

ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

10 september 2009*

In zaak C-573/07,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italië) bij beslissing van 11 oktober 2007, ingekomen bij het Hof op 28 december 2007, in de procedure

Sea Srl

tegen

Comune di Ponte Nossa,

in aanwezigheid van:

Servizi Tecnologici Comuni — Se.T.Co. SpA,

wijst

* Procestaal: Italiaans.

HET HOF VAN JUSTITIE (Derde kamer),

samengesteld als volgt: A. Rosas, kamerpresident, A. Ó Caoimh, J. N. Cunha Rodrigues (rapporteur), J. Klučka en A. Arabadjiev, rechters,

advocaat-generaal: J. Mazák,
griffier: L. Hewlett, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 1 april 2009,

gelet op de opmerkingen van:

- Sea Srl, vertegenwoordigd door L. Nola, avvocatessa,

- Comune di Ponte Nossa, vertegenwoordigd door A. Di Lascio en S. Monzani, avvocati,

- Servizi Tecnologici Comuni — Se.T.Co. SpA, vertegenwoordigd door M. Mazzarelli en S. Sonzogni, avvocati,

- de Italiaanse regering, aanvankelijk vertegenwoordigd door R. Adam, vervolgens door I. Bruni als gemachtigden, bijgestaan door G. Fiengo, avvocato dello Stato,

- de Tsjechische regering, vertegenwoordigd door M. Smolek als gemachtigde,

- de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door C. Wissels en C. ten Dam als gemachtigden,

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

- de Poolse regering, vertegenwoordigd door A. Ratajczak als gemachtigde,

- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door M. Konstantinidis en C. Zadra als gemachtigden,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het volgende

Arrest

¹ Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 12 EG, 43 EG, 45 EG, 46 EG, 49 EG en 86 EG.

- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Sea Srl (hierna: „Sea”) en de Comune di Ponte Nossa (gemeente Ponte Nossa) over de gunning door deze gemeente van een opdracht betreffende de dienst van ophaling, het transport en de verwijdering van stadsafval aan Servizi Tecnologici Comuni — Se.T.Co. SpA (hierna: „Setco”).

Toepasselijke bepalingen

Bepalingen van gemeenschapsrecht

- 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), bepaalt:

„[...]”

2. 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. ‚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.”

- 4 Artikel 20 van deze 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.”

- 5 Artikel 28 van deze richtlijn bepaalt dat voor het plaatsen van de opdrachten, behoudens uitzondering, gebruik wordt gemaakt van de openbare of de niet-openbare procedure.

- 6 Volgens artikel 80 van richtlijn 2004/18 moesten de lidstaten de nodige bepalingen in werking doen treden om uiterlijk op 31 januari 2006 aan deze richtlijn te voldoen.

- 7 Bijlage II A bij deze richtlijn omvat een categorie 16, „Straatreiniging en afvalverzameling; afvalwaterverzameling en –verwerking en aanverwante diensten”.

Bepalingen van nationaal recht en statutaire bepalingen

- 8 Artikel 2341 bis van het Italiaanse Burgerlijk Wetboek bepaalt:

„Overeenkomsten in welke vorm ook, die met het oog op een stabielere vermogen of een stabielere leiding van de vennootschap:

- a) de uitoefening van het stemrecht in aandelenvennootschappen of de moedermaatschappijen daarvan regelen;
- b) de overdracht van aandelen of participaties in de moedermaatschappijen beperken;
- c) tot doel of tot gevolg hebben de uitoefening, ook gezamenlijk, van een beslissende invloed op die vennootschappen, mogen niet voor langer dan vijf jaar worden afgesloten en worden geacht voor die duur te zijn afgesloten, ook al zijn partijen een langere termijn overeengekomen; de overeenkomsten zijn hernieuwbaar op hun vervalddag.

Wanneer de duur van de overeenkomst niet is bepaald, heeft iedere contractpartij het recht om zich na een voorafgaande kennisgeving van 180 dagen terug te trekken.

Onderhavig artikel is niet van toepassing op besluiten houdende samenwerkingsakkoorden voor de productie of de handel in goederen of diensten betreffende vennootschappen waarvan het kapitaal volledig in handen is van de deelnemers aan het akkoord.”

- 9 Artikel 2355 bis van het Italiaanse Burgerlijk Wetboek luidt:

„In het geval van aandelen op naam of niet-uitgegeven aandelen kunnen de statuten de overdracht daarvan aan bijzondere voorwaarden onderwerpen en verbieden gedurende ten hoogste vijf jaar vanaf de oprichting van de vennootschap of de invoering van dat verbod.

De bepalingen van de statuten die de overdracht van aandelen zonder meer afhankelijk stellen van de goedkeuring door de vennootschapsorganen of andere vennootschappen zijn nietig wanneer zij voor de vennootschap of de andere aandeelhouders niet voorzien in een verplichting tot terugkoop, of de verkoper niet het recht van uittreding toekennen; het bepaalde in artikel 2357 blijft van toepassing. De verkoopprijs of het vereffening dividend wordt bepaald op de wijze en voor zover voorzien in artikel 2437 ter.

Het bepaalde in de vorige alinea geldt voor alle gevallen waarin de overdracht van aandelen wegens overlijden op grond van bepaalde bedingen aan bijzondere voorwaarden wordt onderworpen, behalve wanneer de voorziene toestemming is gegeven.

De beperkingen op de aandelenoverdracht moeten blijken uit het waardepapier zelf.”

- 10 Artikel 113, lid 5, van decreto legislativo nr. 267 houdende de gecoördineerde tekst van de wetten op de organisatie van de plaatselijke lichamen (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) van 18 augustus 2000 (Supplemento ordinario bij GURI nr. 227 van 28 september 2000), zoals gewijzigd bij decreto legge nr. 269 houdende spoedmaatregelen ter begunstiging van de ontwikkeling en ter verbetering van de toestand van de openbare financiën (disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici) van 30 september 2003 (Supplemento ordinario bij GURI nr. 229 van 2 oktober 2003), na wijziging bij legge nr. 326/2003 van 24 november 2003 omgezet in wet (Supplemento ordinario bij GURI nr. 274 van 25 november 2003; hierna: „decreto legislativo nr. 267/2000”), luidt als volgt:

„De dienstverrichting geschiedt conform de regels van de sector en met inachtneming van de voorschriften van de Europese Unie, waarbij het beheer van de dienst wordt gegund aan:

- a) kapitaalvennootschappen die door middel van een aanbestedingsprocedure zijn geselecteerd;
- b) vennootschappen met gemengd openbaar en particulier kapitaal, waarin de particuliere aandeelhouder wordt geselecteerd door middel van een aanbestedingsprocedure die de inachtneming waarborgt van de nationale en communautaire mededingingsregels, overeenkomstig de richtsnoeren die door de bevoegde instanties zijn neergelegd in specifieke besluiten of circulaire's;
- c) vennootschappen waarvan het kapitaal volledig in handen van de overheid is, mits de overheidslichamen die het maatschappelijk kapitaal bezitten, op de vennootschap toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten en deze vennootschap het merendeel van haar activiteiten verricht ten behoeve van het lichaam dat haar beheerst of de lichamen die haar beheersen.”

