

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

C. STIX-HACKL

van 23 september 2004¹

I — Inleiding

1. In deze prejudiciële procedure gaat het in wezen om de volgende twee juridische problemen in het aanbestedingsrecht: de rechtsbescherming tegen een rechtstreekse gunning, dat wil zeggen het niet houden van een formele aanbestedingsprocedure, en de vereisten voor de uitzondering voor zogenoemde quasi-interne gunningen. Dit laatste punt betreft de uitlegging van het arrest Teckal².

II — Rechtskader

2. De prejudiciële vragen betreffen de uitlegging van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leve-

ringen en voor de uitvoering van werken³ (hierna: „richtlijn 89/665”) en van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening⁴ (hierna: „richtlijn 92/50”).

3. Artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 luidt in de toepasselijke versie:

„De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat, wat betreft de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten die vallen onder de werksfeer van de richtlijnen 71/305/EEG, 77/62/EEG en 92/50/EEG, tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten doeltreffend en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld overeenkomstig het bepaalde in de volgende artikelen, met name artikel 2, lid 7, op grond van het feit dat door die besluiten het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn.”

3 — PB L 395, blz. 33; gewijzigd bij artikel 41 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); door de verwijzende rechter „beroepsprocedurerichtlijn” genoemd.

4 — PB L 209, blz. 1; herhaaldelijk gewijzigd; door de verwijzende rechter „dienstenrichtlijn” genoemd.

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2 — Arrest van 18 november 1999, C-107/98, Jurispr. blz. I-8121.

4. Artikel 1, sub a, van richtlijn 92/50 bepaalt:

„In de zin van deze richtlijn:

- a) wordt onder ‚overheidsopdrachten voor dienstverlening’ verstaan: schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel, die zijn gesloten tussen een dienstverlener enerzijds en een aanbestedende dienst anderzijds [...]”

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

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

5. In het hoofdgeding is ten slotte ook verwezen naar richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie⁵ (hierna: „richtlijn 93/38”). Artikel 13, lid 1, daarvan luidt:

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

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

III — De feiten en het hoofdgeding

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

6. Stadt Halle begon in het voorjaar van 2001 met plannen die waren gericht op de voorbehandeling, de nuttige toepassing of de verwijdering van aan haar over te laten afval en eventueel ook van niet aan haar over te laten afval door een gemeentelijk bedrijf. Bij

⁵ — PB L 199, blz. 84; herhaaldelijk gewijzigd.

besluit van 12 december 2001 gaf Stadt Halle RPL Recyclingpark Lochau GmbH (hierna: „RPL”) opdracht om de bouw van de thermische installatie voor de verwijdering en de nuttige toepassing van afvalstoffen in Lochau (hierna: „afvalverbrandingsoven”) vergunningstechnisch en bouwkundig voor te bereiden. Tevens besloot Stadt Halle om zonder voorafgaande inleiding van een formele aanbestedingsprocedure met RPL te onderhandelen over de sluiting van een overeenkomst voor de verwerking van het restafval van Stadt Halle vanaf 1 juni 2005. Blijkens de ontwerpovereenkomst werd de drempel voor dergelijke dienstverleningsopdrachten ver overschreden. Bovendien is Stadt Halle van plan om, teneinde te verzekeren dat de installatie voldoende wordt benut, met twee omliggende Landkreisen intentieovereenkomsten te sluiten op grond waarvan deze territoriale overheden de afvalbehandeling en -recyclage aan Stadt Halle overdragen, zodat uiteindelijk het restafval van deze Landkreisen eveneens in de afvalverbrandingsoven van RPL wordt verwerkt. Stadt Halle gaat ervan uit, dat het hier gaat om een niet onder de aanbestedingsplicht vallende „interne bedrijvigheid”.

7. RPL is een sinds 1996 bestaand overheidsbedrijf met de rechtsvorm van een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Vennoten van RPL zijn Stadtwerke Halle GmbH voor 75,1 %, met als enige vennoot de Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH, waarin Stadt Halle voor 100 % deelneemt, en RWE Umwelt Sachsen-Anhalt GmbH, een particuliere onderneming, voor

24,9 %. De huidige deelnemingsverhoudingen zijn pas eind 2001, in verband met de voorgenomen gunning van vuilophaaldiensten vanaf 1 juni 2005, neergelegd in de vennootschapsovereenkomst. Volgens de vennootschapsovereenkomst is het doel van RPL de exploitatie van recyclage- en afvalverwerkingsinstallaties, in het bijzonder de exploitatie van installaties voor compostering van bioafval, de recyclage van gemengd bouwafval en industrieafval, de bouw en exploitatie van installaties voor slibzuivering en -recyclage, voor de recyclage van afvalwater, industriële en biogassen, alsmede voor thermische behandeling van afval.

8. Volgens de vennootschapsovereenkomst moeten de besluiten van de vennoten worden genomen met eenvoudige meerderheid, en bij bepaalde besluiten, waaronder de benoeming van beide bedrijfsleiders van de vennootschap, met een gekwalificeerde meerderheid van 75 % van de stemmen. De bedrijfsleiding moet overeenkomstig de daarvoor binnen Stadtwerke Halle GmbH vastgestelde regels maandelijks aan de vennoten rapporteren. Individuele rechtshandelingen en maatregelen, waaronder de sluiting of wijziging van exploitatieovereenkomsten, voorgenomen investeringen en het sluiten van leningen vanaf een bepaald bedrag, moeten worden goedgekeurd door de algemene vergadering van aandeelhouders. De commerciële en technische leiding van RPL is thans contractueel overgedragen aan een derde onderneming. De voor de Raad van

commissarissen typische controlefuncties worden waargenomen door de Raad van commissarissen van Stadtwerke Halle. Volgens de vennootschapsovereenkomst is Stadt Halle met betrekking tot de jaarrekening in het bijzonder bevoegd de boekhouding te controleren en voor haar accountantsdienst rechtstreeks inlichtingen te ontvangen.

10. Tegen die beschikking hebben Stadt Halle en RPL („sofortige Beschwerde”) dadelijk hoger beroep ingesteld bij het Oberlandesgericht Naumburg.

