andere dan overheidsdeelnemingen valt per definitie buiten de „in house"-regelingen, aangezien de deelneming van een private onderneming dit „toezicht zoals op haar eigen diensten" [67] aan de overheid ontneemt.

100. Hoewel het bepalen van de percentages die deze zeggenschap kunnen verschaffen onmiskenbaar casuïstisch is, zou het toch bijzonder nuttig zijn wanneer het Hof in dezen zijn standpunt zou preciseren.

101. Aan de ene kant wordt in een aantal arresten overwogen dat de omstandigheid dat de aanbestedende dienst het volledige kapitaal van de geselecteerde inschrijver in handen heeft, erop lijkt te wijzen — al is het niet absoluut — dat hij op die vennootschap toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten. [68]

102. A contrario redenerend sluit de private deelneming de „in house"-situatie uit, zoals blijkt uit de reeds aangehaalde arresten Stadt Halle en Coname, waarin zelfs is bepaald dat een particuliere minderheidsdeelneming dat toezicht uitsluit.

103. Aan de andere kant wordt deze rechtspraak op losse schroeven gezet wanneer het Hof onder verwijzing naar het arrest Asemfo verklaart dat „in bepaalde omstandigheden aan de voorwaarde met betrekking tot het toezicht van de overheidsinstantie kon zijn voldaan indien deze instantie slechts 0,25 % van het kapitaal van een overheidsonderneming in handen had". [69]

104. Nu de private partner in het door het beraad van de burgemeesters en de president van de provincie en de gemeenten van Ragusa opgerichte samenwerkingsverband op 49 % van het kapitaal van de nieuwe onderneming moest inschrijven [70], is bij een dusdanig hoge deelneming een „in house"-karakter niet in redelijkheid hard te maken. Voor de nationale rechter zou immers moeten worden aangetoond dat de invloed van de openbare aandeelhouder van dien aard is dat de particuliere onderneming daardoor geen zeggenschap meer heeft over de strategische doeleinden van de onderneming. [71]

3. Een oefening in juridische ontvlechting

105. Nu is vastgesteld dat deze hybride vennootschap geen instrumenteel karakter heeft, moet nog worden onderzocht of de wijze waarop zij is opgericht grond geeft voor het achterwege laten van de openbare aanbesteding van het waterbeheer.

67 — Zoals blijkt uit arresten van 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau (C-26/03, Jurispr. blz. I-1, punt 49), en 21 juli 2005, Coname (C-231/03, Jurispr. blz. I-7287, punt 26).

68 — Arresten van 11 mei 2006, Carbotermo en Consorzio Alisei (C-340/04, Jurispr. blz. I-4137, punt 37), en 19 april 2007, Asemfo (C-295/05, Jurispr. blz. I-2999, punt 57).

69 — Arrest Coditel, reeds aangehaald, punt 53, dat verwijst naar de punten 56 tot en met 61 van het arrest Asemfo, waaruit dit deelnemingspercentage echter niet valt af te leiden.

70 — Punt II. 7 van de schriftelijke opmerkingen van Acoset en punt 5 van die van de Italiaanse regering.

71 — Arresten Parking Brixen en Carbotemo, reeds aangehaald.

106. Zonder nu het hele rechtsbegrip „geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerking" overhoop te willen halen, meen ik wel dat de verschillende bestanddelen ervan moeten worden onderscheiden.

107. Niets verzet er zich tegen dat territoriale publiekrechtelijke corporaties een rechtspersoon oprichten en in verband daarmee de statuten opstellen, intekenen op het kapitaal en overgaan tot samenwerking met wie zij daarvoor geschikt achten.

108. Er is evenmin iets op tegen om een uitnodiging tot inschrijving te doen met het doel in die onderneming particulieren op te nemen die de benodigde financiële bijdrage willen leveren waardoor deze operationeel kan worden.

109. Helemaal afzien van een aanbesteding voor de toedeling van diensten is niet te verenigen met de artikelen 43 EG en 49 EG en met de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie, en dit gebrek besmet de „Servizio Idrico Integrato", maar de remedie hiertegen moet gezocht worden in de criteria die voor de selectie van de private partner worden gehanteerd.

110. De kandidaten moeten aantonen over de persoonlijke en financiële vermogens te beschikken om als aandeelhouder toe te treden, maar hun technische deskundigheid en de economische en andere voordelen die hun offerte oplevert, moeten bovenaan staan bij de te beoordelen aspecten.