11 Artikel 1, lid 3, van de statuten van Setco luidt als volgt:

„Gelet op de aard van de vennootschap, kunnen daarvan aandeelhouder worden plaatselijke lichamen als bedoeld in artikel 2, lid 1, van decreto legislativo nr. 267/2000 en andere overheidsinstanties en publieke ondernemingen met rechtspersoonlijkheid waarvan de activiteiten en de ervaring kunnen bijdragen tot de volledige verwezenlijking van de maatschappelijke doelen.”

12 Artikel 1, lid 4, van die statuten luidt:

„Particulieren of andere lichamen en hoe dan ook personen waarvan de participatie — ook wanneer het daarbij kwalitatief en/of kwantitatief om een minderheidsparticipatie gaat — kan leiden tot een wijziging in de regelingen voor ‚toezicht zoals op de eigen diensten’ (zoals vastgesteld in de navolgende bepalingen en in de communautaire en nationale regelgeving), dan wel tot een met de heersende wettelijke regeling strijdig beheer, kunnen geen aandeelhouder worden.”

13 Artikel 3 van Setco’s statuten bepaalt:

„1. De vennootschap heeft tot doel het beheer van plaatselijke openbare diensten en intercommunale plaatselijke openbare diensten die uitsluitend verband houden met de plaatselijke overheidslichamen welke die diensten gunnen krachtens de artikelen 113 en volgende van decreto legislativo nr. 267/2000 [...], en tevens bij overeenkomst tussen de plaatselijke overheidslichamen.

[...]

3. De hiervoor genoemde diensten en werken:

- kunnen ook voor particulieren worden verricht, wanneer dat niet in strijd is met het maatschappelijk doel of bijdraagt tot het beter verwezenlijken daarvan;

[...]”

¹⁴ Artikel 6, lid 4, van deze statuten bepaalt:

„Ter eventuele bevordering van een zo ruim mogelijk aandeelhouderschap op lokaal niveau (burgers en/of ondernemers) dan wel [van het aandeelhouderschap] van werknemers kan de vennootschap ook preferente aandelen uitgeven [...]”

¹⁵ Artikel 8 bis van die statuten luidt:

„1. Tot de onderhandse gunning van plaatselijke openbare diensten aan de vennootschap kan, met inachtneming van de huidige nationale en communautaire regelgeving, worden besloten door aandeelhouders die territoriale lichamen zijn (aanbestedende aandeelhouders) voor alle of bepaalde van de in artikel 3 genoemde sectoren, overeenkomende met de volgende afdelingen: afdeling 1: afval; afdeling 2: water; afdeling 3: gas; afdeling 4: toerisme; afdeling 5: energie; afdeling 6: nutsdiensten.

2. De vennootschap beheert de diensten uitsluitend ten behoeve van de aanbestedende aandeelhouders en hoe dan ook binnen het bevoegdheidsgebied van deze instanties.

3. De aandeelhouders beschikken, samen en/of afzonderlijk, over de ruimste bevoegdheden van bestuur, coördinatie en toezicht ten aanzien van de vennootschapsorganen en -hulporganen. In het bijzonder kunnen zij de vennootschapsorganen bijeenroepen voor het verstrekken van toelichting over de werking van de plaatselijke openbare diensten, vragen zij regelmatig en hoe dan ook ten minste twee keer per jaar verslagen op over het beheer van de diensten en de financieel-economische situatie, oefenen zij toezicht uit op het beheer in de vorm en op de wijze bepaald in de interne reglementen van de aanbestedende diensten, geven zij voor elke statutenwijziging die inherent is aan het beheer van de plaatselijke openbare diensten hun voorafgaande toestemming, wat een voorwaarde voor de rechtsgeldigheid ervan is.

4. De afdelingen bepalen in overeenstemming met de voorschriften van deze statuten en de betrokken dienstcontracten welke toezichtsregeling — die voor toezicht zoals op de eigen diensten, gezamenlijk toezicht dan wel afzonderlijk toezicht — van toepassing is.

5. De aanbestedende aandeelhouders oefenen de bevoegdheden uit met betrekking tot de afdelingen waarvoor zij hebben besloten om tot onderhandse aanbesteding van de diensten over te gaan. Met het oog op een efficiënt beheer van de diensten in kwestie leggen de organen en de werknemers van de vennootschap met name aan de in de statuten genoemde lichamen verantwoording af over de verrichte activiteiten.

6. Behalve op grond van de in het vennootschapsrecht vastgestelde prerogatieven van aandeelhouder, oefenen de aanbestedende aandeelhouders hun toezicht uit via een Comitato unitario di indirizzo e controllo politico amministrativo (hierna: 'gemeenschappelijk comité') en een Comitato tecnico di controllo per ogni divisione (hierna: 'technisch comité') per afdeling.

7. De niet-aanbestedende aandeelhouders kunnen aan de vergaderingen van het gemeenschappelijk [...] en het technisch comité [...] voor elke afdeling deelnemen, maar hebben geen stemrecht. Bij absolute meerderheid van hun leden kunnen deze comités de niet-aanbestedende aandeelhouders van deelname aan een specifieke vergadering of aan gedeelten van een vergadering uitsluiten, mits zij zulks in het proces-verbaal van de betrokken vergadering motiveren.”

16 Artikel 8 ter van de statuten van Setco luidt als volgt:

„1. Het gemeenschappelijk comité [...] bestaat uit: 1) één vertegenwoordiger per aanbestedende aandeelhouder die wordt gekozen uit de wettelijke vertegenwoordiger van het lichaam, de gevolmachtigde assessor of een waarnemend gedelegeerd bestuurder; 2) een bestuurder voor het uitvoeren van ondersteunende taken en het opstellen van verslagen, zonder stemrecht, die tijdens de eerste vergadering door de aanbestedende aandeelhouders wordt aangesteld, gekozen uit de secretarissen, de algemene directeuren of de bestuurders (dan wel de dienstverantwoordelijken van lichamen die geen personeel met de kwalificatie van bestuurder hebben) en in dienst is van ten minste één van de aanbestedende lichamen.

2. Met het oog op de uitoefening van toezicht zoals op de eigen diensten kan het gemeenschappelijk comité adviseren, richtsnoeren aanreiken en beslissingen nemen. In het bijzonder a) oefent het ten aanzien van de organen en hulporganen van de vennootschap de bevoegdheden en prerogatieven uit waarover de raad van bestuur, het directiecomité en de burgemeester/president beschikken op het gebied van toezicht op hun eigen taken en diensten. Het toezicht heeft betrekking op alle aspecten van de organisatie en de werking van de diensten die worden aanbesteed; b) verstrekt het aan de afdelingscomités richtsnoeren voor een gecoördineerd en harmonieus beheer van de diensten, alsook met betrekking tot aangelegenheden en aspecten waarbij meerdere afdelingen betrokken zijn; c) benoemt het de vertegenwoordigers van de plaatselijke lichamen in de raad van bestuur van de vennootschap; d) benoemt het de president van de raad van bestuur en van het college van administrateurs en kan het deze benoeming in de gevallen waarin deze statuten voorzien, intrekken; e) verstrekt het richtsnoeren voor de benoeming van de gedelegeerd bestuurders en de algemene directeur van de vennootschap; f) hecht het zijn goedkeuring aan het voorstel voor een programmaplan, de meerjarige en de jaarlijkse budgettering, en de definitieve jaarstaat; g) houdt het hoorzittingen met de hoogste organen van de vennootschap, waarbij het ten minste eens per jaar de president en/of de algemene directeur hoort; h) ontvangt het van de hoogste organen van de vennootschap periodiek — ten minste twee keer per jaar — verslagen over de werking van de plaatselijke openbare diensten; i) kan het bepaalde van

zijn eigen taken delegeren aan één of meer technische comités — naargelang van de specifieke deskundigheid van deze comités; l) brengt het in de in deze statuten bepaalde gevallen voorafgaand advies uit over handelingen van de bestuurders die door de algemene vergadering moeten worden goedgekeurd.