IV — De prejudiciële vragen

11. Het Oberlandesgericht Naumburg heeft de procedure geschorst en het Hof van Justitie de volgende prejudiciële vragen gesteld:

9. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (hierna: „TREA”) heeft zich bij brieven van 21 december 2001 en 30 januari 2002 bij Stadt Halle erover beklagd dat niet was voldaan aan de voorwaarden voor een „interne bedrijvigheid” en dat verweersters plan om de vuilophaaldiensten vanaf 1 juni 2005 zonder formele aanbesteding te gunnen in strijd was met het aanbestedingsrecht. Stadt Halle heeft bij brief van 7 februari 2002 alsmede in een gesprek op 19 februari 2002 bevestigd dat zij aan haar rechtsopvatting vasthield. Bij verzoekschrift van 21 februari 2001 heeft TREA bij de Vergabekammer van het Regierungspräsidium Halle beroep ingesteld teneinde Stadt Halle ertoe te dwingen een openbare aanbesteding te houden. De Vergabekammer van het Regierungspräsidium Halle heeft Stadt Halle bij beschikking van 27 mei 2002 opgedragen de voorgenomen dienstverrichtingen „Ophalen van het restafval van Stadt Halle vanaf 1 juni 2005” open te stellen voor mededinging en een transparante gunningsprocedure te volgen overeenkomstig de nationale Verdingungsordnung (verordening inzake aanbestedingen).

1. Verlangt artikel 1, lid 1, eerste zin, van richtlijn 89/665 van de lidstaten ervoor te zorgen dat doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld tegen het besluit van de aanbestedende dienst om een overheidsopdracht niet te plaatsen volgens een procedure die is aangepast aan de bepalingen van de richtlijnen betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten?
2. Verlangt artikel 1, lid 1, eerste zin, van richtlijn 89/665 ook van de lidstaten ervoor te zorgen dat doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld tegen de besluiten van de aanbestedende diensten die aan een formele gunning voorafgaan, in het bijzonder tegen het besluit over de prealabele

vragen of een bepaalde acquisitie eigenlijk wel binnen de personele of materiële werkingssfeer van de richtlijnen betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten valt dan wel of het aanbestedingsrecht bij uitzondering niet van toepassing is?

3. Bij een bevestigend antwoord op de eerste vraag en bij een ontkennend antwoord op de tweede vraag: Voldoet een lidstaat aan zijn verplichting ervoor te zorgen dat doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld tegen het besluit van de aanbestedende dienst om een overheidsopdracht niet te plaatsen volgens een procedure die is aangepast aan de bepalingen van de richtlijnen betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten, wanneer de toegang tot de beroepsprocedure afhankelijk wordt gesteld van het bereiken van een bepaald formeel stadium in de acquisitie, bijvoorbeeld van het begin van mondelinge of schriftelijke onderhandelingen over een contract met een derde?

4. Gesteld dat een aanbestedende dienst, zoals bijvoorbeeld een territoriaal lichaam, van plan is om met een instelling die formeel van hem is onderscheiden (hierna: „medecontractant”) een schriftelijke dienstverleningsovereenkomst onder bezwarende titel te sluiten die onder richtlijn 92/50 zou vallen, en deze overeenkomst bij uitzondering geen overheidsopdracht voor dienstverlening in de zin van artikel 1, sub a, van

richtlijn 92/50 is wanneer de medecontractant als een onderdeel van de overheid of van het bedrijf van de aanbestedende dienst kan worden beschouwd (hierna: „van gunning vrijgestelde eigen bedrijvigheid”), sluit het feit alleen van een vennootschapsrechtelijke deelneming van een particuliere onderneming in de medecontractant dan altijd uit dat een dergelijke overeenkomst als een van gunning vrijgestelde eigen bedrijvigheid wordt gekwalificeerd?

5. Bij een ontkennend antwoord op de vierde vraag: Onder welke voorwaarden moet een medecontractant waarin vennootschapsrechtelijk wordt deelgenomen door een particuliere onderneming (hierna: „overheidsonderneming met particuliere deelneming”) als een onderdeel van de overheid of van het bedrijf van de aanbestedende dienst worden beschouwd? Inzonderheid:

- a) Is het om een overheidsonderneming met particuliere deelneming, wat de vorm en de intensiteit van het toezicht betreft, als een onderdeel van het bedrijf van de aanbestedende dienst te kunnen beschouwen, voldoende dat de aanbestedende dienst deze onderneming „domineert”, bijvoorbeeld in de zin van artikel 1, punt 2, en artikel 13, lid 1, van richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993

- houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 199, blz. 84), zoals gewijzigd bij de Toetredingsakte 1994 (PB 1994, C 241, blz. 228) en bij richtlijn 98/4/EG van het Europees Parlement en de Raad (PB L 101, blz. 1)?
- b) Is het op grond van elke rechtens mogelijke invloed van de particulier deelnemende vennoot van de overheidsonderneming met particuliere deelneming op de strategische doelstellingen van de medecontractant en/of de individuele beslissingen inzake het bestuur van de onderneming uitgesloten dat deze onderneming als een onderdeel van het bedrijf van de aanbestedende dienst wordt beschouwd?
- d) Is het om een overheidsonderneming met particuliere deelneming, wat de uitoefening van het grootste deel van de werkzaamheden ten behoeve van de aanbestedende dienst betreft, als een onderdeel van het bedrijf van de aanbestedende dienst te kunnen beschouwen, voldoende dat ten minste 80 % van de door deze onderneming in de laatste drie jaar in de Gemeenschap behaalde gemiddelde omzet op het gebied van het verrichten van diensten, afkomstig is van de verstreking van deze diensten aan de aanbestedende dienst of aan de met deze dienst verbonden respectievelijk van deze dienst deel uitmakende ondernemingen, of dat — voorzover de gemengde onderneming nog geen drie jaar bedrijf uitoefent — volgens een prognose te verwachten valt dat aan deze 80 %-regel zal worden voldaan?
- V — De vragen betreffende de rechtsbescherming (eerste drie vragen)**
- c) Is het om een overheidsonderneming met particuliere deelneming, wat de vorm en de intensiteit van het toezicht betreft, als een onderdeel van het bedrijf van de aanbestedende dienst te kunnen beschouwen, voldoende dat er, wat de concrete acquisitie betreft, alleen met betrekking tot de beslissingen over de sluiting van het contract en over de dienstverrichting een omvangrijke zeggenschap bestaat?
- A — De ontvankelijkheid**
12. Allereerst moet worden onderzocht of en in hoeverre de vragen betreffende de rechtsbescherming ontvankelijk zijn.

13. Het Hof is in beginsel verplicht uitspraak te doen, tenzij duidelijk blijkt, dat de prejudiciële vraag in werkelijkheid ertoe strekt via een kunstmatig geschil een uitspraak van het Hof uit te lokken of het Hof adviezen te doen geven over algemene of hypothetische vragen, dat de gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, of wanneer het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die nodig zijn om een nuttig antwoord te geven op de gestelde vragen.⁶

aanhangig is. Verder zet de verwijzende rechter ook niet uiteen waarom een antwoord met betrekking tot een dergelijke situatie volgens hem noodzakelijk is om uitspraak te kunnen doen in het geding dat bij hem aanhangig is.

