ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

6 april 2006 *

In zaak C-410/04,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door het Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Italië) bij beslissing van 22 juli 2004, ingekomen bij het Hof op 27 september 2004, in de procedure

Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV)

tegen

Comune di Bari,

AMTAB Servizio SpA,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Eerste kamer),

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

* Procestaal: Italiaans.

advocaat-generaal: L. A. Geelhoed,
griffier: M. Ferreira, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 27 oktober 2005,

gelet op de opmerkingen van:

— Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV), vertegenwoordigd door C. Colapinto, avvocato,

— de Comune di Bari, vertegenwoordigd door R. Verna, B. Capruzzi en R. Cioffi, avvocati,

— AMTAB Servizio SpA, vertegenwoordigd door G. Notarnicola en V. Caputi Jambrenghi, avvocati,

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

— de Duitse regering, vertegenwoordigd door C. Schulze-Bahr als gemachtigde,

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

— de Poolse regering, vertegenwoordigd door T. Nowakowski 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 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 43 EG, 49 EG en 86 EG.

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen de Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (hierna: „ANAV"), enerzijds, en de Comune di Bari (gemeente Bari) en AMTAB Servizio SpA (hierna: „AMTAB Servizio"), anderzijds, ter zake van de gunning aan laatstgenoemde van de openbaarvervoerdienst op het grondgebied van die gemeente.

Toepasselijke bepalingen

Communautaire regeling

3 Artikel 43 EG luidt:

„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, behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het kapitaal, 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."

4 Artikel 46 EG bepaalt:

„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."

5 Artikel 49, eerste alinea, EG luidt:

„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."

6 Artikel 86, lid 1, EG bepaalt:

„De lidstaten nemen of handhaven met betrekking tot de openbare bedrijven en de 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."

Nationale regeling

7 Wat de Italiaanse wettelijke regeling betreft, artikel 113 van decreto legislativo nr. 267, Gecodificeerde tekst van de wetten op de organisatie van territoriale lichamen, van 18 augustus 2000 (GURI nr. 227 van 28 september 2000, supplemento

ordinario; hierna: „decreto legislativo nr. 267/2000") is gewijzigd bij artikel 14 van decreto legge nr. 269, Spoedeisende maatregelen ter bevordering van de ontwikkeling en ter correctie van de werking van de overheidsrekeningen, van 30 september 2003 (*GURI* nr. 229 van 2 oktober 2003, supplemento ordinario; hierna: „decreto legge nr. 269/2003"). De nieuwe versie van artikel 113, lid 5, van decreto legislativo nr. 267/2000 luidt:

„De verrichting van de dienst geschiedt conform de regels van de sector en met inachtneming van de regels van de Europese Unie, wanneer de dienst is gegund aan:

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

b) vennootschappen met gemengd kapitaal waarin de particuliere aandeelhouder is geselecteerd door middel van openbare aanbestedingsprocedures onder inachtneming van de nationale en communautaire mededingingsregels, overeenkomstig de door de bevoegde autoriteiten vastgestelde richtlijnen en geconcretiseerd in specifieke maatregelen of circulaires;

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

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

8 Volgens de verwijzingsbeslissing is AMTAB Servizio een vennootschap op aandelen waarvan het maatschappelijk kapitaal volledig in handen is van de Comune di Bari en waarvan de enige activiteit bestaat in de verrichting van een openbaarvervoerdienst op het grondgebied van die gemeente. Deze vennootschap staat volledig onder toezicht van de Comune di Bari.

9 Volgens die beslissing vertegenwoordigt ANAV overeenkomstig haar statuten ondernemingen die nationale en internationale diensten op het gebied van reizigersvervoer en met vervoer gelijk te stellen werkzaamheden verrichten, en draagt zij in die hoedanigheid met name zorg voor het goede verloop van de openbare dienst van stedelijk en buitenstedelijk vervoer, in het belang van de vennootschappen die met een dergelijke dienst zijn belast.

10 Bij besluit van 17 juli 2003 heeft de Comune di Bari een openbare aanbestedingsprocedure ingeleid met het oog op de gunning van de openbaarvervoerdienst op het grondgebied van die gemeente.

11 Ten gevolge van de wijziging van artikel 113, lid 5, van decreto legislativo nr. 267/2000 bij artikel 14 van decreto legge nr. 269/2003 heeft de Comune di Bari bij besluit van 9 oktober 2003 deze aanbestedingsprocedure stopgezet.

12 Bij besluit van 18 december 2003 heeft de Comune de betrokken dienst voor de periode van 1 januari 2004 tot en met 31 december 2012 rechtstreeks aan AMTAB Servizio gegund.