3. Het gemeenschappelijk comité komt gewoonlijk ten minste eens per jaar bijeen en in uitzonderlijke gevallen op verzoek a) van één der aanbestedende aandeelhouders; b) van de wettelijke vertegenwoordiger van de vennootschap.”

17 Artikel 8 quater van die statuten luidt:

„1. Er wordt een technisch comité [...] ingesteld voor elk van de volgende afdelingen: afdeling 1: afval; afdeling 2: water; afdeling 3: gas; afdeling 4: toerisme; afdeling 5: energie, afdeling 6: nutsdiensten.

2. Het technisch comité [...] bestaat uit: 1) één vertegenwoordiger per aanbestedende aandeelhouder die wordt gekozen uit de secretarissen, de algemene directeurs of de bestuurders (dan wel de dienstverantwoordelijken van lichamen die geen personeel met de kwalificatie van bestuurder hebben) en in dienst is van ten minste één van de aanbestedende lichamen [...]

3. Eenzelfde persoon kan deel uitmaken van het technisch comité van meerdere afdelingen.

4. In het bijzonder a) oefent het technisch comité ten aanzien van de organen en hulporganen van de vennootschap de bevoegdheden en prerogatieven uit waarover de technische organen van het bestuur beschikken op het gebied van toezicht op hun eigen afdelingen. Het toezicht heeft betrekking op alle aspecten van de organisatie en de

werking van de diensten die worden aanbesteed, binnen de grenzen van de bevoegdheid van de afdeling en met inachtneming van de richtsnoeren van het gemeenschappelijk comité; b) ondersteunt het technisch comité het gemeenschappelijk comité bij het nemen van beslissingen die inherent zijn aan de organisatie en de werking van de diensten die tot de bevoegdheid van de afdeling behoren; c) vervult het de door het gemeenschappelijk comité gedelegeerde taken; d) coördineert het de regelingen voor toezicht op het beheer van de vennootschap; e) doet het technisch comité het gemeenschappelijk comité of de vennootschapsorganen voorstellen voor het nemen van de maatregelen die noodzakelijk zijn om de activiteiten van de vennootschap in overeenstemming te brengen met de doelstellingen van de aanbestedende diensten zoals die blijken uit het concrete beheersplan en de doelstellingen; f) ondersteunt het de activiteiten van de vennootschap uit administratief-technisch oogpunt op de wijze bepaald in de reglementen van de aanbestedende diensten en/of de overeenkomst tot regeling van de betrekkingen tussen de aanbestedende diensten onderling; g) signaleert het eventuele pijnpunten in het beheer van de diensten en stelt het de wijzigingen voor die moeten worden aangebracht in de gemeentelijke regelgeving en in de besluiten tot regeling van de plaatselijke openbare diensten.”

18 Artikel 14 van de betrokken statuten luidt:

„1. Onverminderd de prerogatieven van de in de artikelen 8 bis, 8 ter en 8 quater hiervóór bedoelde organen voor toezicht zoals op de eigen diensten, gezamenlijk toezicht en afzonderlijk toezicht, beslist de gewone algemene vergadering over alle bij wet en bij deze statuten voorziene aangelegenheden met inachtneming van de richtsnoeren en eventuele instructies van die organen met betrekking tot de organisatie en het beheer van de openbare diensten waarmee de vennootschap rechtstreeks wordt belast.

[...]

3. De volgende bestuurshandelingen vereisen de voorafgaande goedkeuring van de gewone algemene vergadering, op gunstig advies van het in artikel 8 ter hiervóór bedoelde gemeenschappelijk comité, wat de op de organisatie en de werking van de plaatselijke openbare diensten betrekking hebbende onderdelen betreft:

- a) programmaplanning, voorlopige meerjaren- en jaarbalansen en tussenbalans ter rectificatie van de voorlopige balans;

- b) oprichting van kapitaalvennootschappen waarvan de activiteiten ondersteunend of aanvullend zijn ten opzichte van die van de vennootschap; verwerving van participaties — ook minderheidsparticipaties — in dergelijke vennootschappen, en afstoting daarvan;

- c) activering van nieuwe, statutair voorziene diensten of stopzetting van die welke reeds zijn verleend;

- d) verwerving en overdracht van gebouwen en installaties, hypothecaire leningen en andere soortgelijke verrichtingen, van welke soort en aard ook, die een financieel engagement inhouden voor een waarde die 20% hoger ligt dan die van het nettovermogen zoals dat blijkt uit de laatste goedgekeurde balans;

- e) richtsnoeren ter vaststelling van de tarieven en prijzen voor de verleende diensten, wanneer daarvoor geen wettelijke vereisten gelden of wanneer die niet worden vastgesteld door bevoegde organen of instanties.

[...]

5. De algemene vergadering en het gemeenschappelijk comité kunnen hun toestemming geven voor het verrichten van de in de vorige punten bedoelde handelingen, en kunnen die toestemming bovendien afhankelijk stellen van de inachtneming van bepaalde instructies, de nakoming van bepaalde verplichtingen of het verrichten van bepaalde handelingen door de bestuurders. In dat geval stellen de bestuurders een

rapport op over de inachtneming van de instructies binnen de in het toestemmingsbesluit gestelde termijn, of, bij gebreke daarvan, binnen de 30 dagen na het verrichten van de betrokken handeling.

6. De aandeelhoudende plaatselijke lichamen die ten minste één twintigste van het maatschappelijk kapitaal vertegenwoordigen en alle aanbestedende aandeelhouders kunnen, wanneer zij van mening zijn dat de vennootschap de handeling niet conform de gegeven toestemming verricht of aan het verrichten is, via het gemeenschappelijk comité de onmiddellijke bijeenroeping van de algemene vergadering overeenkomstig artikel 2367, lid 1, van het Burgerlijk Wetboek eisen, zodat die de maatregelen kan nemen die zij in het belang van de vennootschap nodig acht.

7. De uitvoering van handelingen die aan voorafgaande toestemming zijn onderworpen, zonder in de statutair voorziene gevallen de toestemming van de algemene vergadering of het advies van het gemeenschappelijk comité te hebben gevraagd en gekregen, dan wel de niet-uitvoering van de handeling conform de gegeven toestemming kan een geldige reden zijn voor afzetting van de bestuurders.