15. Aangezien het Hof derhalve niet over elementen beschikt waaruit blijkt dat een antwoord met betrekking tot dergelijke situaties noodzakelijk is voor de beslechting van het hoofdgeding, moeten deze vragen als louter hypothetisch en derhalve als niet-ontvankelijk worden aangemerkt⁷.

14. In casu blijkt uit de stukken dat de geplande gunning die het voorwerp is van het hoofdgeding, zich in een bepaald stadium bevindt; er bestaat namelijk al een ontwerp-overeenkomst. Derhalve zijn de prejudiciële vragen slechts ontvankelijk als zij in deze casuspositie voor de beslechting van het geding noodzakelijk zijn. De vragen betreffen weliswaar wezenlijke juridische problemen inzake de rechtsbescherming, maar dergelijke algemene overwegingen kunnen op procedurele gronden niet in aanmerking worden genomen. Zij zien namelijk op situaties die niet aan de orde zijn in de concrete zaak die bij de verwijzende rechter

16. Voorzover met de vragen opheldering van algemene rechtsvragen wordt verlangd, zijn zij dus niet-ontvankelijk. Dat geldt ook voor de in de derde vraag genoemde kwestie van de verenigbaarheid van het nationale recht met het gemeenschapsrecht. Met deze restricties zijn de vragen betreffende de rechtsbescherming voor het overige, dat wil zeggen in de situatie van het hoofdgeding, echter ontvankelijk. Aangezien de eerste drie vragen een gelijke strekking hebben, namelijk de bepaling van de voor beroep vatbare handelingen van de aanbestedende dienst, is het raadzaam deze vragen samen te onderzoeken en te beantwoorden.

6 — Zie met betrekking tot aanbestedingen de arresten van 16 oktober 2003, Traunfellner (C-421/01, Jurispr. blz. I-11941, punt 37), en 4 december 2003, EVN en Wienstrom (C-448/01, Jurispr. blz. I-14527, punt 76).

Zie met name ook de arresten van 16 december 1981, Foglia (244/80, Jurispr. blz. 3045, punt 18), 15 december 1995, Bosman (C-415/93, Jurispr. blz. I-4921, punt 61), 16 januari 1997, USSL n° 47 di Biella (C-134/95, Jurispr. blz. I-195, punt 12), en 7 januari 2003, BIAO (C-306/99, Jurispr. blz. I-1, punt 89).

7 — Arresten Traunfellner (aangehaald in voetnoot 6, punt 38 e.v.) en EVN en Wienstrom (aangehaald in voetnoot 6, punt 83); zie ook arrest van 18 maart 2004, Siemens (C-314/01, Jurispr. blz. I-2549, punt 36).

B — *Beoordeling ten gronde*

17. De vragen inzake de rechtsbescherming tegen bepaalde besluiten van de aanbestedende dienst betreffen in wezen de vraag, vanaf welk stadium vóór de eigenlijke gunning de in richtlijn 89/665 bedoelde mogelijkheid om beroep in te stellen bij de nationale instanties geboden moet worden. De kernvraag is, wanneer een voornemen tot acquisitie de voor die rechtsbescherming vereiste mate van concretisering heeft bereikt.

18. Allereerst moet worden uitgegaan van het beginsel dat het begrip „besluiten” in de zin van artikel 1, lid 1, en het begrip „besluiten” als voor beroep vatbare handelingen in de zin van artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 89/665, dat wil zeggen de voor beroep vatbare handelingen van aanbestedende diensten, volgens de rechtspraak van het Hof ruim moet worden uitgelegd.

19. Volgens deze rechtspraak bevat artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 geen enkele „beperking ter zake van de aard en inhoud” van besluiten⁸.

20. Verder moeten de lidstaten er krachtens artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 zorg voor dragen dat de in de richtlijn bedoelde beroepsprocedures „althans” toegankelijk zijn voor een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht en die door een beweerde schending van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht is omgezet, is of dreigt te worden gelaedeerd.

21. In deze zaak rijst de vraag of het ruime begrip besluiten ook besluiten omvat die „stroomopwaarts” zijn genomen, of, in meer juridische termen, vóór de inleiding van een aanbestedingsprocedure. Het gaat derhalve om besluiten die tussen loutere overpeinzingen en het al dan niet inleiden van een aanbestedingsprocedure in liggen.

22. Gelet op het doel van richtlijn 89/665, het waarborgen van doeltreffende rechtsbescherming, zoals het in artikel 1, lid 1, uitdrukkelijk is geformuleerd, moeten derhalve ook besluiten die vóór de inleiding van een aanbestedingsprocedure zijn genomen, daaronder vallen.

⁸ — Arresten van 28 oktober 1999, *Alcatel Austria e.a.* (C-81/98, Jurispr. blz. I-7671, punt 35), 18 juni 2002, *HI* (C-92/00, Jurispr. blz. I-5553, punt 49), en 19 juni 2003, *GAT* (C-315/01, Jurispr. blz. I-6351, punt 52).

23. Wat de mogelijkheid betreft om beroep in te stellen tegen een besluit om geen gunningsprocedure in te leiden, dit is een besluit dat kan worden beschouwd als de tegenhanger van een besluit om een dergelijke procedure te beëindigen.

24. Besluiten betreffende de beëindiging van een gunningsprocedure behoren tot de voor beroep vatbare handelingen van een aanbestedende dienst. Het Hof heeft zulks in verband met de intrekking van een gunningsprocedure ook uitdrukkelijk beklemtoond. Zo zou de „volledige verwezenlijking van de door richtlijn 89/665 nagestreefde doelstelling [...] in het gedrang worden gebracht indien het de aanbestedende diensten vrij stond een openbare aanbesteding voor dienstverlening in te trekken zonder een mogelijkheid van rechterlijke toetsing ter verzekering van de daadwerkelijke naleving van de richtlijnen die de materiële voorschriften inzake overheidsopdrachten bevatten, en van de daaraan ten grondslag liggende beginselen”⁹.

25. Anders dan de intrekking van een gunningsprocedure valt het besluit om geen gunningsprocedure in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen in te leiden, weliswaar van nature buiten de gunningsprocedure, maar dit sluit de toepassing van richtlijn 89/665 geenszins uit.