13 Bij op 1 maart 2004 betekend en op 9 maart 2004 bij het Tribunale amministrativo regionale per la Puglia neergelegd beroepschrift heeft ANAV dit Tribunale verzocht om nietigverklaring van dit besluit alsmede van alle daarmee samenhangende of daaruit voortvloeiende handelingen, op grond dat deze in strijd zijn met het gemeenschapsrecht, in het bijzonder met de artikelen 3 EG, 16 EG, 43 EG, 49 EG, 50 EG, 51 EG, 70 EG tot en met 72 EG, 81 EG, 82 EG, 86 EG en 87 EG.

14 Gelet op dit betoog, heeft het Tribunale amministrativo regionale per la Puglia de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Is artikel 113, lid 5, van decreto legislativo nr. 267/2000, zoals gewijzigd bij artikel 14 van decreto legge nr. 269/2003, voorzover daarin geen beperkingen worden gesteld aan de keuzevrijheid van de overheid tussen de verschillende vormen van gunning van openbare diensten, en in het bijzonder tussen de gunning via een openbare aanbestedingsprocedure en de rechtstreekse gunning aan een volledig door haar beheerste vennootschap, verenigbaar met het gemeenschapsrecht, en met name met de verplichtingen tot transparantie en vrije mededinging als bedoeld in de artikelen [43] EG, 49 EG en 86 EG?"

Beantwoording van de prejudiciële vraag

15 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het gemeenschapsrecht, in het bijzonder de verplichtingen tot transparantie en vrije mededinging bedoeld in de artikelen 43 EG, 49 EG en 86 EG, zich verzet tegen een

nationale regeling als in het hoofdgeding aan de orde is, die geen enkele beperking stelt aan de keuzevrijheid van een overheidslichaam tussen de verschillende vormen van gunning van een openbare dienst, in het bijzonder tussen de gunning via een openbare aanbestedingsprocedure en de rechtstreekse gunning aan een vennootschap waarvan het kapitaal volledig in handen is van dat lichaam.

16 Blijkens de stukken van het hoofdgeding wordt de openbaarvervoerdienst op het grondgebied van de Comune di Bari althans ten dele vergoed door de aankoop van vervoerbewijzen door de gebruikers. Deze vergoedingswijze is kenmerkend voor een concessie van openbare diensten (arrest van 13 oktober 2005, Parking Brixen, C-458/03, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 40).

17 Vaststaat dat concessieovereenkomsten voor openbare diensten zijn uitgesloten van de werkingssfeer 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) (arrest Parking Brixen, reeds aangehaald, punt 42). Die richtlijn is vervangen door 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), waarvan artikel 17 uitdrukkelijk bepaalt dat deze richtlijn niet van toepassing is op concessieovereenkomsten voor diensten.

18 Hoewel concessieovereenkomsten voor openbare diensten zijn uitgesloten van de werkingssfeer van richtlijn 92/50, die is vervangen door richtlijn 2004/18, moeten de overheidsinstanties die deze overeenkomsten sluiten, niettemin de fundamentele regels van het EG-Verdrag in het algemeen en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in het bijzonder in acht nemen (zie in die zin arresten van 7 december 2000, Telaustria en Telefonadress, C-324/98, Jurispr. blz. I-10745, punt 60, en 21 juli 2005, Coname, C-231/03, Jurispr. blz. I-7287, punt 16, en arrest Parking Brixen, reeds aangehaald, punt 46).

19 Specifiek op openbaredienstenconcessies toepasselijke verdragsbepalingen zijn met name de artikelen 43 EG en 49 EG (arrest Parking Brixen, reeds aangehaald, punt 47).

20 Naast het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit vindt het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers eveneens toepassing op openbaredienstenconcessies, en wel ook wanneer er van discriminatie op grond van nationaliteit geen sprake is (arrest Parking Brixen, reeds aangehaald, punt 48).

21 De beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie op grond van nationaliteit houden met name een transparantieverplichting in, zodat de concessieverlenende overheidsinstantie zich ervan kan vergewissen dat deze beginselen in acht worden genomen. De op deze overheidsinstantie rustende transparantieverplichting houdt in dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstenconcessie voor mededinging openstaat en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst (zie in die zin reeds aangehaalde arresten Telaustria en Telefonadress, punten 61 en 62, en Parking Brixen, punt 49).

22 Het volstrekt ontbreken van een oproep tot mededinging bij de gunning van een openbaredienstenconcessie zoals die in het hoofdgeding, is in beginsel niet in overeenstemming met de vereisten van de artikelen 43 EG en 49 EG en evenmin met de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie (arrest Parking Brixen, reeds aangehaald, punt 50).

23 Bovendien volgt uit artikel 86, lid 1, EG dat de lidstaten niet een nationale wettelijke regeling kunnen handhaven waarbij de gunning van openbaredienstenconcessies zonder oproep tot mededinging is toegestaan, omdat deze gunning in strijd is met de artikelen 43 EG of 49 EG, dan wel met de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie (arrest Parking Brixen, reeds aangehaald, punt 52).

