ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

29 november 2012*

„Overheidsopdrachten voor diensten — Richtlijn 2004/18/EG — Aanbestedende dienst die op juridisch van hem onderscheiden opdrachtnemer toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten — Geen verplichting om aanbestedingsprocedure te organiseren overeenkomstig Unierechtelijke voorschriften (zogenaamde inhouse opdracht) — Opdrachtnemende entiteit waarop meerdere territoriale overheden gezamenlijk toezicht uitoefenen — Voorwaarden voor toepassing van inhouse opdracht"

In de gevoegde zaken C-182/11 en C-183/11,

betreffende twee verzoeken om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Consiglio di Stato (Italië) bij beslissingen van 23 februari 2011, ingekomen bij het Hof op 18 april 2011, in de procedures

Econord SpA

tegen

Comune di Cagno (C-182/11),

Comune di Varese,

Comune di Solbiate (C-183/11),

Comune di Varese,

wijst

HET HOF (Derde kamer),

samengesteld als volgt: R. Silva de Lapuerta, waarnemend voor de president van de Derde kamer, K. Lenaerts, E. Juhász (rapporteur), T. von Danwitz en D. Šváby, rechters,

advocaat-generaal: P. Cruz Villalón,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

gelet op de opmerkingen van:

— de Comune di Cagno en de Comuni di Solbiate, vertegenwoordigd door C. Colombo, avvocatessa,

* Procestaal: Italiaans.

— de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door P. Gentili, avvocato dello Stato,

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

— de Poolse regering, vertegenwoordigd door M. Szpunar als gemachtigde,

— de Europese Commissie, vertegenwoordigd door C. Zadra en P. Manzini als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 19 juli 2012,

het navolgende

Arrest

1 De verzoeken om een prejudiciële beslissing betreffen de uitlegging van het Unierecht inzake de toepassingsvoorwaarden van de inbestedingsuitzondering – de zogenaamde „inhouse" opdrachtverlening – voor een dienst van openbaar belang.

2 Deze verzoeken zijn ingediend in het kader van geschillen tussen Econord SpA, enerzijds, en de gemeenten Varese, Cagno en Solbiate, anderzijds, over de regelmatigheid van de rechtstreekse gunning door de twee laatstgenoemde gemeenten van een dienstenopdracht aan ASPEM SpA (hierna: „ASPEM"), zonder daarbij een procedure voor het plaatsen van deze opdracht te organiseren overeenkomstig de voorschriften van het Unierecht.

Toepasselijke bepalingen

Recht van de Unie

3 Artikel 1 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114), met als opschrift „Definities", bepaalt in lid 2 ervan:

„a) ‚Overheidsopdrachten' zijn 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.

[...]

d) ‚Overheidsopdrachten voor diensten' zijn andere overheidsopdrachten dan overheidsopdrachten voor werken of leveringen, die betrekking hebben op het verrichten van de in bijlage II bedoelde diensten.

[...]"

4 Artikel 1, lid 4, van die richtlijn bepaalt:

„De ‚concessieovereenkomst voor diensten' is 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."

5 Artikel 20 van die richtlijn luidt:

„De opdrachten voor het verlenen van de in bijlage II A vermelde diensten worden overeenkomstig de artikelen 23 tot en met 55 geplaatst."

6 Categorie 16 van bijlage II A bij die richtlijn vermeldt de diensten van „straatreiniging en afvalverzameling; afvalwaterverzameling en -verwerking en aanverwante diensten".

Italiaans recht

7 Artikel 30 van wetsdecreet nr. 267 van 18 augustus 2000 (gecoördineerde tekst van de wetten op de lokale overheden; GURI nr. 227, van 28 september 2000 – gewoon supplement nr. 162; hierna: „wetsdecreet nr. 267/2000") bepaalt:

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

2. Deze overeenkomsten moeten de doelstellingen, de duur, de vormen van overleg tussen de overeenkomstsluitende overheden, hun financiële verhoudingen en de wederzijdse verplichtingen en garanties vastleggen.

3. Voor de exploitatie voor bepaalde tijd van een specifieke dienst of voor de uitvoering van een werk kunnen de Staat en de Regio op hun eigen bevoegdheidsgebieden, na vaststelling van een standaardregeling, voorzien in vormen van bindende overeenkomsten tussen lokale overheden.