111. In de mededeling over de geïnstitutionaliseerde PPS wordt ook vermeld: „Het feit dat een private entiteit en een aanbestedende dienst samenwerken in het kader van een entiteit met gemengd kapitaal, is geen reden om de regels inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten niet na te leven wanneer aan die private entiteit of de entiteit met gemengd kapitaal een overheidsopdracht of concessieovereenkomst wordt gegund."

112. De materiële rechtsgeldigheid van de geïnstitutionaliseerde PPS wordt bijgevolg bepaald door de billijkheid en de publiciteit, zodat alle daadwerkelijke of potentiële inschrijvers toegang hebben tot adequate informatie over het voornemen van de aanbestedende dienst om een gemengde kapitaalvennootschap op te richten waaraan een overheidsopdracht of een concessie wordt gegund.

113. Het bekendmakingsvereiste voor opdrachten vloeit voort uit de artikelen 41 en volgende van richtlijn 2004/17/EG en de artikelen 35, 36 en 58 van richtlijn 2004/18/EG. Voor de concessies voor openbare diensten is het in de rechtspraak [72] neergelegd ter waarborging van de beginselen van transparantie, gelijke behandeling en

72 — Arresten Telaustria en Telefonadress (reeds aangehaald, punten 60 tot en met 62) en Coname (reeds aangehaald, punten 16 tot en met 19).

non-discriminatie op grond van nationaliteit. [73]

114. Volgens de rechtspraak van het Hof zijn de artikelen 43 EG en 49 EG een bijzondere uitdrukking van het beginsel van gelijke behandeling [74] en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit [75].

115. Met betrekking tot de mededinging heb ik in mijn conclusie in de zaak Ing. Aigner opgeroepen de kortzichtigheid te laten varen en de communautaire aanbestedingsregelingen niet puur als middel voor de coördinatie van aanbestedingsprocedures te zien, want het zijn instrumenten om een veel vérstrekkender ambitie te realiseren: de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging in deze sector, die moet resulteren in de verwezenlijking van de fundamentele vrijheden in het Europese integratieproces. [76]

116. Alhoewel deze leer betrekking heeft op het plaatsen van overheidsopdrachten, moet ook bij de concessies voor openbare diensten [77] een halt worden toegeroepen aan de concurrentievervalsing, want zij putten uit dezelfde verdragsbeginselen, ook al gaat in de grote verscheidenheid aan nationale noties over de „concessie", de „openbare diensten van algemeen belang", de „bijzondere rechten" en de „exclusieve rechten" de relatie met de artikelen 81 EG, 82 EG en 86 EG verloren. [78]

## 4. Slotsom

117. De prejudiciële vraag lijkt uit een oogpunt van elementaire doelmatigheid van het overheidshandelen niet anders dan bevestigend te kunnen worden beantwoord, zolang althans niet de hand wordt gelicht met de uit

73 — Alle inschrijvers moeten gelijke kansen hebben, ongeacht hun nationaliteit (arrest van 25 april 1996, Commissie/België, reeds aangehaald, punten 33 en 54).

74 — Arrest van 5 december 1989, Commissie/Italië (C-3/88, Jurispr. blz. 4035, punt 8).

75 — Arrest van 8 oktober 1980, Überschär (810/79, Jurispr. blz. 2747, punt 16).

76 — Zoals volgt uit het tweede punt van de considerans van richtlijn 2004/18 en het negende van die van richtlijn 2004/17, alsmede uit het arrest van 22 juni 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Jurispr. blz. 1839, punt 18 in fine), het arrest BFI Holding, reeds aangehaald, punt 41, de arresten van 3 oktober 2000, University of Cambridge (C-380/98, Jurispr. blz. I-8035, punt 16); 1 februari 2001, Commissie/Frankrijk (C-237/99, Jurispr. blz. I-939, punt 41); arresten Stadt Halle en RPL Lochau, reeds aangehaald, punt 44, en Carbotermo, reeds aangehaald, punt 58, onder andere.

77 — Muñoz Machado, S., in *Servicio público y mercado. Los fundamentos*, deel I, uitg. Civitas, Madrid, 1998, blz. 40, betoogt geruststellend dat Europa niet gekant is tegen openbare dienstverlening, maar deze alleen bestand wil maken voor het functioneren in een sfeer van mededinging, hetgeen een nieuwe uitdaging, maar niet de afschaffing ervan betekent.