26. Volgens de rechtspraak van het Hof vallen immers niet alleen beroepen tegen inbreuken op de materiële aanbestedingsrichtlijnen onder richtlijn 89/665, die de rechtsbescherming dient. Zo is artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 van toepassing op alle „door de aanbestedende diensten genomen besluiten [...] die zijn onderworpen aan de voorschriften van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten”¹⁰, die het Hof niet beperkt tot de voorschriften van de aanbestedingsrichtlijnen.

27. De lidstaten zijn niet verplicht, een ieder die een bepaalde overheidsopdracht gegund wil krijgen, zonder meer een beroepsprocedure ter beschikking te stellen. Het staat de lidstaten integendeel vrij, daarenboven te verlangen dat de betrokkene door de gestelde schending van het recht is of dreigt te worden gelaedeerd¹¹. Zo kunnen zij in beginsel bepalen dat deelneming aan een aanbestedingsprocedure een voorwaarde is voor het bewijs dat de betrokkene belang heeft bij de opdracht in kwestie en dat hij ten gevolge van de gestelde onrechtmatige gunning schade dreigt te lijden.

10 — In die zin met name het arrest van 23 januari 2003, *Makedoniko Metro en Michaniki* (C-57/01, Jurispr. blz. I-1091, punt 68). Zie ook de arresten *HI* (aangehaald in voetnoot 8, punt 37) en *GAT* (aangehaald in voetnoot 8, punt 52).

11 — Arresten van 12 februari 2004, *Grossmann Air Service* (C-230/02, Jurispr. blz. I-1829, punt 25 e.v.), en 19 juni 2003, *Hackermüller* (C-249/01, Jurispr. blz. I-6319, punt 18).

9 — Arrest *HI* (aangehaald in voetnoot 8, punt 53).

28. Het Hof heeft evenwel reeds geoordeeld dat indien een onderneming geen offerte heeft ingediend wegens beweerde discriminerende specificaties in de aanbestedingsdocumenten of in het bestek, die haar juist zouden hebben belet de te plaatsen opdracht volledig uit te voeren, zij het recht heeft rechtstreeks tegen deze specificaties beroep in te stellen, en zulks zelfs vóór sluiting van de procedure voor het plaatsen van de betrokken overheidsopdracht¹².

30. Voor de toepassing van de beroeps-procedurerichtlijnen en dus van de beroeps-procedure zelf is derhalve niet beslissend dat een in de materiële aanbestedingsrichtlijnen bedoelde aanbestedingsprocedure is ingeleid. De werkingssfeer van de beroepsprocedure-richtlijnen wordt immers niet bepaald door de daadwerkelijke toepassing van de materiële aanbestedingsrichtlijnen, dus bijvoorbeeld richtlijn 93/38, maar door de omstandigheid of een van die richtlijnen van toepassing is of zou zijn geweest, en dus of de onderzochte handeling binnen de werkingssfeer van een van die richtlijnen valt.

31. Daaruit volgt dat ook tegen bepaalde handelingen die vóór de inleiding van een aanbestedingsprocedure zijn verricht, beroep in de zin van richtlijn 89/665 kan worden ingesteld. Dit geldt echter slechts binnen bepaalde grenzen.

29. Zoals een onderneming rechtstreeks beroep moet kunnen instellen tegen inbreuken zonder het einde van de aanbestedings-procedure af te wachten¹³, moet zij ook de mogelijkheid hebben om bepaalde besluiten die voor de aanbesteding van belang zijn, te laten toetsen zonder de inleiding van de aanbestedingsprocedure af te wachten. Kenmerkend voor de onderhavige gevallen is immers dat het niet tot een aanbestedings-procedure in de zin van de aanbestedings-richtlijnen komt. Van een onderneming kan niet worden verlangd dat zij een offerte indient wanneer geen aanbesteding is uitgeschreven.

32. Tegen het feit dat beroep kan worden ingesteld tegen alle handelingen van een aanbestedende dienst pleit dat de verschillende fasen voor de inleiding van een aanbestedingsprocedure niet alleen van lidstaat tot lidstaat verschillen, maar ook afhankelijk zijn van het concrete voornemen tot acquisitie.

33. Verder moet worden herinnerd aan een door het Hof ontwikkelde criterium voor de toekenning van rechtsbescherming, volgens hetwelk richtlijn 89/665 „enkel de op natio-

12 — Arrest Grossmann Air Service (aangehaald in voetnoot 11, punt 28).

13 — Arrest Grossmann Air Service (aangehaald in voetnoot 11, punt 29 e.v.).

naal en communautair niveau bestaande voorzieningen versterkt, teneinde een daadwerkelijke naleving van de gemeenschapsrichtlijnen inzake overheidsopdrachten te waarborgen, in het bijzonder *in een stadium waarin de schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt*"¹⁴.

34. Dat niet tegen alle handelingen van een aanbestedende dienst beroep kan worden ingesteld, blijkt nog uit een ander arrest van het Hof, waarin het ging om de beperking van de beroepsmogelijkheid tot bepaalde besluiten van de aanbestedende dienst door een regeling van nationaal recht. In dat arrest baseerde het Hof zich op het criterium of een passende rechtsbescherming was gewaarborgd. Het kwam tot het besluit dat de rechtsbescherming passend was, hoewel naar nationaal recht alleen kon worden opgekomen tegen procedurele handelingen die al dan niet rechtstreeks betrekking hebben op de grond van de zaak, de voortzetting van de procedure beletten, het voeren van verweer onmogelijk maken of onherstelbare schade berokkenen aan rechten of gewettigde belangen¹⁵.

35. Indien het dus toelaatbaar is, dat wil zeggen verenigbaar met richtlijn 89/665, om beroepen tegen bepaalde handelingen die zijn verricht na de inleiding van een aanbe-

stedingsprocedure uit te sluiten, moet het a fortiori toelaatbaar zijn bepaalde handelingen uit te sluiten die zijn verricht vóór de inleiding van een aanbestedingsprocedure.

36. Ten slotte zij eraan herinnerd dat de aanbestedingsrichtlijnen zich beperken tot een coördinatie, dat wil zeggen een loutere harmonisatie van de aanbestedingsprocedures, en niet de fasen regelen die aan de aanbesteding voorafgaan.

37. Concluderend moet dus worden vastgesteld dat richtlijn 89/665 geen algemene preventieve rechtsbescherming biedt.

38. Een beslissende factor om uit te maken tegen welke handelingen beroep kan worden ingesteld, is het materiële recht, dus de vraag of een onderneming er krachtens de aanbestedingsrichtlijnen recht op heeft dat een handeling wordt verricht of nagelaten.

