



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

12 mei 2022*

„Prejudiciële verwijzing – Overheidsopdrachten – Beheer van afvalstoffen –
,Inhousegunning’ – Richtlijn 2014/24/EU – Artikelen 12 en 72 – Verlies van ,toezicht zoals op
de eigen diensten’ na een combinatie van ondernemingen – Mogelijkheid voor de opvolgende
ondernemer om de dienstverrichting voort te zetten”

In zaak C-719/20,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend
door de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) bij beslissing van 18 november 2020,
ingekomen bij het Hof op 30 december 2020, in de procedure

Comune di Lerici

tegen

Provincia di La Spezia,

in tegenwoordigheid van:

IREN SpA,

ACAM Ambiente SpA,

wijst

HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: C. Lycourgos (rapporteur), kamerpresident, S. Rodin, J.-C. Bonichot,
L.S. Rossi en O. Spineanu-Matei, rechters,

advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

* Procestaal: Italiaans.

gelet op de opmerkingen van:

- Comune di Lerici, vertegenwoordigd door A. Fantappiè en M. Clarich, avvocati,
- Provincia di La Spezia, vertegenwoordigd door P. Piciocchi, avvocato,
- ACAM Ambiente SpA en IREN SpA, vertegenwoordigd door D. Anselmi en A. Lolli, avvocati,
- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door S. L. Vitale, avvocato dello Stato,
- de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door J. Schmoll als gemachtigde,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door G. Wils, G. Gattinara en P. Ondrůšek als gemachtigden,

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

het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 12 van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65, met rectificaties in PB 2015, L 184, blz. 31 en PB 2020, L 317, blz. 40).
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen de Commune di Lerici (gemeente Lerici, Italië) en de Provincia di La Spezia (provincie La Spezia, Italië) inzake de goedkeuring door deze laatste van een plan waarbij aan ACAM Ambiente SpA het afvalbeheer van deze gemeente wordt gegund tot en met 2028.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

- 3 Artikel 12 van richtlijn 2014/24 bepaalt:

„1. Een overheidsopdracht die door een aanbestedende dienst aan een andere privaat- of publiekrechtelijke rechtspersoon wordt gegund, valt buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

- a) de aanbestedende dienst oefent op die rechtspersoon toezicht uit zoals op zijn eigen diensten;
- b) meer dan 80 % van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon wordt uitgeoefend in de vorm van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende dienst of door andere, door diezelfde aanbestedende dienst gecontroleerde rechtspersonen, en

- c) er is geen directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon, met uitzondering van geen controlerende of blokkerende macht opleverende vormen van participatie van privékapitaal, vereist krachtens de nationale wet- en regelgeving, in overeenstemming met de Verdragen, die geen beslissende invloed uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon.

Een aanbestedende dienst wordt geacht op een rechtspersoon toezicht zoals op zijn eigen diensten uit te oefenen in de zin van de eerste alinea, onder a), indien hij zowel op strategische doelstellingen als op belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon een beslissende invloed uitoefent. Dit toezicht kan ook worden uitgeoefend door een andere rechtspersoon, die zelf op dezelfde wijze door de aanbestedende dienst wordt gecontroleerd.

2. Lid 1 is eveneens van toepassing wanneer een gecontroleerde rechtspersoon die een aanbestedende dienst is, een opdracht gunt aan zijn aanbestedende dienst of aan een andere rechtspersoon die door dezelfde aanbestedende dienst wordt gecontroleerd, mits er geen directe participatie van privékapitaal is in de rechtspersoon aan wie de overheidsopdracht wordt gegund, met uitzondering van geen controlerende of blokkerende macht opleverende vormen van participatie van privékapitaal, vereist krachtens de nationale wet- en regelgeving, in overeenstemming met de Verdragen, die geen beslissende invloed uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon.

3. Een aanbestedende dienst die op een privaat- of publiekrechtelijke rechtspersoon geen controle uitoefent in de zin van lid 1, kan niettemin zonder deze richtlijn toe te passen een overheidsopdracht gunnen aan die rechtspersoon, indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

- a) de aanbestedende dienst oefent samen met andere aanbestedende diensten op die rechtspersoon toezicht uit zoals op hun eigen diensten;
- b) meer dan 80 % van de activiteiten van die rechtspersoon behelst de uitvoering van taken die haar zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten of door andere, door diezelfde aanbestedende diensten gecontroleerde rechtspersonen, en
- c) er is geen directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon, met uitzondering van geen controlerende of blokkerende macht opleverende vormen van participatie van privékapitaal, vereist krachtens de nationale wet- en regelgeving, in overeenstemming met de Verdragen, die geen beslissende invloed uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon.

Voor de toepassing van punt a) van de eerste alinea oefenen de aanbestedende diensten gezamenlijk toezicht uit over een rechtspersoon indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

- i) de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten; individuele vertegenwoordigers kunnen verscheidene of alle deelnemende aanbestedende diensten vertegenwoordigen;
- ii) deze aanbestedende diensten zijn in staat gezamenlijk beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon, en

iii) de gecontroleerde rechtspersoon streeft geen belangen na die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten.