8. De raad van bestuur die niet voornemens is, de door de algemene vergadering goedgekeurde handeling te verrichten, stelt binnen de vijftien dagen na de beslissing van de algemene vergadering, een gemotiveerd ad-hocbesluit vast, dat onmiddellijk moet worden bezorgd aan de aandeelhoudende plaatselijke lichamen en, voor aangelegenheden die vallen onder het beheer van de plaatselijke openbare diensten, aan het gemeenschappelijk comité. Dit comité kan met betrekking tot beslissingen inzake de organisatie en/of het beheer van de plaatselijke openbare diensten binnen de 30 dagen na ontvangst van de mededeling van de raad van bestuur een besluit houdende bevestiging van zijn standpunt en/of van zijn instructies nemen. Het genomen besluit is bindend voor het bestuursorgaan.

[...]"

19 Artikel 16 van die statuten bepaalt:

„1. De vennootschap wordt bestuurd door een raad van bestuur die beschikt over gewone en buitengewone bestuursbevoegdheden, zulks onverminderd de bevoegdheden die krachtens de wet of de statuten:

- a) aan de algemene vergadering zijn voorbehouden,
- b) de voorafgaande toestemming van de algemene vergadering behoeven,
- c) aan de in de artikelen 8 bis en volgende van de statuten bedoelde organen voor toezicht zoals op de eigen diensten zijn voorbehouden.

2. De raad van bestuur bestaat uit 3 (drie) à 7 (zeven) leden die worden benoemd door de algemene vergadering op voordracht van het in artikel 8 ter bedoelde gemeenschappelijk comité. In alle gevallen staat het aan de aanbestedende aandeelhouders, onverwijld een aantal bestuurders te benoemen, af te zetten en te vervangen (met inbegrip van de president van de raad van bestuur) dat evenredig is aan de omvang van hun participatie en hoe dan ook hoger is dan de helft daarvan.

[...]

6. De raad van bestuur stelt de besluiten vast die betrekking hebben op de organisatie en/of het beheer van de plaatselijke openbare diensten die rechtstreeks worden gegund, met inachtneming van de richtsnoeren van de in de artikelen 8 bis en volgende van de onderhavige statuten bedoelde toezichtsorganen.

[...]"

Hoofdinging en prejudiciële vraag

- 20 In het kader van een aanbesteding werd aan Sea een opdracht gegund voor het verrichten van de dienst van ophaling, transport en verwijdering van vast stads- en soortgelijk afval op het grondgebied van de Comune di Ponte Nossa; zij verrichtte de betrokken dienst gedurende drie jaar, namelijk van 1 januari 2004 tot en met 31 december 2006.
- 21 Setco is een aandelenvennootschap in handen van een aantal gemeenten van Val Seriana, met als meerderheidsaandeelhouster de Comune di Clusone.
- 22 Bij besluit van 16 december 2006 besliste de Comune di Ponte Nossa een minderheidsparticipatie te nemen in Setco met de bedoeling om de dienst in kwestie vanaf 1 januari 2007 rechtstreeks aan deze vennootschap te gunnen.
- 23 Op 23 december 2006 pasten de gemeenten-aandeelhoudsters van Setco, waaronder de Comune di Ponte Nossa, de statuten van deze vennootschap aan teneinde deze overeenkomstig artikel 113, lid 5, sub c, van decreto legislativo nr. 267/2000 te onderwerpen aan toezicht zoals op hun eigen diensten.

- 24 Bij besluit van 30 december 2006 gunde de Comune di Ponte Nossa de dienst van ophaling, transport en verwijdering van vast stads- en soortgelijk afval op haar grondgebied met ingang van 1 januari 2007 rechtstreeks aan Setco, zonder voorafgaande aanbestedingsprocedure.
- 25 Op 2 januari 2007 stelde Sea tegen de besluiten van de Comune di Ponte Nossa van 16 en 30 december 2006 beroep in bij het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia.
- 26 Sea betoogde met name dat de Comune di Ponte Nossa, door de betrokken dienst rechtstreeks aan Setco te gunnen, artikel 113, lid 5, van decreto legislativo nr. 267/2000 en de artikelen 43 EG, 49 EG en 86 EG heeft geschonden, omdat zij op Setco geen toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten, welk toezicht wordt vereist voor de onderhandse gunning van een dienst aan een onderneming in handen van de aanbestedende dienst.
- 27 Volgens de verwijzende rechter kan een aantal aspecten twijfels doen rijzen over de vraag of de Comune di Ponte Nossa op Setco toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten.
- 28 Enerzijds is het voor particulieren mogelijk een participatie te nemen in Setco's kapitaal — een situatie die zich thans evenwel niet voordoet. De verwijzende rechter preciseert in dit verband dat niettegenstaande de uitdrukkelijk bij artikel 1, lid 4, van Setco's statuten voorziene uitsluiting van particuliere aandeelhouders van haar kapitaal, die participatie op grond van artikel 6, lid 4, van deze statuten en artikel 2355 bis van het Italiaanse Burgerlijk Wetboek tóch mogelijk lijkt.
- 29 Met betrekking tot de concrete toezichtsbevoegdheden van de Comune di Ponte Nossa ten aanzien van Setco vraagt de verwijzende rechter zich anderzijds af of er van toezicht

zoals op haar eigen diensten sprake kan zijn, nu zij slechts een minderheidsparticipatie in die vennootschap houdt.

- 30 Daarop heeft het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Is de onderhandse aanbesteding van een opdracht voor het verrichten van diensten van ophaling, transport en verwijdering van vast stads- en soortgelijk afval aan een aandelenvennootschap waarvan het kapitaal volledig in handen van de overheid is, en waarvan de statuten, zoals in de overwegingen uiteengezet, met het oog op de toepassing van artikel 113 van decreto legislativo nr. 267 van 18 augustus 2000 zijn gewijzigd, verenigbaar met het gemeenschapsrecht, in het bijzonder met de vrijheid van vestiging of van dienstverrichting, het discriminatieverbod en de verplichtingen inzake gelijke behandeling, transparantie en vrije mededinging die in de artikelen 12 EG, 43 EG, 45 EG, 46 EG, 49 EG en 86 EG zijn neergelegd?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

- 31 Inleidend zij erop gewezen dat de aanbesteding van een dienst van ophaling, transport en verwijdering van stadsafval als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, naargelang van de kenmerken van de tegenprestatie voor die dienst kan vallen onder de definitie van overheidsopdrachten voor diensten dan wel onder die van een concessieovereenkomst voor openbare diensten in de zin van artikel 1, lid 2, sub d, respectievelijk artikel 1, lid 4, van richtlijn 2004/18.
- 32 Volgens de gegevens in de verwijzingsbeslissing en het dossier dat door de verwijzende rechter aan het Hof is overgelegd, kan de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst een overheidsopdracht voor diensten zijn, met name omdat de overeenkomst tussen Setco en de Comune di Ponte Nossa inzake de betrokken dienstverrichting bepaalt dat deze gemeente Setco voor de door haar verleende diensten een vergoeding betaalt.