39. In beginsel kan er dus ook sprake zijn van een recht om een verbod te vorderen. Dit kan er bijvoorbeeld op gericht zijn, een aan de aanbestedingsrichtlijnen onderworpen instelling te verbieden een onder de richt-

14 — Arrest Alcatel Austria e.a. (aangehaald in voetnoot 8, punt 33; cursivering van mij); cf. arrest van 11 augustus 1995, Commissie/Duitsland, C-433/93, Jurispr. blz. I-2303, punt 23).

15 — Arrest van 15 mei 2003, Commissie/Spanje (C-214/00, Jurispr. blz. I-4667, punt 77 e.v.).

lijnen vallende acquisitie te verrichten zonder een in deze richtlijnen voorgeschreven aanbestedingsprocedure te volgen. Dat creëert ook met betrekking tot de rechtsbescherming een parallellisme met het gunningsverbod.

40. Een mogelijk criterium om te bepalen tegen welke vóór de inleiding van een aanbestedingsprocedure verrichte handelingen beroep mogelijk moet zijn, wordt derhalve gevormd door de gevolgen voor de onderneming die beroep wenst in te stellen. Het betreft dus een voorwaarde voor het recht om beroep in te stellen (procesbevoegdheid).

41. In casu gaat het daarentegen alleen om de voorwaarden waaronder een handeling kan worden aangevochten.

42. Een verdere beperking waarmee in deze prejudiciële procedure rekening moet worden gehouden, volgt uit de procedurevoorschriften met betrekking tot dergelijke procedures bij het Hof. Zo kan in deze prejudiciële procedure geen algemene definitie worden gegeven van handelingen waartegen beroep kan worden ingesteld, maar kan enkel een antwoord worden gegeven dat voor de rechter nuttig is om het bij hem aanhangige geschil te beslechten.

43. In deze zaak gaat het er derhalve niet om, algemene criteria te ontwikkelen om te beoordelen welke handelingen van aanbestedende diensten kunnen worden aangevochten, maar enkel om criteria voor de handelingen in het hoofdgeding.

44. In dit verband volstaat het erop te wijzen, dat richtlijn 89/665 even weinig slaat op louter interne overwegingen als op het behoeftenonderzoek, het opstellen van het bestek of louter marktonderzoek. Derhalve heeft zij ook geen betrekking op interne juridische overwegingen van de aanbestedende dienst over de vraag of een acquisitie al dan niet onder de aanbestedingsrichtlijnen valt.

45. De vraag of reeds het besluit om met een andere onderneming onderhandelingen aan te knopen, dan wel enkel lopende onderhandelingen moeten worden gekwalificeerd als handelingen waartegen beroep kan worden ingesteld, kan hier in het midden blijven. Dit zijn namelijk hypothetische vragen, aangezien het hoofdgeding en dus ook de prejudiciële procedure betrekking heeft op een andere casuspositie, namelijk een waarin er reeds een ontwerpovereenkomst bestaat.

46. In een dergelijk geval staat de aanbestedende dienst op het punt een overeenkomst te sluiten. Dit beantwoordt dan ook aan een andere, bij aanbestedingen vaak

voorkomende situatie, namelijk de fase net voor de gunning. Afhankelijk van het nationale recht gaat de gunning immers aan de sluiting van de overeenkomst vooraf of komt de overeenkomst met de gunning, in de vorm van een aanvaarding van het aanbod, tot stand.

47. Dat in een dergelijke situatie een aanbestedingsprocedure wordt ingeleid, maar in de onderhavige situatie niet, kan voor de daadwerkelijke rechtsbescherming geen verschil maken.

48. Op de eerste drie vragen moet derhalve worden geantwoord dat artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 aldus moet worden uitgelegd, dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat onder bepaalde voorwaarden ook doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld tegen bepaalde besluiten van de aanbestedende dienst die worden genomen buiten een aanbestedingsprocedure om; daartoe kunnen ook besluiten behoren over de prealabele vraag of een bepaalde acquisitie zonder aanbestedingsprocedure moet worden verricht.

VI — De vragen betreffende de quasi-interne gunning (vierde en vijfde vraag)

49. De tweede groep vragen betreft de voorwaarden voor zogenoemde quasi-interne gunningen. Zoals de Oostenrijkse regering terecht heeft beklemtoond, gaat het hier, in tegenstelling tot zogenoemde interne gunningen (verrichtingen voor zichzelf), om gunningen aan een van de aanbestedende dienst losstaande entiteit met rechtspersoonlijkheid. Indien de betrokken entiteit geen rechtspersoonlijkheid heeft, kan er immers geen sprake zijn van een overeenkomst. Aldus zou ook niet zijn voldaan aan één van de voorwaarden voor een overheidsopdracht in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen.

50. In casu gaat het juist om de uitlegging van het begrip „overheidsopdracht”, dat een van de voorwaarden is voor de toepassing van de aanbestedingsrichtlijnen. Daarbij moet worden uitgegaan van het arrest van het Hof in de zaak Teckal, waarin is geoordeeld dat bepaalde acquisities niet binnen de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen vallen.

51. Volgens dat arrest zijn de aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing „wanneer het territoriale lichaam op de betrokken persoon

*toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen”*¹⁶.

52. Door twee voorwaarden te stellen voor de niet-toepasselijkheid van de aanbestedingsrichtlijnen, heeft het Hof het begrip „opdracht” teleologisch gereduceerd.

53. Hierbij moet allereerst worden beklemtoond dat het Hof de niet-toepasselijkheid van de aanbestedingsrichtlijnen zelf uitdrukkelijk als een uitzondering heeft aangemerkt. Bijgevolg geldt het algemene beginsel dat uitzonderingen restrictief moeten worden uitgelegd. Bij het navolgende onderzoek van de twee voorwaarden moet daarmee rekening worden gehouden.

54. Verder moet worden beklemtoond dat gunningen aan entiteiten die zelf aanbestedende diensten zijn, zoals bepaalde dochterondernemingen — afgezien van de Teckal-uitzondering en andere uitzonderingen zoals artikel 6 van richtlijn 92/50 — in het

algemeen onder het begrip overheidsopdracht vallen. De toepasbaarheid van de aanbestedingsrichtlijnen blijft dus de regel¹⁷.

55. Voorts zij herinnerd aan de oorsprong van de quasi-interne gunningen en derhalve van de Teckal-uitzondering, namelijk de bijzondere behandeling van interne verrichtingen, dat wil zeggen interne gunningen en daarmee gelijk te stellen situaties.

56. Ten slotte moet in deze context ook rekening worden gehouden met de doelstellingen van de aanbestedingsrichtlijnen, namelijk de opening van de markt en de waarborging van de mededinging.

