

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

L.A. GEELHOED

van 12 januari 2006¹**I — Inleiding**

1. Met het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing vraagt het Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Italië) het Hof om zich uit te spreken over de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van een nationale regeling die de rechtstreekse gunning mogelijk maakt van een lokale openbare vervoerdienst aan een onderneming die door het gunnende openbare lichaam wordt beheerst en gecontroleerd. Het gaat wederom om een zaak waarin het Hof wordt verzocht de strekking van het arrest Teckal² te verhelderen.

2. In punt 49 van dat arrest heeft het Hof vastgesteld dat, wil er sprake zijn van een overheidsopdracht voor levering in de zin van richtlijn 93/36/EEG van de Raad³, er onder meer een overeenkomst moet zijn gesloten tussen twee afzonderlijke personen.

3. Dienaangaande heeft het Hof in punt 50 van dat arrest gepreciseerd:

„[...] daartoe (volstaat) in beginsel, dat de overeenkomst is gesloten tussen een territoriaal lichaam en een persoon die daar rechtens van onderscheiden is. Dit zou slechts anders zijn wanneer het territoriale lichaam op de betrokken persoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen.”

II — Rechtskader

4. In de Italiaanse wetgeving is artikel 113 van decreto legislativo nr. 267/00 gewijzigd bij artikel 14 van decreto legge nr. 269/03. De

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

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

3 — Richtlijn van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB L 199, blz. 1).

daaruit volgende nieuwe versie van artikel 113, lid V, bepaalt:

oefenen 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.”

„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 uit-

III — Hoofdgeding en prejudiciële vraag

5. Bij besluit van 17 juli 2003 heeft het gemeentebestuur van Bari een openbare aanbestedingsprocedure ingeleid met het oog op de gunning van een lokale openbare vervoersdienst op het grondgebied van de Comune di Bari. Vervolgens heeft het bij besluit van 18 december 2003 besloten de ingeleide aanbestedingsprocedure niet voor te zetten en de betrokken opdracht onderhands aanbesteed aan de vennootschap AMTAB Servizio SpA.

6. Blijkens de verwijzingsbeslissing is het nieuwe besluit van de Comune di Bari genomen na de inwerkingtreding van artikel 14 van decreto legge nr. 269/03, dat artikel 113, lid V, van decreto legislativo nr. 267/00 heeft gewijzigd.

7. In het bijzonder zou de nieuwe bepaling van artikel 113, lid V, sub c, die het „interne” beheer van een openbare dienst omschrijft volgens de definitie die het Hof in punt 50

van het arrest Teckal, reeds aangehaald, daaraan heeft gegeven en waaruit voortvloeit dat het „interne” beheer van een openbare dienst niet binnen de werkingssfeer van het communautaire aanbestedingsrecht valt, voor het gemeentebestuur van Bari aanleiding zijn geweest om de aanbestedingsprocedure niet voort te zetten.

8. Volgens de verwijzingsbeslissing is de concessiehoudende vennootschap AMTAB Servizio SpA een vennootschap waarvan het maatschappelijk kapitaal volledig in handen is van de Comune di Bari en waarvan de enige activiteit bestaat in de levering van een lokale openbare vervoerdienst in de stad Bari. Deze vennootschap staat ingevolge het dienstcontract dat de twee eenheden bindt volledig onder toezicht van de gemeente Bari.

9. Verzoekster in het hoofdgeding, de Associazione nazionale autotrasporto viaggiatori, heeft bij de verwijzende rechter beroep ingesteld tot nietigverklaring van het besluit van de Comune di Bari van 18 december 2003 waarbij de betrokken dienst aan de vennootschap AMTAB Servizio SpA is gegund, op grond dat het in strijd was met het gemeenschapsrecht en in het bijzonder met de artikelen 3 EG, 16 EG, 43 EG, 49 EG, 50 EG, 51 EG, 70 EG, 71 EG, 72 EG, 81 EG, 82 EG, 86 EG en 87 EG.

10. Gelet op dit betoog, heeft het Tribunale amministrativo regionale di Puglia de behan-

deling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag voorgelegd:

„Is artikel 113, lid V, van decreto legislativo nr. 267/00, zoals gewijzigd bij artikel 14 van decreto legge nr. 269/03, 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 46 EG, 49 EG en 86 EG?”

IV — Beoordeling

11. Verzetten de artikelen 43 EG, 49 EG en 86 EG zich tegen een regeling als in de prejudiciële vraag wordt bedoeld, die het lokale bestuur de keuze laat om het beheer van een dienst als het openbare vervoer toe te vertrouwen aan een vennootschap die onder het betrokken lokale bestuur valt, of een openbare aanbestedingsprocedure in te leiden met het oog op de gunning van een concessie voor die dienst aan een particuliere partij?

12. Dat is in wezen de vraag die de verwijzende rechter stelt en die in het licht van de recente en zeer recente rechtspraak van het Hof⁴ tamelijk gemakkelijk te beantwoorden is.