24 Op het gebied van openbaredienstenconcessies is de toepassing van de in de artikelen 12 EG, 43 EG en 49 EG neergelegde regels, alsmede van de algemene beginselen waarvan zij de bijzondere uitdrukking vormen, evenwel 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 (arrest Parking Brixen, reeds aangehaald, punt 62).

25 Een nationale wettelijke regeling die de formulering van de in het voorgaande punt genoemde voorwaarden letterlijk overneemt, zoals dat is gebeurd in artikel 113, lid 5, van decreto legislativo nr. 267/2000, zoals gewijzigd bij artikel 14 van decreto legge nr. 269/2003, is in beginsel in overeenstemming met het gemeenschapsrecht, met dien verstande dat de uitlegging van die wettelijke regeling eveneens in overeenstemming moet zijn met de vereisten van het gemeenschapsrecht.

26 Gepreciseerd zij dat de twee in punt 24 van het onderhavige arrest geformuleerde voorwaarden een uitzondering zijn op de algemene regels van gemeenschapsrecht; zij moeten derhalve eng worden uitgelegd en wie zich erop wil beroepen, dient te bewijzen dat de uitzonderlijke omstandigheden die de afwijking rechtvaardigen, daadwerkelijk bestaan (zie arrest van 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau,

C-26/03, Jurispr. blz. I-1, punt 46, en arrest Parking Brixen, reeds aangehaald, punt 63).

27 Volgens de door AMTAB Servizio bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen heeft de Comune di Bari op 27 december 2002 besloten om 80 % van haar aandelen in het kapitaal van deze vennootschap over te dragen en heeft zij op 21 mei 2004 besloten, daartoe een aanbestedingsprocedure in te leiden met het oog op de selectie van de particuliere meerderheidsaandeelhouder. Deze informatie is ter terechtzitting voor het Hof door ANAV bevestigd.

28 Ter zelfde terechtzitting heeft de Comune di Bari evenwel betoogd dat zij had afgezien van haar plan om een deel van haar aandelen in het kapitaal van AMTAB Servizio over te dragen. Zij had op 13 januari 2005 besloten om geen gevolg te geven aan haar eerdere besluit en deze vennootschap niet meer te privatiseren. Dit besluit is niet in het dossier van de verwijzende rechter opgenomen, omdat het na de verwijzingsbeslissing is genomen.

29 Het staat aan de verwijzende rechter en niet aan het Hof om de vraag te beantwoorden of de Comune di Bari van plan is het kapitaal van AMTAB Servizio open te stellen voor particuliere aandeelhouders. Teneinde die rechter nuttige gegevens te verstrekken om het bij hem aanhangige geding te beslechten, is het evenwel zinvol het volgende te preciseren.

30 Indien het kapitaal van AMTAB Servizio tijdens de looptijd van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst wordt opengesteld voor particuliere aandeelhouders, zou dit betekenen dat een concessie voor openbare diensten zonder oproep tot mededinging aan een gemengde vennootschap wordt gegund, hetgeen tegen de doelstellingen van het gemeenschapsrecht zou ingaan (zie in die zin arrest van 10 november 2005, Commissie/Oostenrijk, C-29/04, Jurispr. blz. I-9705, punt 48).

31 De deelneming, ook al is het slechts voor minder dan de helft, van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap waarin ook de concessieverlenende overheidsinstantie deelneemt, sluit immers hoe dan ook uit dat deze instantie op een dergelijke vennootschap toezicht kan uitoefenen zoals op haar eigen diensten (zie in die zin arrest Stadt Halle en RPL Lochau, reeds aangehaald, punt 49).

32 Voorzover de concessiehoudende vennootschap een vennootschap is die, zelfs ten dele, openstaat voor privé-kapitaal, belet deze omstandigheid derhalve dat zij wordt beschouwd als een interne constructie die het territoriale lichaam dat haar beheerst gebruikt voor het beheer van een openbare dienst (zie in die zin arrest Coname, reeds aangehaald, punt 26).

33 Gelet op de voorgaande overwegingen, moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat de artikelen 43 EG, 49 EG en 86 EG alsmede de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie op grond van nationaliteit en transparantie zich niet verzetten tegen een nationale regeling op grond waarvan een overheidslichaam een openbare dienst rechtstreeks kan gunnen aan een vennootschap waarvan het kapitaal volledig in zijn handen is, op voorwaarde dat het overheidslichaam op die vennootschap toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en die vennootschap het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam dat haar beheerst.

Kosten

34 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:

De artikelen 43 EG, 49 EG en 86 EG alsmede de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie op grond van nationaliteit en transparantie verzetten zich niet tegen een nationale regeling op grond waarvan een overheidslichaam een openbare dienst rechtstreeks kan gunnen aan een vennootschap waarvan het kapitaal volledig in zijn handen is, op voorwaarde dat het overheidslichaam op die vennootschap toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en die vennootschap het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam dat haar beheerst.

ondertekeningen