57. Op deze punten moet de uitlegging van de Teckal-uitzondering zich oriënteren.

58. In het algemeen kunnen de drie volgende quasi-interne situaties worden onderscheiden: gunning aan eigen ondernemingen (ondernemingen die 100 % eigendom zijn van de aanbestedende dienst of met hem gelijk te stellen entiteiten), aan gemengd-

16 — Arrest Teckal (aangehaald in voetnoot 2, punt 50; cursivering van mij).

17 — Arrest van 7 december 2000, ARGE (C-94/99, Jurispr. blz. I-11037, punt 40), en arrest Teckal (aangehaald in voetnoot 2, punt 50).

publieke ondernemingen (ondernemingen waarin verschillende aanbestedende diensten deelnemen) en aan gemengde ondernemingen (ondernemingen waarin ook echte particulieren deelnemen).

A — Eerste criterium: toezicht zoals op eigen diensten

59. Het hoofdgeding betreft de geplande gunning door Stadt Halle, dus een territoriaal lichaam dat onbetwistbaar moet worden gekwalificeerd als een aanbestedende dienst in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen, aan een „achterkleindochter”. Weliswaar bezit Stadt Halle 100 % van de aandelen van haar „dochter”, en deze 100 % van de aandelen van de „kleindochter”, maar de „kleindochter” bezit slechts 75,1 % van de „achterkleindochter”. De overige aandelen van de „achterkleindochter” zijn in het bezit van een particuliere onderneming.

60. In casu gaat het dus om een zogenoemde gemengde onderneming, dat wil zeggen een onderneming waarin een aanbestedende dienst (indirect) een meerderheidsaandeel bezit en waarin wordt deelgenomen door een entiteit die geen aanbestedende dienst is.

61. Om procedurele redenen dient hierna enkel een situatie als die van het hoofdgeding te worden behandeld. De toepassing op de concrete feiten van het hoofdgeding staat aan de nationale rechter¹⁸.

62. De eerste voorwaarde voor toepassing van de uitzondering en derhalve voor de niet-toepasselijkheid van de aanbestedingsrichtlijnen betreft de aard van het toezicht dat de aanbestedende dienst uitoefent op de entiteit waaraan de opdracht zal worden gegund. Het Hof verlangt dat de aanbestedende dienst „toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten”.

63. Het Hof gaat dus uit van een criterium dat het ontleent aan het publiekrecht. Daar het toezichtscriterium, zoals de begrippen opdracht en aanbestedende dienst, echter functioneel en niet formeel moet worden opgevat, staat dat niet in de weg aan de toepassing op de verhouding van een aanbestedende dienst tot privaatrechtelijke rechtspersonen, zoals in casu een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. De aanknopings bij het begrip dienst is veeleer te verklaren door de oorspronkelijke functie van de oprichting van zelfstandige entiteiten, namelijk de afsplitsing van diensten.

64. Voor de toepasbaarheid op andere situaties pleit ook dat het Hof in het arrest Teckal in de procestaal, Italiaans, enkel een analoog

18 — Zie beschikking van 14 november 2002, Comune di Udine e.a. (C-310/01, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie).

(„analogo”), dat wil zeggen vergelijkbaar maar niet identiek, toezicht verlangt¹⁹.

65. De rechtspositie van een meerderheidsaandeelhouder moet derhalve worden beoordeeld op grond van de relevante bepalingen van het nationale recht, in casu het rechtspersonenrecht inzake vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid. Verder moet rekening worden gehouden met de regels die nader vorm geven aan de verhouding, doorgaans dus de vennootschapsovereenkomst. Dat betekent dat een louter abstracte analyse op grond van de voor de aan het toezicht onderworpen entiteit gekozen rechtsvorm, zoals het soort rechtspersoon, niet volstaat.

66. Aan de voorschriften in de nationale, meestal wettelijke regelingen komt derhalve slechts een beperkte betekenis toe. Dat geldt met name voor de voorschriften inzake de rechten van de minderheidsaandeelhouders en de voorwaarden voor de uitoefening daarvan. Het gaat dan vooral om voorschriften die bepaalde rechten van de aandeelhouders tot toezicht en blokkering afhankelijk stellen van de grootte van hun aandeel, bijvoorbeeld 10 %, 25 % of meer dan 50 %.

67. Dergelijke bepalingen creëren eerder een vermoeden met betrekking tot de rechten van de minderheidsaandeelhouder. Beslissend blijft echter de nadere regeling in elk afzonderlijk geval. Het belangrijkste geval is in deze context een zogenoemde domineringsovereenkomst, die aan een bepaalde aandeelhouder, ongeacht zijn aandeel, bepaalde rechten toekent die verder gaan dan het wettelijke minimum.

68. Daar dus niet de nationale wettelijke regeling, maar de concrete situatie doorslaggevend is, kan ook de grootte van de participatie van de aanbestedende dienst, of, omgekeerd, van de particuliere minderheidsaandeelhouder, alleen niet beslissend zijn.

69. Daaruit volgt, dat een vast percentage een belemmering vormt voor een passende oplossing daar hiermee niet de concrete situatie in aanmerking kan worden genomen, en in de gevallen die niet aan het percentagecriterium voldoen, toepassing van het toezichtcriterium categorisch uitgesloten is.

70. Daar echter ook entiteiten met een particuliere minderheidsaandeelhouder aan het toezichtcriterium kunnen voldoen, moet worden geconcludeerd dat de Teckal-uitzondering niet alleen geldt voor eigen onder-

19 — Zie daarentegen advocaat-generaal Léger, die in punt 66 van zijn conclusie van 15 juni 2000 in de zaak ARGE (aangehaald in voetnoot 17) verlangt dat de aanbestedende dienst „die de marktdeelnemer met de verrichting van verschillende diensten belast, ook de overheidsinstantie is die de marktdeelnemer controleert, en niet een andere instantie”.

nemingen, maar ook voor gemengde ondernemingen. De deelname door particuliere ondernemingen heeft in beginsel dan ook geen negatieve invloed.

71. Hier herinner ik eraan dat advocaat-generaal Léger de Teckal-uitzondering reeds bij een aandeel van 50,5 % toepasselijk achtte²⁰.

72. Het door het Hof ontwikkelde toezicht-criterium vergt hoe dan ook meer dan een dominerende invloed in vennootschapsrechtelijke zin of zoals vereist is voor de kwalificering van bepaalde entiteiten als aanbestedende diensten in de zin van artikel 1 van de aanbestedingsrichtlijnen. Een dominerende invloed in de zin van artikel 1, sub 3, juncto artikel 13 van richtlijn 93/38 volstaat evenmin. In de eerste plaats gaat het hierbij namelijk om een sectoriële regeling, die geen tegenhanger heeft in de hier toepasselijke richtlijn, en in de tweede plaats is het een uitzonderingsbepaling, die steeds restrictief moet worden uitgelegd.