- 33 Een dergelijke opdracht zou onder richtlijn 2004/18 kunnen vallen als opdracht voor diensten van afvalophaling behorende tot categorie 16 van bijlage II A bij deze richtlijn.
- 34 De verwijzingsbeslissing bevat evenwel niet de informatie die nodig is om uit te maken of het gaat om een concessieovereenkomst voor diensten dan wel om een overheidsopdracht voor diensten, en of in dit laatste geval aan alle toepassingsvoorwaarden van die richtlijn is voldaan. In het bijzonder preciseert die beslissing niet of de waarde van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht de toepassingsdrempel van die richtlijn overschrijdt.
- 35 De vraag of de zaak in het hoofdgeding een concessieovereenkomst voor diensten dan wel een overheidsopdracht voor diensten betreft, en de vraag of in dit laatste geval een dergelijke opdracht voor diensten al dan niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18 valt, zijn hoe dan ook niet van invloed op het door het Hof op de prejudiciële vraag te geven antwoord.
- 36 Volgens de rechtspraak van het Hof is een oproep tot inschrijving namelijk niet verplicht in het geval dat een overeenkomst onder bezwarende titel wordt gesloten met een entiteit die rechtens onderscheiden is van het plaatselijke lichaam dat de aanbestedende dienst is, wanneer dat lichaam op die entiteit toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en die entiteit het merendeel van haar activiteiten verricht ten behoeve van het lichaam dat haar beheerst of de lichamen die haar beheersen (zie in die zin arrest van 18 november 1999, Teckal, C-107/98, Jurispr. blz. I-8121, punt 50).
- 37 Deze rechtspraak is zowel relevant voor de uitlegging van richtlijn 2004/18 als voor die van de artikelen 12 EG, 43 EG en 49 EG alsmede van de algemene beginselen waarvan zij de bijzondere uitdrukking vormen (zie in die zin arresten van 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau, C-26/03, Jurispr. blz. I-1, punt 49, en 13 oktober 2005, Parking Brixen, C-458/03, Jurispr. blz. I-8585, punt 62).

- 38 Er zij aan herinnerd dat, ook al zijn bepaalde overeenkomsten van de werkingssfeer van de gemeenschapsrichtlijnen inzake overheidsopdrachten uitgesloten, de aanbestedende diensten die deze overeenkomsten sluiten, niettemin de fundamentele regels van de EG-Verdrag in acht moeten nemen (zie in die zin arrest van 7 december 2000, *Telaustria en Telefonadress*, C-324/98, Jurispr. blz. I-10745, punt 60, en beschikking van 3 december 2001, *Vestergaard*, C-59/00, Jurispr. blz. I-9505, punt 20).
- 39 Wat de aanbesteding van overheidsopdrachten voor diensten betreft, moeten de aanbestedende diensten met name de artikelen 43 EG en 49 EG alsmede het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in acht nemen, alsook de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting (zie in die zin reeds aangehaald arrest *Parking Brixen*, punten 47-49, en arrest van 6 april 2006, *ANAV*, C-410/04, Jurispr. blz. I-3303, punten 19-21).
- 40 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, is evenwel uitgesloten, wanneer het territoriale lichaam dat de aanbestedende dienst is, op de entiteit waaraan de opdracht wordt toegewezen toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze entiteit tegelijkertijd het merendeel van haar activiteiten verricht ten behoeve van de overheid die haar beheerst of de overheden die haar beheersen (zie in die zin reeds aangehaalde arresten *Teckal*, punt 50, en *Parking Brixen*, punt 62, alsmede arrest van 9 juni 2009, *Commissie/Duitsland*, C-480/06, Jurispr. blz. I-4747, punt 34).
- 41 De omstandigheid dat de voor de opdracht geselecteerde entiteit een kapitaalvennootschap is, sluit de toepassing van de uitzondering als erkend in de in het voorgaande punt weergegeven rechtspraak niet uit. In het reeds aangehaalde arrest *ANAV* heeft het Hof geoordeeld dat die rechtspraak van toepassing is in het geval van een aandelenvennootschap.
- 42 De verwijzende rechter wijst erop dat *Setco* volgens artikel 6, lid 4, van haar statuten, hoewel artikel 1, leden 3 en 4, daarvan de toegang tot haar kapitaal voorbehoudt aan

overheidsorganen, preferente aandelen kan uitgeven ter eventuele bevordering van het aandeelhouderschap op lokaal niveau van burgers en ondernemers of dat van werknemers.

- 43 Ter terechtzitting heeft de Comune di Ponte Nossa aangevoerd dat genoemd artikel 6, lid 4, had moeten worden ingetrokken naar aanleiding van de wijziging van Setco's statuten op 23 december 2006, wat bij vergissing evenwel niet is gebeurd. Volgens deze gemeente is dat artikel 6, lid 4, later ingetrokken. Het staat aan de nationale rechter, de juistheid na te gaan van deze gegevens, die zouden kunnen leiden tot uitsluiting van de mogelijkheid dat Setco's kapitaal voor particuliere investeerders wordt opengesteld.
- 44 In de verwijzingsbeslissing wordt de vraag opgeworpen of een aanbestedende dienst op een vennootschap waarvan hij aandeelhouder is en waarmee hij een overeenkomst wil sluiten, toezicht kan uitoefenen zoals op zijn eigen diensten, wanneer de mogelijkheid bestaat dat particuliere investeerders een participatie nemen in het kapitaal van de betrokken vennootschap, hoewel dit in de praktijk nog niet is gebeurd.
- 45 Ter beantwoording van deze vraag zij eraan herinnerd dat de omstandigheid dat de aanbestedende dienst samen met andere overheidsdiensten het volledige kapitaal in handen heeft van de vennootschap waaraan de opdracht wordt toegewezen, erop lijkt te wijzen — zonder beslissend te zijn — dat die aanbestedende dienst op deze vennootschap toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten (zie in die zin arresten van 11 mei 2006, *Carbotermo en Consorzio Alisei*, C-340/04, Jurispr. blz. I-4137, punt 37, en 13 november 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, Jurispr. blz. I-8457, punt 31).
- 46 Daarentegen sluit de participatie — ook een minderheidsparticipatie — van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap waarin ook de betrokken aanbestedende dienst participeert, hoe dan ook uit dat deze dienst op die vennootschap toezicht kan uitoefenen zoals op zijn eigen diensten (zie in die zin reeds aangehaalde arresten *Stadt Halle* en *RPL Lochau*, punt 49, en *Coditel Brabant*, punt 30).