4. De in dit artikel bedoelde overeenkomsten kunnen tevens bepalen dat gemeenschappelijke bureaus worden gecreëerd, die functioneren met gedetacheerd personeel van de deelnemende overheden waaraan de uitoefening van overheidstaken wordt opgedragen in de plaats van de overheden die partij zijn bij de overeenkomst, dan wel dat taken door de overheden die partij zijn bij de overeenkomst, worden gedelegeerd aan één daarvan, die optreedt in plaats en voor rekening van de delegerende overheden."

8 Artikel 113 van wetsdecreet nr. 267/2000, met als opschrift „Exploitatie van netwerken en verrichting van lokale openbare diensten van economisch belang", bepaalt in lid 5 ervan:

„De verrichting van [een lokale openbare dienst door een lokale overheid] geschiedt conform de regels van de sector en met inachtneming van het recht van de Europese Unie, waarbij de dienst wordt gegund aan:

[...]

c) vennootschappen waarvan het kapitaal volledig in handen is van de overheid, op voorwaarde dat de overheidsinstanties 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 de overheidsinstanties die haar controleren."

Aan het geding ten grondslag liggende feiten en prejudiciële vraag

9 Blijkens het aan het Hof voorgelegde dossier heeft de gemeente Varese ASPEM opgericht om als inhouse dienstverrichter op haar grondgebied openbare diensten, en met name de gemeentelijke reinigingsdienst, te exploiteren. Ten tijde van de feiten had de gemeente Varese bijna alle aandelen van deze vennootschap in handen, waardoor zij zeggenschap had over laatstgenoemde.

10 In 2005 hebben de gemeenten Cagno en Solbiate bij een aantal besluiten afgesproken om de gemeentelijke reinigingsdienst, en met name de dienst belast met de verwijdering van vast stedelijk afval, bij voorkeur gecoördineerd met andere gemeenten te exploiteren, overeenkomstig de artikelen 30 en 113, lid 5, sub c, van wetsdecreet nr. 267/2000, hebben zij de overeenkomst met de gemeente Varese voor de gunning ten bezwarende titel van hun gemeentelijke reinigingsdienst aan ASPEM goedgekeurd en zijn zij alle openbare aandeelhouders van laatstgenoemde geworden door één aandeel te verwerven in het maatschappelijk kapitaal ervan.

11 Uit het aan het Hof voorgelegde dossier blijkt dat ASPEM een maatschappelijk kapitaal heeft van 173 785 EUR, dat door een gelijk aantal aandelen met elk een nominale waarde van één euro is vertegenwoordigd. De gemeente Varese heeft met haar 173 467 aandelen de meerderheid van het kapitaal in handen. De overige 318 aandelen zijn verdeeld over 36 gemeenten van de provincie Varese, waarbij de individuele deelnemingen variëren tussen 1 en 19 aandelen.

12 Gelijktijdig met de verwerving van die deelneming hebben de gemeenten Cagno en Solbiate, tezamen met de andere betrokken gemeenten, een aandeelhoudersovereenkomst gesloten, die hun het recht verleende om te worden geraadpleegd, om een lid van de raad van toezicht te benoemen en om in overleg met de andere gemeenten die de overeenkomst hebben gesloten een lid van de raad van bestuur te benoemen.

13 In deze omstandigheden waren die twee gemeenten van mening dat was voldaan aan de voorwaarden voor een inhouse gunning van de betrokken dienst van openbaar belang, aangezien de territoriale autoriteiten gezamenlijk toezicht uitoefenden op ASPEM. Zij hebben die opdracht dan ook rechtstreeks gegund aan ASPEM. Econord SpA heeft bezwaar gemaakt tegen die rechtstreekse gunning, stellende dat de twee gemeenten in casu geen toezicht uitoefenden op ASPEM en dat de opdracht bijgevolg had moeten worden gegund overeenkomstig de voorschriften van het Unierecht.