78 — Zie een overzicht van deze aspecten in Neergaard, U., in „The Concept of Concession in EU Public Procurement Law Versus EU Competition Law and National Law", *The New EU Public Procurement Directives*, Ruth Nielsen & Steen Treumer (red.), Djøf Publishing, 2005, blz. 149 tot en met 181.

het gemeenschapsrecht voortvloeiende waarborgen.

118. De fundamentele verdragsvrijheden verplichten tot inachtneming van de transparantie en het discriminatieverbod bij de openbare aanbesteding voor de selectie van de private partner van de onderneming, waarvan het bedrijfsdoel, afgezien van geringe, niet-essentiële wijzigingen, gekoppeld blijft aan het beheer van de dienst, en de gemengde vennootschap de formele aannemer is en de private onderneming de operationele partij.

119. De criteria voor de selectie van de private partner dienen niet slechts op het door hem ingebrachte kapitaal te worden gebaseerd, maar tevens op zijn ervaring en op de in zijn offerte vermelde kenmerken met betrekking tot de door hem te verrichten prestaties.

120. De Siciliaanse rechter moet onderzoeken of de aankondiging in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen genoegzaam is om de concurrentie en de vrijheid van dienstverrichting en van vestiging alsmede de belangen van potentieel belanghebbenden te waarborgen.

121. Voorts moet hij, om te voorkomen dat de private partner in vergelijking met zijn concurrenten [79] oneigenlijke voordelen geniet, onderzoeken of diens uitverkiezing heeft plaatsgehad volgens de in de richtlijnen 2004/17 en 2004/18 voorziene aanbestedingsprocedure, in al die gevallen waarin onder de dekmantel van de geïnstitutionaliseerde PPS de voorwaarden schuilgaan voor een overheidsopdracht voor diensten of een concessie voor bouwwerkzaamheden.

122. Voor zijn beslissing moet hij nagaan of het bij de geïnstitutionaliseerde PPS van Ragusa gaat om een overheidsopdracht of om een concessie en of deze zich, gezien het voorgaande, beperkt tot werkzaamheden of tot een openbare dienst, en aan de hand daarvan bepalen welke rechtsregeling moet worden toegepast voor een juiste gunning en een volledige bekendmaking.

79 — De mededeling biedt enkel betrouwbare aanwijzingen, waar zij aangeeft dat de overheidsopdracht of de concessie die aan de op te richten gemengde vennootschap zal worden gegund, evenals de statuten, in de aankondiging van opdracht of in het bestek moeten worden opgenomen. Zij bepleit ook ruime informatie over overeenkomsten tussen aandeelhouders, de contractuele relatie tussen de aanbestedende dienst en de private partner en van deze met de gemengde kapitaalvennootschap, en schenkt daarbij ook aandacht aan de mogelijkheden tot herziening of wijziging van de overheidsopdracht of de concessie en die van de optionele gunning van andere taken.

## VII — Conclusie

123. Op grond van het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van het Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia als volgt te beantwoorden:

„De artikelen 43 EG, 49 EG en 86 EG, 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, en 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, verzetten zich niet tegen de rechtstreekse gunning van een openbare dienst met daaraan verbonden de uitvoering van voorafgaande werkzaamheden aan een gemengde publiek-private vennootschap die in het bijzonder voor dat doel is opgericht, mits is voldaan aan de volgende voorwaarden:

— de vennootschap behoudt haar exclusieve statutaire doel gedurende haar gehele bestaan;

— de private partner wordt geselecteerd door middel van een openbare aanbestedingsprocedure na verificatie van de financiële, technische, operationele en beheersvoorwaarden alsmede de in zijn offerte vermelde kenmerken met betrekking tot de door hem te verrichten prestaties;

— de private partner neemt, als industriële partner, de uitvoering op zich van de dienst en van de werkzaamheden;

— de aanbesteding vindt plaats in overeenstemming met het beginsel van vrije mededinging en met inachtneming van de in het gemeenschapsrecht voor concessies vastgelegde beginselen van transparantie en gelijke behandeling en in voorkomend geval de bepalingen inzake de openbaarmaking en de plaatsing van overheidsopdrachten."