- 47 In de regel moet op het moment van de gunning van de betrokken overheidsopdracht worden nagegaan of er werkelijk sprake is van een particuliere participatie in het kapitaal van de voor de opdracht geselecteerde vennootschap (zie in die zin reeds aangehaald arrest Stadt Halle en RPL Lochau, punten 15 en 52). Het kan tevens relevant zijn, rekening te houden met de omstandigheid dat het toepasselijke nationale recht op het ogenblik waarop een aanbestedende dienst een opdracht gunt aan een vennootschap waarvan hij het volledige kapitaal in handen heeft, voorziet in de verplichte openstelling van de vennootschap, op korte termijn, voor ander kapitaal (zie in die zin reeds aangehaald arrest Parking Brixen, punten 67 en 72).
- 48 Bij wijze van uitzondering kunnen bijzondere omstandigheden vereisen dat rekening wordt gehouden met gebeurtenissen die zich na de gunning van de betrokken opdracht hebben voorgedaan. Dat is met name het geval wanneer aandelen van de vennootschap waaraan de opdracht is gegund, die voorheen volledig in het bezit van de aanbestedende dienst waren, kort na de gunning aan die vennootschap van de betrokken opdracht worden overgedragen aan een particuliere onderneming in het kader van een kunstmatige constructie die erop is gericht de ter zake geldende gemeenschapsregels te omzeilen (zie in die zin arrest van 10 november 2005, Commissie/Oostenrijk, C-29/04, Jurispr. blz. I-9705, punten 38-41).
- 49 Hoewel niet kan worden uitgesloten dat aandelen van een vennootschap op ieder moment aan derden kunnen worden verkocht, zou de erkenning dat deze mogelijkheid op zich de beoordeling van het al dan niet openbare karakter van het kapitaal van een voor een overheidsopdracht geselecteerde vennootschap eindeloos kan opschorten, indruisen tegen het rechtszekerheidsbeginsel.
- 50 Wanneer het kapitaal van een vennootschap op het moment dat de betrokken opdracht daaraan wordt gegund, volledig in handen is van de aanbestedende dienst, alleen of samen met andere overheidsinstanties, kan met de openstelling van dat kapitaal voor particuliere investeerders slechts rekening worden gehouden indien er op dat moment een concreet kortetermijnperspectief van een dergelijke openstelling bestaat.
- 51 Hieruit volgt dat in een situatie als die in het hoofdgeding, waarin het kapitaal van de voor de opdracht geselecteerde vennootschap volledig in handen van de overheid is en er geen enkele concrete aanwijzing bestaat dat dit kapitaal weldra voor particuliere

aandeelhouders zal worden opengesteld, de mogelijkheid op zich voor particulieren om een participatie in het kapitaal van die vennootschap te nemen, niet volstaat voor de conclusie dat de voorwaarde inzake het toezicht door de overheidsinstantie niet is vervuld.

- 52 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door de overwegingen in punt 26 van het arrest van 21 juli 2005, Coname (C-231/03, Jurispr. blz. I-7287), dat het feit dat een vennootschap als de in die zaak aan de orde zijnde openstaat voor privé-kapitaal, eraan in de weg staat dat zij wordt beschouwd als een interne constructie die de deelnemende gemeenten gebruiken voor het beheer van een openbare dienst. In die zaak was een openbare dienst namelijk toegewezen aan een vennootschap waarvan het kapitaal ten tijde van die toewijzing niet volledig, maar overwegend in handen van de overheid was, dat wil zeggen aan een gemengde vennootschap (zie reeds aangehaald arrest Coname, punten 5 en 28).
- 53 Er zij evenwel op gewezen dat wanneer in de in punt 51 van het onderhavige arrest vermelde omstandigheden zonder aanbesteding een opdracht zou zijn gegund aan een vennootschap waarvan het kapitaal in handen van de overheid is, het feit dat particuliere aandeelhouders later — maar nog altijd binnen de looptijd van die opdracht — mogen participeren in het kapitaal van die vennootschap, een wijziging zou opleveren van een basisvoorwaarde voor de opdracht waarvoor een aanbesteding moet worden uitgeschreven.
- 54 De vraag rijst dan of, in het geval dat een overheidsinstantie minderheidsaandeelhoudster wordt van een aandelenvennootschap waarvan het kapitaal volledig in handen van de overheid is, met het oog op de gunning van het beheer van een openbare dienst daaraan, het toezicht dat de aandeelhoudende overheidsinstanties op die vennootschap uitoefenen, wil het kunnen worden gekwalificeerd als toezicht zoals op hun eigen diensten, door elk van deze instanties individueel moet worden uitgeoefend dan wel of dat toezicht door de betrokken instanties gezamenlijk mag worden uitgeoefend.
- 55 De rechtspraak verlangt niet dat het toezicht op de voor de opdracht geselecteerde vennootschap in een dergelijk geval individueel is (zie in die zin reeds aangehaald arrest Coditel Brabant, punt 46).

- 56 Wanneer meerdere overheidsinstanties ervoor kiezen om hun openbardienstverplichtingen via een gemeenschappelijke vennootschap uit te voeren, is het namelijk normaal gezien uitgesloten dat een van deze instanties die slechts een minderheidsbelang in die vennootschap heeft, alleen een beslissend toezicht uitoefent op de beslissingen van die vennootschap. Indien werd geëist dat het toezicht van een overheidsinstantie in een dergelijk geval individueel is, zou dit tot gevolg hebben dat in de meeste gevallen waarin een overheidsinstantie zou willen toetreden tot een vennootschap in handen van andere overheidsinstanties met het oog op de gunning, aan die vennootschap, van het beheer van een openbare dienst, een oproep tot mededinging moet worden gedaan (zie in die zin reeds aangehaald arrest Coditel Brabant, punt 47).
- 57 Een dergelijk resultaat zou niet overeenstemmen met de gemeenschapsregeling inzake overheidsopdrachten en concessies. Een overheidsinstantie heeft immers de mogelijkheid, haar taken van algemeen belang te vervullen met haar eigen administratieve, technische en andere middelen, zonder dat zij een beroep hoeft te doen op externe lichamen die niet tot haar diensten behoren (reeds aangehaalde arresten Stadt Halle en RPL Lochau, punt 48; Coditel Brabant, punt 48, en Commissie/Duitsland, punt 45).
- 58 Van deze mogelijkheid voor de overheidsinstanties om op hun eigen middelen beroep te doen om hun openbardienstverplichtingen te vervullen, kan gebruik worden gemaakt in samenwerking met andere overheidsinstanties (zie in die zin arrest van 19 april 2007, Asemfo, C-295/05, Jurispr. blz. I-2999, punt 57, en reeds aangehaald arrest Coditel Brabant, punt 49).
- 59 Wanneer meerdere overheidsinstanties een vennootschap in handen hebben die zij belasten met de vervulling van een van hun openbardienstverplichtingen, moeten deze overheidsinstanties derhalve gezamenlijk toezicht op die vennootschap kunnen uitoefenen (zie in die zin reeds aangehaald arrest Coditel Brabant, punt 50).
- 60 Met betrekking tot een collegiaal orgaan is het irrelevant welke beslissingsprocedure wordt gebruikt, met name of bij meerderheid wordt beslist (zie reeds aangehaald arrest Coditel Brabant, punt 51).