14 De Consiglio di Stato wijst erop dat het arrest van 18 november 1999, Teckal (C-107/98, Jurispr. blz. I-8121), aan de basis lag van de rechtspraak die de voorwaarden preciseert waaronder een overheidsopdracht rechtstreeks mag worden gegund. Volgens punt 50 van dat arrest is een rechtstreekse gunning van een opdracht gerechtvaardigd, zelfs jegens een persoon die formeel en rechtens onderscheiden is van de aanbestedende dienst, wanneer de territoriale overheid op de betrokken persoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze persoon het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van de overheid die hem controleert of de overheden die hem controleren. In een dergelijk geval kan de betrokken persoon immers niet worden beschouwd als een derde ten aanzien van de aanbestedende dienst. De Consiglio di Stato merkt op dat van deze twee cumulatieve voorwaarden, die in punt 50 van het eerdergenoemde arrest Teckal zijn geformuleerd, in de hoofdgedingen enkel die van de uitoefening van een „toezicht zoals op de eigen diensten" ter discussie staat.

15 De Consiglio di Stato wijst erop dat het Hof in zijn arrest van 13 oktober 2005, Parking Brixen (C-458/03, Jurispr. blz. I-8585), vrij strikte voorwaarden heeft verbonden aan de erkenning van een „toezicht zoals op de eigen diensten" en dienaangaande een groot aantal concrete aanwijzingen heeft verstrekt.

16 In latere arresten van 19 april 2007, Asemfo (C-295/05, Jurispr. blz. I-2999), 17 juli 2008, Commissie/Italië (C-371/05), en 13 november 2008, Coditel Brabant (C-324/07, Jurispr. blz. I-8457), heeft het Hof zich bereid getoond de voorwaarden voor de erkenning van de uitoefening van een „toezicht zoals op de eigen diensten" te versoepelen. De Consiglio di Stato leidt met name uit laatstgenoemd arrest af dat sprake kan zijn van een inhouse vennootschap wanneer meerdere overheidsinstanties over deze vennootschap gezamenlijk toezicht uitoefenen en de individuele positie van elk van die overheidsinstanties, wat het op die vennootschap uitgeoefende toezicht betreft, irrelevant is.

17 De verwijzende rechter wijst erop dat de gemeente Varese in casu de volledige zeggenschap heeft over ASPEM, wat niet het geval is voor de gemeenten Cagno en Solbiate. De verwerving van één enkel aandeel en het bestaan van een uiterst zwakke aandeelhoudersovereenkomst leiden immers niet tot enig effectief gezamenlijk toezicht op de betrokken vennootschap, aangezien de twee laatstgenoemde gemeenten de beslissingen van ASPEM niet kunnen beïnvloeden en niet kunnen voldoen aan het criterium van „toezicht zoals op de eigen diensten". Tegen de achtergrond van het eerdergenoemde arrest Coditel Brabant, is de individuele positie van elk van de deelnemende overheidsinstanties, wat de uitoefening van het toezicht betreft, evenwel niet relevant.

18 Gelet op deze overwegingen heeft de Consiglio di Stato de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Moet het beginsel dat de individuele positie van elke in de instrumentele vennootschap deelnemende overheidsinstantie irrelevant is, ook toepassing vinden in het geval waarin – zoals in casu – een van de deelnemende gemeenten slechts één aandeel in de instrumentele vennootschap bezit en de aandeelhoudersovereenkomsten die tussen de overheidsinstanties zijn gesloten de deelnemende gemeente geen effectief toezicht op de vennootschap verlenen, zodat de deelneming in de vennootschap kan worden geacht niet meer dan de vorm te zijn van wat in feite een overeenkomst voor het verrichten van diensten is?"

Beantwoording van de prejudiciële vraag

Inleidende opmerkingen

19 De gemeenten Cagno en Solbiate betogen dat zij na de aan onderhavige verzoeken om een prejudiciële beslissing ten grondslag liggende feiten openbare aanbestedingsprocedures hebben georganiseerd, na afloop waarvan de betrokken opdracht definitief is gegund aan ASPEM. Deze verdere ontwikkeling heeft gevolgen voor het nut van een antwoord van het Hof op de vraag van de verwijzende rechter.

20 De Italiaanse regering voert aan dat de prejudiciële vraag niet-ontvankelijk is omdat de juridische en feitelijke omstandigheden van de hoofdgedingen niet genoegzaam zijn gepreciseerd.