73. Noch de gemeenschapswetgever, noch het Hof heeft in de richtlijnen of het arrest Teckal aangeknoopt bij bepalingen van de aanbestedingsrichtlijnen.

74. Het hier verlangde niveau van intensiteit van het toezicht kan derhalve niet worden overgenomen uit bepalingen van de aanbestedingsrichtlijnen; wegens zijn uitzonderingskarakter gaat het ook verder dan de vereisten in andere uitzonderingsbepalingen.

75. In een prejudiciële procedure staat het aan de nationale rechter, de nationale rechtsvoorschriften uit te leggen en deze en andere bepalingen vervolgens toe te passen op de concrete casuspositie. De verwijzende rechter zal dus moeten onderzoeken, welke rechten de „overgrootmoeder”, Stadt Halle, heeft op haar „achterkleindochter” RPL.

76. Bij de toepassing van het toezichtcriterium moet de nationale rechter uitgaan van de toezichtbevoegdheden. Op de vraag of en hoe het toezicht daadwerkelijk wordt uitgeoefend of zelfs op de vraag hoe de meerderheidsaandeelhouder zijn aandeel zou gebruiken, dat wil zeggen of hij ook een besluit zou nemen tegen de wil van de minderheidsaandeelhouder in, kan het reeds op grond van de rechtszekerheid niet aankomen. Zo bezien moet ook de betekenis van een eventuele loyaliteitsverplichting van de meerderheidsaandeelhouder worden gerelativeerd, met name omdat ook de loyaliteitsverplichting van de minderheidsaandeelhouder in aanmerking moet worden genomen, zoals Stadt Halle opmerkt.

20 — Conclusie van advocaat-generaal Léger in de zaak ARGE (aangehaald in voetnoot 17), punt 60.

77. Het Hof heeft het voorwerp van het toezicht in de Teckal-uitzondering niet beperkt tot bepaalde besluiten van de onder toezicht staande entiteit. Een louter toezicht op gunningen in het algemeen of op het gunningsbesluit in kwestie volstaat dan ook niet.

80. Dit criterium kan in zoverre worden veralgemeend dat in de eerste plaats niet enkel rechtstreekse aandeelhouders, maar zoals in casu ook „overgrootmoeders”, dus indirecte aandeelhouders, in aanmerking komen, en in de tweede plaats ook andere entiteiten dan territoriale lichamen worden omvat.

78. Uitgaande van de formulering en het doel van het criterium „toezicht uitoefenen zoals op zijn eigen diensten” is veeleer een mogelijkheid van algeheel toezicht vereist. Deze mag alleszins niet beperkt zijn tot strategische beslissingen, maar moet ook afzonderlijke beheersbeslissingen omvatten. Op andere details behoeft in deze prejudiciële procedure niet te worden ingegaan, aangezien dat voor de beslechting van het geschil in het hoofdgeding niet noodzakelijk is.

81. Het in het arrest Teckal ontwikkelde criterium heeft dus betrekking op een bepaald minimumaandeel van de activiteiten van de onder toezicht staande entiteit. Derhalve moet de omvang worden bepaald van de activiteiten in hun geheel en van het deel daarvan dat wordt verricht ten behoeve van de aandeelhouder in ruime zin.

B — Tweede criterium: het merendeel van de werkzaamheden moet worden verricht ten behoeve van het beheersende lichaam

79. De tweede voorwaarde voor toepassing van de Teckal-uitzondering betreft de activiteiten van degene die onder toezicht staat. Luidens de betrokken passage van het arrest geldt de uitzondering enkel wanneer deze „het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen”.

82. In dit verband moet er evenwel op worden gewezen, dat uit het feit dat het begrip aandeelhouder niet al te strikt mag worden uitgelegd, niet mag worden geconcludeerd dat daaronder ook activiteiten voor derden vallen die de aandeelhouder anders zelf zou moeten verrichten. Dat betreft in de praktijk in eerste instantie de diensten van algemeen belang en dus de gemeenten, die jegens bepaalde personen verplicht zijn bepaalde diensten te verrichten. Deze algemene vraag is in deze prejudiciële procedure niet aan de orde, daar de verwijzende rechter een antwoord daarop niet nodig heeft om het bij hem aanhangige geschil te beslechten.

83. Verder moet worden gepreciseerd dat de daadwerkelijke activiteiten doorslaggevend zijn, niet de activiteiten die volgens de wet of de statuten mogen worden verricht, en zelfs niet de activiteiten die de onder toezicht staande entiteit moet verrichten.

84. De kernvraag is thans vanaf welk aandeel de drempel van de Teckal-uitzondering wordt bereikt. Dienaangaande worden verschillende opvattingen verdedigd, gaande van meer dan 50 % over „in aanzienlijke mate”, „overwegend”, en „nagenoeg uitsluitend” tot „uitsluitend”.

85. Daarbij wordt niet enkel een positieve benadering op grond van de omvang van de voor de aandeelhouder verrichte prestaties gehanteerd, maar ook een negatieve. Bij deze laatste wordt uitgegaan van het aandeel van de prestaties dat wordt verricht voor anderen dan de aandeelhouder. Deze opvatting is behalve in deze zaak ook te vinden in de door verschillende betrokkenen aangehaalde conclusie van advocaat-generaal Léger. Zijns inziens „is de richtlijn van toepassing wanneer de instelling het merendeel van haar werkzaamheden verricht *ten behoeve van andere* marktdeelnemers of andere lichamen dan die waaruit deze aanbestedende dienst bestaat”²¹. Gelet op de positieve benadering in de Teckal-uitzondering behoeft de negatieve benadering hier echter niet te worden gevolgd.

86. In de aangehaalde passage van de conclusie van advocaat-generaal Léger komt echter nog een ander belangrijk aspect ter sprake, dat bij de bepaling van het aandeel in aanmerking moet worden genomen.

87. Zo rijst de vraag of de Teckal-uitzondering enkel een kwantitatieve benadering toestaat dan wel of ook rekening moet worden gehouden met kwalitatieve factoren. Voor dit laatste pleiten de bewoordingen en de zin van de uitzondering, die geen aanwijzing geeft hoe de activiteiten moeten worden geëvalueerd. Ook de authentieke Italiaanse tekst van deze passage van het arrest Teckal sluit niet uit dat aanvullend of alternatief een kwalitatieve benadering wordt gehanteerd („la parte più importante della propria attività”).