13. Blijkens het dossier van het hoofdgeding, dat ter griffie van het Hof is neergelegd, wordt de betrokken dienst althans ten dele betaald door de aankoop van vervoersbewijzen door de gebruikers, zodat het om een concessie van diensten gaat die niet onder de gemeenschapsrichtlijnen inzake overheidsopdrachten valt, maar rechtstreeks onder de bepalingen van het primaire recht, en meer in het bijzonder van de door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden.⁵ De verwijzende rechter lijkt tot dezelfde vaststelling te zijn gekomen, aangezien zijn prejudiciële vraag alleen verwijst naar de artikelen 43 EG⁶, 49 EG en 86 EG, en niet naar richtlijn 92/50/EEG.⁷

14. De belangrijkste elementen voor het antwoord bevinden zich in punt 50 van het

arrest Teckal, reeds aangehaald, en in punt 49 van het arrest Stadt Halle en RPL Lochau, reeds aangehaald. Hieruit blijkt dat een oproep tot inschrijving, zelfs indien de medecontractant een lichaam is dat juridisch van het overheidsorgaan onderscheiden is, niet verplicht is, wanneer het overheidsorgaan, als aanbestedende dienst, op het betrokken onderscheiden lichaam toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en dit lichaam tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het overheidsorgaan of de overheidsorganen die hem beheersen.⁸

15. Wanneer men de bewoordingen van de nieuwe versie van artikel 113, lid V, sub c, van decreto legislativo nr. 267/00 [„vennootschappen waarvan het kapitaal volledig in handen van de overheid is op voorwaarde dat de territoriale lichamen 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 met het lichaam of de lichamen die haar beheersen”] vergelijkt met de in het vorige punt genoemde passages van de rechtspraak van het Hof, moet men vaststellen dat de Italiaanse wetgever zich duidelijk aan deze rechtspraak heeft geconformeerd.

16. Dit wordt bevestigd door de Commissie van de Europese Gemeenschappen, die in haar schriftelijke opmerkingen opmerkt dat de huidige redactie van artikel 113, lid V, sub c, het gevolg is van een inbreukproce-

4 — Arrest Teckal, reeds aangehaald. Arresten van 11 juni 2005, Stadt Halle en RPL Lochau (C-26/03, Jurispr. blz. I-1); 21 juli 2005, Coname (C-231/03, Jurispr. blz. I-7287); 13 oktober 2005, Parking Brixen (C-458/03, Jurispr. blz. I-8585), en 10 november 2005, Commissie/Oostenrijk (C-29/04, Jurispr. blz. I-9705).

5 — Arrest Coname, reeds aangehaald, punt 16.

6 — In de prejudiciële vraag citeert de verwijzende rechter artikel 46 EG en niet artikel 43 EG. Uit volledige lezing van de verwijzingsbeslissing moet worden afgeleid dat het hier om een materiële onjuistheid gaat.

7 — Richtlijn 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).

8 — Zie eveneens arrest Commissie/Oostenrijk, reeds aangehaald, punt 34.

dure die zij tegen de Italiaanse Republiek had ingeleid.

de twee genoemde criteria moet worden voldaan.

17. Daar de nationale regeling in overeenstemming is met de rechtspraak van het Hof, moet elk besluit van een lokaal bestuur dat op zijn beurt in overeenstemming is met die regeling, eveneens verenigbaar met het gemeenschapsrecht worden geacht.

18. In dit verband moet evenwel worden opgemerkt dat de criteria voor „interne” situaties strikt moeten worden toegepast. Uit de reeds aangehaalde arresten Parking Brixen en Commissie/Oostenrijk blijkt met name dat de controle die de aanbestedende instelling uitoefent niet mag verzwakken door de deelneming, „ook al is het slechts voor minder dan de helft”, van een particuliere onderneming in het kapitaal van de vennootschap waaraan het beheer van de betrokken dienst is toevertrouwd, en dat die vennootschap het merendeel van haar werkzaamheden moet uitoefenen ten behoeve van het lichaam of de lichamen die haar beheersen.

19. Mij lijkt dat in de feitelijke omstandigheden van het hoofdgeding aan deze twee voorwaarden is voldaan, zodat ik mijn analyse hiermee zou kunnen beëindigen, indien uit het arrest Commissie/Oostenrijk⁹ niet een derde voorwaarde voortvloeide, namelijk het vereiste dat voortdurend aan

20. Wanneer het bevoegde bestuur, nadat bij de gunning van het beheer van de betrokken dienst aan de eerste twee criteria was voldaan, een deel van de aandelen van de betrokken vennootschap, „ook al is het slechts minder dan de helft”, zou overdragen aan een particuliere onderneming, volgt hieruit immers dat door middel van een kunstmatige constructie die uit meerdere afzonderlijke fasen bestaat, namelijk de oprichting van de vennootschap, de gunning van het beheer van de openbare vervoersdienst aan die vennootschap en de overdracht van een deel van haar aandelen aan een particuliere onderneming, een concessie voor een openbare dienst aan een gemengde onderneming zou zijn gegund zonder voorafgaande oproep tot mededinging.

21. Diezelfde redenering geldt voor de situatie waarin aan de oorspronkelijke concessiehouder nog meer openbare diensten worden gegund door andere overheidslichamen dan het overheidslichaam dat hem beheerst, zonder dat er een voorafgaande oproep tot mededinging is geweest.

22. In de beide hierboven omschreven gevallen zou niet meer worden voldaan aan de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie zoals deze door het Hof in de reeds genoemde arresten Coname en Parking Brixen in herinnering zijn gebracht.

9 — Zie punten 38-42.

V — Conclusie

23. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van het Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia te beantwoorden als volgt:

„De artikelen 43 EG, 49 EG en 86 EG moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen de toepassing van een bepaling als artikel 113, lid V, van het Italiaanse decreto legislativo nr. 267/00 in zijn huidige versie, op voorwaarde dat aan de twee daarin opgenomen criteria, namelijk dat de concessiehoudende vennootschap onder soortgelijk toezicht moet staan als het bestuur op zijn eigen diensten uitoefent en het merendeel van haar werkzaamheden moet verrichten ten behoeve van het lichaam dat haar beheerst, ook na de gunning van het beheer van een openbare dienst aan die vennootschap blijvend wordt voldaan.”