- 61 Ook aan deze conclusie verandert voormeld arrest Coname niets. In punt 24 daarvan heeft het Hof weliswaar geoordeeld dat een deelneming van 0,97 % zo klein is dat zij een gemeente niet in staat stelt toezicht uit te oefenen op de concessiehouder die een openbare dienst beheert, maar in die passage van dat arrest gaf het Hof geen antwoord op de vraag of een dergelijk toezicht gezamenlijk kon worden uitgeoefend (zie reeds aangehaald arrest Coditel Brabant, punt 52).
- 62 Overigens heeft het Hof in een later arrest, namelijk voormeld arrest Asemfo (punten 56-61), geoordeeld dat in bepaalde omstandigheden aan de voorwaarde met betrekking tot het toezicht van de aanbestedende overheidsinstantie kon zijn voldaan indien deze instantie slechts 0,25 % van het kapitaal van een overheidsonderneming in handen had (zie reeds aangehaald arrest Coditel Brabant, punt 53).
- 63 Hieruit volgt dat wanneer een overheidsinstantie minderheidsaandeelhouder wordt van een aandelenvennootschap waarvan het kapitaal volledig in handen is van de overheid, met het oog op de gunning, aan die vennootschap, van het beheer van een openbare dienst, het toezicht dat de aandeelhoudende overheidsinstanties op die vennootschap uitoefenen kan worden gekwalificeerd als toezicht zoals op hun eigen diensten indien het door die instanties gezamenlijk wordt uitgeoefend.
- 64 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter bovendien te vernemen of beslissingsstructuren als die waarin de statuten van Setco voorzien, de aandeelhoudende gemeenten in staat stellen om op de vennootschap die zij in handen hebben werkelijk toezicht uit te oefenen zoals op hun eigen diensten.
- 65 Of de aanbestedende dienst op de voor de opdracht geselecteerde vennootschap toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten, moet worden beoordeeld aan de hand van alle relevante wetsbepalingen en omstandigheden. Uit dit onderzoek moet blijken dat de geselecteerde vennootschap onder een zodanig toezicht staat dat de aanbestedende dienst haar beslissingen kan beïnvloeden. Het moet gaan om een doorslaggevende invloed zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van die vennootschap (zie in die zin reeds aangehaalde arresten Carbotermo en Consorzio Alisei, punt 36, alsmede Coditel Brabant, punt 28).

- 66 Van de relevante gegevens in de verwijzingsbeslissing moet eerst de toepasselijke wettelijke regeling worden onderzocht, vervolgens de vraag of de betrokken vennootschap marktgericht is, en ten slotte de mechanismen voor toezicht waarin de statuten van Setco voorzien.
- 67 Wat de toepasselijke wettelijke regeling betreft, bepaalt artikel 113, lid 5, sub c, van decreto legislativo nr. 267/2000 dat het beheer van de dienst met inachtneming van de voorschriften van de Europese Unie kan worden gegund aan vennootschappen waarvan het kapitaal volledig in handen van de overheid is, mits de overheidslichamen die het maatschappelijk kapitaal bezitten, „op de vennootschap toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten en deze vennootschap het merendeel van haar activiteiten verricht ten behoeve van het lichaam dat haar beheerst of de lichamen die haar beheersen”.
- 68 Met deze formulering heeft de Italiaanse wetgever de formulering van de in punt 50 van het reeds aangehaalde arrest Teckal genoemde voorwaarden, die in verschillende latere arresten van het Hof worden bevestigd, letterlijk overgenomen. Een dergelijke nationale wettelijke regeling 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 (zie in die zin reeds aangehaald arrest ANAV, punt 25).
- 69 Voorts blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat de gemeenten-aandeelhoudsters van Setco op 23 december 2006 de statuten van deze vennootschap hebben gewijzigd teneinde haar overeenkomstig artikel 113, lid 5, sub c, van decreto legislativo nr. 267/2000 te onderwerpen aan toezicht zoals op hun eigen diensten.
- 70 Dat met deze wijziging van Setco's statuten wordt beoogd de inachtneming van de op dit gebied geldende gemeenschapsregeling te verzekeren, blijkt ook uit artikel 8 bis, lid 1, van die statuten.

- 71 Overigens wijst niets in het dossier erop dat die statuten zijn gewijzigd met de bedoeling om de gemeenschapsregels op het vlak van overheidsopdrachten te omzeilen.
- 72 Ten slotte kunnen kleinere plaatselijke lichamen, zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing, op grond van de relevante wettelijke en statutaire bepalingen vennootschappen waarvan het kapitaal volledig in handen van de overheid is, slechts rechtstreeks met het beheer van plaatselijke openbare diensten van economisch belang belasten, wanneer die lichamen op de vennootschap toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten in de zin van het gemeenschapsrecht. Volgens de nationale rechter wordt de uitdrukking „toezicht zoals op de eigen diensten” daarin evenwel niet omschreven.
- 73 Wat de vraag betreft of de betrokken vennootschap marktgericht is, waardoor het toezicht door de aandeelhoudende lichamen onzeker wordt, moet worden nagegaan welke geografische en materiële omvang de activiteiten van die vennootschap hebben en of deze de mogelijkheid heeft om betrekkingen aan te knopen met ondernemingen uit de particuliere sector.
- 74 Artikel 3 van haar statuten, „Maatschappelijk doel”, bepaalt dat Setco plaatselijke openbare diensten beheert die uitsluitend verband houden met de plaatselijke overheidslichamen welke die diensten gunnen.
- 75 Verder heet het in artikel 8 bis, lid 2, van die statuten dat Setco de diensten uitsluitend ten behoeve van de aanbestedende aandeelhouders beheert en zulks binnen het grondgebied waarvoor deze aandeelhouders bevoegd zijn.
- 76 Dergelijke bepalingen lijken er enerzijds op te wijzen dat het geografische gebied waarbinnen de voor de opdracht geselecteerde vennootschap die in het hoofdgeding aan de orde is, haar activiteiten verricht, zich niet verder uitstrekt dan het grondgebied

van de aandeelhoudende gemeenten en anderzijds dat die vennootschap tot doel heeft de openbare diensten uitsluitend ten behoeve van die gemeenten te beheren.

77 Artikel 3, lid 3, van die statuten bepaalt evenwel dat Setco ook diensten kan verrichten ten behoeve van particulieren wanneer dat niet in strijd is met het maatschappelijk doel of bijdraagt tot het beter verwezenlijken daarvan.

78 Ter terechtzitting heeft Setco verklaard dat haar bevoegdheid om betrekkingen aan te knopen met ondernemingen uit de particuliere sector een aspect betreft dat noodzakelijk is voor de vervulling van haar openbaardienstverplichtingen. Als voorbeeld heeft zij de gescheiden afvalophaling genoemd, als gevolg waarvan het nodig kan zijn een aantal categorieën teruggewonnen stoffen met het oog op recycling door te verkopen aan gespecialiseerde lichamen. Volgens Setco gaat het om nevenactiviteiten van afvalophaling, niet om activiteiten die niets van doen hebben met de hoofdactiviteit.

79 Vastgesteld zij dat, wanneer de bevoegdheid van de voor de opdracht geselecteerde vennootschap die in het hoofdgeding aan de orde is, om voor particuliere ondernemers diensten te verrichten, louter bijkomstig is ten opzichte van haar hoofdactiviteit — wat door de verwijzende rechter moet worden geverifieerd —, het bestaan van die bevoegdheid niet belet dat haar hoofddoel het beheer van openbare diensten blijft. Het feit dat zij over een dergelijke bevoegdheid beschikt, volstaat dus niet om die vennootschap aan te merken als een marktgerichte vennootschap, ten gevolge waarvan het toezicht door de aandeelhoudende lichamen onzeker wordt.