88. Verder geeft de Teckal-uitzondering ook geen aanwijzing over de vraag hoe het aandeel moet worden berekend. Het is dan ook niet vanzelfsprekend dat alleen de omzet relevant is.

89. De nationale rechter moet derhalve aan de hand van kwantitatieve en kwalitatieve gegevens onderzoeken of sprake is van „het merendeel van de werkzaamheden”. Verder kan ook de marktpositie van de onder toezicht staande entiteit een rol spelen, met name haar concurrentiepositie tegenover eventuele concurrenten.

21 — Conclusie van advocaat-generaal Léger in de zaak ARGE (aangehaald in voetnoot 17), punt 93 (cursivering van mij).

90. Wat de met betrekking tot de tweede Teckal-voorwaarde door verschillende betrokkenen aangehaalde conclusie van advocaat-generaal Léger betreft, zij er verder aan herinnerd dat conclusies authentiek zijn in de door de advocaat-generaal als oorspronkelijke taal gekozen taalversie.

91. Uitgaande van dit beginsel geeft de conclusie van advocaat-generaal Léger het volgende beeld te zien. Enerzijds verwijst hij naar de „quasi-exclusivité” van de diensten, (in de Duitse versie vertaald als „sämtliche Dienstleistungen”, in de Nederlandse als „praktisch alle diensten”) ²². Anderzijds heeft hij het in overeenstemming met de versie van de Teckal-uitzondering in de procestaal, het Italiaans, over „en grande partie”, in het Duits vertaald als „im Wesentlichen” ²³ (en in het Nederlands als „hoofdzakelijk”), of „la plus grande partie de leur activité” („den größten Teil ihrer Tätigkeit”; „het merendeel van hun werkzaamheden”) ²⁴.

92. Nauwkeurigheids halve hebben verschillende betrokkenen voorgesteld, het criterium „merendeel van de werkzaamheden” uit te leggen in de zin van een bepaling die geldt voor gunningen aan ondernemingen die met de aanbestedende dienst verbonden zijn. Het betreft het 80 %-criterium van artikel 13 van richtlijn 93/38. Als grond daarvoor wordt aangevoerd dat dit criterium „objectief” of „passend” is.

93. Dienaangaande moet worden opgemerkt dat ook een ander vast percentage objectief of passend kan zijn. Maar de rigiditeit van een vast percentage kan een passende oplossing ook bemoeilijken. Bovendien kan daarvoor onmogelijk rekening worden gehouden met kwalitatieve elementen.

94. Tegen de overdraagbaarheid van het 80 %-criterium pleit vooral dat dit een uitzonderingsbepaling is in een richtlijn die enkel van toepassing is op bepaalde sectoren. De daarin vastgestelde waarde geldt overeenkomstig de wil van de gemeenschaps-wetgever enkel voor die richtlijn. Ook al kan de grondgedachte in de praktijk ook buiten die sectoren van toepassing zijn, toch is beslissend dat een dergelijke regeling niet voorkomt in de in casu toepasselijke richtlijn.

95. Tegen de toepassing van artikel 13 van richtlijn 93/38 pleit echter ook nog iets anders. Lid 2 van dat artikel verplicht de aanbestedende diensten namelijk om de Commissie desgevraagd bepaalde gegevens mee te delen. Deze bepaling vormt een procedurele compensatie voor de uitzondering in artikel 13. Bij de Teckal-uitzondering heeft het Hof een andere weg bewandeld. Het nam genoegen met de twee daarin gestelde materiële voorwaarden. Deze voorwaarden moeten echter juist wegens het ontbreken van een vergelijkbare procedurele regeling strikt worden uitgelegd.

22 — Conclusie van advocaat-generaal Léger in de zaak ARGE (aangehaald in voetnoot 17), punt 74

23 — Conclusie van advocaat-generaal Léger in de zaak ARGE (aangehaald in voetnoot 17), punt 81.

24 — Conclusie van advocaat-generaal Léger in de zaak ARGE (aangehaald in voetnoot 17), punt 83.

VII — Conclusie

96. Ik geef het Hof dan ook in overweging de prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

1. Artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665/EEG moet aldus worden uitgelegd dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld tegen bepaalde besluiten van de aanbestedende dienst die worden genomen buiten een aanbestedingsprocedure om maar die verband houden met een acquisitie; daartoe kunnen ook besluiten behoren over de prealabele vraag of een bepaalde acquisitie zonder aanbestedingsprocedure moet worden verricht.
2. Richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening moet aldus worden uitgelegd dat een vennootschapsrechtelijke deelneming van een particuliere onderneming in de medecontractant van de aanbestedende dienst, waarvan deze al dan niet rechtstreeks aandeelhouder is, als zodanig niet uitsluit dat deze richtlijn niet van toepassing is.
3. Of een medecontractant waarin vennootschapsrechtelijk wordt deelgenomen door een particuliere onderneming (hierna: „overheidsonderneming met particuliere deelneming”) als een onderdeel van de overheid of van het bedrijf van de aanbestedende dienst wordt beschouwd, hangt af van de concrete situatie, waarbij niet alleen de grootte van de participatie beslissend is.

Daarvoor volstaat niet

- dat de overheidsonderneming met particuliere deelneming wordt gedomineerd door de aanbestedende dienst in de zin van artikel 1, sub 2, en artikel 13, lid 1, van richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie;
 - dat alleen met betrekking tot beslissingen over gunningen in het algemeen of over de gunning van de concrete acquisitie een omvangrijke zeggenschap bestaat.
4. Om een overheidsonderneming met particuliere deelneming, wat de uitoefening van „het merendeel van de werkzaamheden ten behoeve van de aanbestedende dienst betreft”, als een onderdeel van het bedrijf van de aanbestedende dienst te kunnen beschouwen, is het in tegenstelling tot artikel 13 van richtlijn 93/38/EG niet voldoende dat ten minste 80 % van de door deze onderneming in de laatste drie jaar in de Gemeenschap behaalde gemiddelde omzet op het gebied van het verrichten van diensten, afkomstig is van de verstrekking van deze diensten aan de aanbestedende dienst of aan de met deze dienst verbonden respectievelijk van deze dienst deel uitmakende ondernemingen, of dat — voorzover de gemengde onderneming nog geen drie jaar bedrijf uitoefent — volgens een prognose te verwachten valt dat aan deze 80 %-regel zal worden voldaan.

De nationale rechter moet daarbij uitgaan van de daadwerkelijke activiteiten; hij moet met name rekening houden met gegevens van kwantitatieve en kwalitatieve aard.