21 In dit verband zij eraan herinnerd dat de nationale rechter volgens vaste rechtspraak in het kader van de procedure van artikel 267 VWEU, die op een duidelijke afbakening van de taken van de nationale rechterlijke instanties en van het Hof berust, bij uitsluiting bevoegd is om de feiten van het hoofdgeding vast te stellen en te beoordelen en het nationale recht uit te leggen en toe te passen. Het staat tevens uitsluitend aan de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing, om met inachtneming van de bijzonderheden van het geval zowel de noodzaak als de relevantie te beoordelen van de vragen die hij aan het Hof voorlegt. Wanneer de vragen de uitlegging van het Unierecht betreffen, is het Hof derhalve in beginsel verplicht daarop te antwoorden (arrest van 25 oktober 2012, Rintisch, C-553/11, punt 15 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

22 Derhalve kan het Hof een verzoek om een prejudiciële beslissing van een nationale rechter slechts afwijzen wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het Unierecht geen enkel verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, wanneer het probleem hypothetisch is of het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om een zinvol antwoord te geven op de gestelde vragen (arrest Rintisch, reeds aangehaald, punt 16 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

23 Dat is in casu evenwel niet het geval. De verwijzende rechter verzoekt het Hof immers om precisering van zijn rechtspraak inzake het toezicht dat meerdere aanbestedende diensten gezamenlijk uitoefenen op een opdrachtnemende entiteit die zij gezamenlijk in handen hebben en van de voorwaarden waaronder moet worden aangenomen dat in een dergelijk geval „toezicht zoals op de eigen diensten" wordt uitgeoefend, hetgeen ontegenzeglijk verband houdt met het voorwerp van de hoofdgedingen. Bovendien acht het Hof zich voldoende voorgelicht door de in het onderhavige verzoek verstrekte gegevens over de toepasselijke bepalingen en de feiten om een nuttig antwoord te geven op de voorgelegde vraag.

24 Derhalve zijn de verzoeken om een prejudiciële beslissing ontvankelijk.

Ten gronde

25 Volgens vaste rechtspraak hoeft een aanbestedende dienst, zoals een territoriale overheid, geen openbare aanbestedingsprocedure te organiseren wanneer hij op de opdrachtnemende entiteit toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze entiteit het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van de aanbestedende dienst die haar controleert of de aanbestedende diensten die haar controleren (arrest Teckal, reeds aangehaald, punt 50). Vaststaat dat deze rechtspraak, die aanvankelijk is gewezen met het oog op de uitlegging en de toepassing 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), eveneens geldt bij procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en voor dienstverlening.

26 Eveneens zij erop gewezen dat volgens de rechtspraak van het Hof de vraag of het gaat om een concessie van diensten dan wel een overheidsopdracht voor dienstverlening en, in dat laatste geval, of de waarde van de opdracht de Unierechtelijk vastgestelde drempel bereikt, irrelevant is voor het antwoord dat het Hof dient te geven op de prejudiciële vraag, aangezien de uitzondering op de toepassing van de Unierechtelijke voorschriften wanneer is voldaan aan de voorwaarden van de uitoefening van een „toezicht zoals op de eigen diensten", in al die situaties toepassing vindt (zie in die zin arrest van 10 september 2009, Sea, C-573/07, Jurispr. blz. I-8127, punten 31-40).

27 Volgens vaste rechtspraak is sprake van „toezicht zoals op de eigen diensten" wanneer de betrokken entiteit onder een zodanig toezicht staat dat de aanbestedende dienst haar beslissingen kan beïnvloeden. Het moet gaan om een mogelijkheid om een doorslaggevende invloed uit te oefenen op zowel de strategische doelstellingen als de belangrijke beslissingen van die entiteit (eerdergenoemde arresten Parking Brixen, punt 65, Coditel Brabant, punt 28, en Sea, punt 65). Met andere woorden, de aanbestedende dienst moet op die entiteit een structureel en functioneel toezicht kunnen uitoefenen (arrest Commissie/Italië, reeds aangehaald, punt 26). Het Hof vereist eveneens dat dit toezicht effectief is (arrest Coditel Brabant, reeds aangehaald, punt 46).

28 Volgens de rechtspraak kan, wanneer gebruik wordt gemaakt van een entiteit die in handen is van meerdere overheidsdiensten, het „toezicht zoals op de eigen diensten" door deze autoriteiten gezamenlijk worden uitgeoefend, zonder dat zij dit toezicht elk individueel hoeven uit te oefenen (zie in die zin eerdergenoemde arresten Coditel Brabant, punten 47 en 50, en Sea, punt 59).