80 Deze conclusie wordt bevestigd door het feit dat het in het kader van de tweede voorwaarde die in punt 50 van het reeds aangehaalde arrest Teckal wordt gesteld, namelijk dat de voor de opdracht geselecteerde vennootschap het merendeel van haar activiteiten verricht ten behoeve van de lichamen die haar beheersen, is toegestaan dat die vennootschap een marginale activiteit verricht voor andere ondernemers dan die lichamen (zie in die zin reeds aangehaald arrest Carbotermo en Consorzio Alisei, punt 63). Die voorwaarde zou een dode letter worden indien de in dat punt 50 genoemde eerste voorwaarde aldus werd uitgelegd dat elke nevenactiviteit, ook ten behoeve van de particuliere sector, verboden is.

- 81 Met betrekking tot de mechanismen voor toezicht waarin Setco's statuten voorzien, blijkt uit het dossier dat de aandeelhouders met de statutenwijziging van 23 december 2006 de bedoeling hadden om naast de algemene vergadering en de raad van bestuur zoals voorzien in het Italiaanse vennootschapsrecht, beslissingsstructuren in te voeren waarin dat recht niet uitdrukkelijk voorzag, teneinde te verzekeren dat op Setco toezicht zoals op hun eigen diensten zou worden uitgeoefend. Het gaat met name om het waarborgen van een versterkt toezicht via enerzijds het gemeenschappelijk comité en anderzijds een technisch comité voor elke afdeling die verantwoordelijk is voor de verschillende activiteiten van Setco.
- 82 Zoals blijkt uit de artikelen 8 ter en 8 quater van die statuten, bestaan het gemeenschappelijk comité en de technische comités uit vertegenwoordigers van de aandeelhoudende lichamen. Elk van die lichamen heeft stem in die comités, ongeacht zijn dimensie of het aantal aandelen in zijn bezit.
- 83 Voorts kennen de artikelen 8 bis tot en met 8 quater van Setco's statuten ruime toezichts- en beslissingsbevoegdheden toe aan het gemeenschappelijk comité en de technische comités.
- 84 Tegelijkertijd beperkt artikel 14 van die statuten de bevoegdheden van de algemene vergadering door deze te verplichten, rekening te houden met de richtsnoeren en instructies van de genoemde comités, en door een gunstig advies van het gemeenschappelijk comité te eisen alvorens de algemene vergadering de bestuurders van de vennootschap toestemming kan geven om een aantal handelingen te verrichten.
- 85 Evenzo beperkt artikel 16 van die statuten de beslissingsautonomie van de raad van bestuur door hem de verplichting op te leggen, de aan die comités voorbehouden bevoegdheden te respecteren en door zijn besluiten te onderwerpen aan de inachtneming van de instructies daarvan.
- 86 Statutaire bepalingen als die van de voor de opdracht geselecteerde vennootschap aan de orde in het hoofdgeding, moeten, gelet op de omvang van de toezichts- en beslissingsbevoegdheden die daarbij worden toegekend aan de comités die zij instellen

alsmede op de omstandigheid dat die comités bestaan uit afgevaardigden van de aandeelhoudende lichamen, worden geacht deze lichamen in staat te stellen om via die comités een doorslaggevende invloed zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van die vennootschap uit te oefenen.

87 De verwijzende rechter is evenwel van oordeel dat de artikelen 8 bis tot en met 8 quater van Setco's statuten, voor zover die betrekking hebben op het gemeenschappelijk comité en de technische comités, op één lijn kunnen worden gesteld met aandeelhoudersovereenkomsten in de zin van artikel 2341 bis van het Italiaanse Burgerlijk Wetboek. Hij leidt daaruit af dat het toezicht zoals dat hetwelk de aandeelhoudende lichamen uitoefenen op hun eigen diensten, waarop de regeling van die comités ziet, mogelijksterwijs geen doel treft.

88 Het betreft hier een vraag van uitlegging van het nationale recht die door de verwijzende rechter moet worden beantwoord.

89 Onder voorbehoud van toetsing door de verwijzende rechter van de doeltreffendheid van de betrokken statutaire bepalingen, volgt daaruit dat in omstandigheden als die in het hoofdgeding het toezicht dat via de statutaire organen door de aandeelhoudende lichamen wordt uitgeoefend op de voor de opdracht geselecteerde vennootschap kan worden geacht deze lichamen in staat te stellen om op die vennootschap toezicht uit te oefenen zoals op hun eigen diensten.

90 Gelet op een en ander, moet op de gestelde vraag worden geantwoord:

De artikelen 43 EG en 49 EG, het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit alsmede de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting verzetten zich niet tegen de onderhandse aanbesteding van een overheidsopdracht voor diensten aan een aandelenvennootschap waarvan het kapitaal volledig in handen van de overheid is, wanneer het overheidslichaam dat de aanbestedende dienst is op die vennootschap toezicht uitoefent zoals op zijn eigen

diensten en die vennootschap het merendeel van haar activiteiten verricht ten behoeve van het lichaam dat haar beheerst of de lichamen die haar beheersen.

Onder voorbehoud van toetsing door de verwijzende rechter van de doeltreffendheid van de betrokken statutaire bepalingen, kan het toezicht dat de aandeelhoudende lichamen op die vennootschap uitoefenen, worden aangemerkt als toezicht zoals op hun eigen diensten, in omstandigheden als die van de zaak in het hoofdgeding, waar:

- de activiteiten van die vennootschap beperkt zijn tot het grondgebied van die lichamen en het merendeel daarvan wordt verricht te hunner behoeve, en

- die lichamen via statutaire organen bestaande uit hun vertegenwoordigers een doorslaggevende invloed zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van die vennootschap uitoefenen.

Kosten

- ⁹¹ 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 (Derde kamer) verklaart voor recht:

De artikelen 43 EG en 49 EG, het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit alsmede de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting verzetten zich niet tegen de onderhandse aanbesteding van een overheidsopdracht voor diensten aan een aandelenvennootschap waarvan het kapitaal volledig in handen van de overheid is, wanneer het overheidslichaam dat de aanbestedende dienst is op die vennootschap toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en die vennootschap het merendeel van haar activiteiten verricht ten behoeve van het lichaam dat haar beheerst of de lichamen die haar beheersen.

Onder voorbehoud van toetsing door de verwijzende rechter van de doeltreffendheid van de betrokken statutaire bepalingen, kan het toezicht dat de aandeelhoudende lichamen op die vennootschap uitoefenen, worden aangemerkt als toezicht zoals op hun eigen diensten, in omstandigheden als die van de zaak in het hoofdgeding, waar:

- **de activiteiten van die vennootschap beperkt zijn tot het grondgebied van die lichamen en het merendeel daarvan wordt verricht te hunner behoefte, en**
- **die lichamen via statutaire organen bestaande uit hun vertegenwoordigers een doorslaggevende invloed zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van die vennootschap uitoefenen.**

ondertekeningen