29 Hieruit volgt dat wanneer een overheidsinstantie minderheidsaandeelhoudster wordt van een aandelenvennootschap waarvan het kapitaal volledig in handen is van de overheid met het oog op de gunning aan die vennootschap van de exploitatie van een openbare dienst, het toezicht dat de in die vennootschap deelnemende overheidsinstanties daarop uitoefenen, als een toezicht zoals op hun eigen diensten kan worden gekwalificeerd wanneer het door die autoriteiten gezamenlijk wordt uitgeoefend (arrest Sea, reeds aangehaald, punt 63).

30 In deze omstandigheden zij erop gewezen dat wanneer meerdere overheidsinstanties gebruikmaken van een gemeenschappelijke entiteit om een gezamenlijke openbare dienstverleningstaak te verrichten, weliswaar niet is vereist dat al deze autoriteiten afzonderlijk individuele toezichtsbevoegdheid hebben over deze entiteit, maar het op die entiteit uitgeoefende toezicht evenwel niet uitsluitend kan berusten op de toezichtsbevoegdheid van de overheidsinstantie die een meerderheidsparticipatie bezit in het kapitaal van de betrokken entiteit, aangezien het begrip „gezamenlijk toezicht" anders zou worden uitgehold.

31 Indien de positie van een aanbestedende dienst in een gemeenschappelijke opdrachtnemende entiteit zodanig is dat hij geen enkele mogelijkheid heeft om deel te nemen aan het toezicht op die entiteit, zouden de Unierechtelijke voorschriften inzake overheidsopdrachten of dienstenconcessies immers kunnen worden omzeild, aangezien een louter formele deelneming in een dergelijke entiteit of een gemeenschappelijk bestuursorgaan ervan, die aanbestedende dienst zou vrijstellen van de verplichting om een aanbestedingsprocedure te organiseren overeenkomstig de voorschriften van het Unierecht, ook al zou bedoelde aanbestedende dienst in het geheel niet deelnemen aan de uitoefening van het „toezicht zoals op de eigen diensten" op die entiteit (zie in die zin arrest van 21 juli 2005, Coname, C-231/03, Jurispr. blz. I-7287, punt 24).

32 Derhalve staat het in de hoofdgedingen aan de verwijzende rechter om te beoordelen of de gemeenten Cagno en Solbiate op grond van het feit dat zij een aandeelhoudersovereenkomst hebben gesloten, die hun het recht verleent om te worden geraadpleegd, om een lid van de raad van toezicht te benoemen en om in overleg met de andere overheden die deze overeenkomst hebben gesloten een lid van de raad van bestuur te benoemen, effectief kunnen deelnemen aan het toezicht op ASPEM.

33 Gelet op een en ander dient op de prejudiciële vraag te worden geantwoord dat wanneer meerdere overheidsinstanties in hun hoedanigheid van aanbestedende dienst samen een entiteit oprichten voor het verrichten van hun openbare dienstverleningstaak of wanneer een overheidsinstantie een deelneming verwerft in een dergelijke entiteit, is voldaan aan de in de rechtspraak van het Hof gestelde voorwaarde dat deze autoriteiten, om te worden vrijgesteld van hun verplichting om een openbare aanbestedingsprocedure te organiseren overeenkomstig de voorschriften van het Unierecht, op deze entiteit gezamenlijk toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten, wanneer al deze autoriteiten deelnemen in het kapitaal van die entiteit alsook deel uitmaken van de bestuursorganen ervan.

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 (Derde kamer) verklaart voor recht:

Wanneer meerdere overheidsinstanties in hun hoedanigheid van aanbestedende dienst samen een entiteit oprichten voor het verrichten van hun openbare dienstverleningstaak of wanneer een overheidsinstantie een deelneming verwerft in een dergelijke entiteit, is voldaan aan de in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie gestelde voorwaarde dat deze autoriteiten, om te worden vrijgesteld van hun verplichting om een openbare aanbestedingsprocedure te organiseren overeenkomstig de voorschriften van het Unierecht, op

deze entiteit gezamenlijk toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten, wanneer al deze autoriteiten deelnemen in het kapitaal van die entiteit alsook deel uitmaken van de bestuursorganen ervan.

ondertekeningen