4. Een opdracht die uitsluitend tussen twee of meer aanbestedende diensten wordt gegund valt buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn wanneer aan elk van de volgende cumulatieve voorwaarden is voldaan:

- a) de opdracht voorziet in of geeft uitvoering aan samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten om te bewerkstelligen dat de openbare diensten die zij moeten uitvoeren, worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen;
- b) de invulling van die samenwerking berust uitsluitend op overwegingen in verband met het openbaar belang, en
- c) de deelnemende aanbestedende diensten nemen op de open markt niet meer dan 20 % van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening.

5. Het percentage van de activiteiten als bedoeld in lid 1, eerste alinea, onder b), lid 3, eerste alinea, onder b), en lid 4, onder c), wordt bepaald aan de hand van de gemiddelde totale omzet, of een geschikte alternatieve op activiteit gebaseerde maatstaf zoals de kosten die door de betrokken rechtspersoon of de aanbestedende dienst zijn gemaakt met betrekking tot diensten, leveringen en werken over de laatste drie jaren voorafgaand aan de gunning van de opdracht.

Wanneer in verband met de datum van oprichting van of aanvang van de bedrijfsactiviteiten van die rechtspersoon of aanbestedende dienst, of in verband met een reorganisatie van zijn activiteiten, de omzet of een alternatieve op activiteit gebaseerde maatstaf zoals gemaakte kosten, over de laatste drie jaren niet beschikbaar of niet langer relevant is, volstaat het om met name middels bedrijfsprognoses aan te tonen dat de meting van de activiteit aannemelijk is.”

4 Artikel 18, lid 1, van deze richtlijn luidt als volgt:

„Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen op een transparante en proportionele wijze.

Overheidsopdrachten worden niet opgesteld met het doel om deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van de richtlijn of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. De mededinging wordt geacht kunstmatig te zijn beperkt indien de aanbesteding is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen.”

5 Artikel 67, lid 4, van de richtlijn bepaalt het volgende:

„Gunningscriteria mogen er niet toe leiden dat de aanbestedende dienst onbeperkte keuzevrijheid heeft. Zij waarborgen de mogelijkheid van daadwerkelijke mededinging en gaan vergezeld van specificaties aan de hand waarvan de door de inschrijvers verstrekte informatie daadwerkelijk kan worden getoetst om te beoordelen hoe goed de inschrijvingen aan de gunningscriteria voldoen. In geval van twijfel, controleren de aanbestedende diensten effectief de juistheid van de door de inschrijvers verstrekte informatie en bewijsmiddelen.”

6 Artikel 72 van deze richtlijn luidt:

„1. Opdrachten en raamovereenkomsten kunnen in overeenstemming met deze richtlijn zonder nieuwe aanbestedingsprocedure worden gewijzigd in de volgende gevallen:

[...]

d) wanneer een nieuwe aannemer de aannemer aan wie de aanbestedende dienst de opdracht aanvankelijk had gegund, vervangt ten gevolge van:

[...]

ii) rechtsopvolging onder algemene of gedeeltelijke titel in de positie van de aanvankelijke aannemer, ten gevolge van herstructurering van de onderneming, onder meer door overname, fusie, acquisitie of insolventie, door een andere ondernemer die voldoet aan de aanvankelijk vastgestelde criteria voor kwalitatieve selectie, mits dit geen andere wezenlijke wijzigingen in de opdracht meebrengt en niet is bedoeld om de toepassing van deze richtlijn te omzeilen, of

[...]

4. Een wijziging van een opdracht of een raamovereenkomst tijdens de looptijd wordt als wezenlijk beschouwd in de zin van lid 1, onder e), wanneer de opdracht of raamovereenkomst hierdoor materieel verschilt van de oorspronkelijke opdracht of raamovereenkomst. Onverminderd de leden 1 en 2 wordt een wijziging geacht wezenlijk te zijn wanneer aan één of meer van de volgende voorwaarden is voldaan:

a) de wijziging voorziet in voorwaarden die, als zij deel van de aanvankelijke aanbestedingsprocedure hadden uitgemaakt, de toelating van andere dan de aanvankelijk geselecteerde gegadigden en de gunning van de opdracht aan een andere inschrijver mogelijk zouden hebben gemaakt dan wel bijkomende deelnemers aan de aanbestedingsprocedure zouden hebben aangetrokken;

[...]”

7 Artikel 90, lid 1, van richtlijn 2014/24 bepaalt:

„De lidstaten doen de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking treden om uiterlijk op 18 april 2016 aan deze richtlijn te voldoen. Zij delen de Commissie de tekst van die bepalingen onverwijld mee.”

Italiaans recht

- 8 Artikel 1, leden 611 en 612, van legge n. 190 – Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge di stabilità 2015) (wet nr. 190 houdende voorschriften voor de inrichting van de jaarlijkse en meerjaarlijkse staatsbegroting – stabiliteitswet 2015) van 23 december 2014 (GURI nr. 300 van 29 december 2014, gewoon supplement nr. 99, blz. 1) luidt als volgt:

„611. Niettegenstaande artikel 3, leden 27 tot en met 29, van wet nr. 244 van 24 december 2007, zoals gewijzigd, en artikel 1, lid 569, van wet nr. 147 van 27 december 2013, zoals gewijzigd, teneinde de coördinatie van de overheidsfinanciën te waarborgen, de uitgaven te verlagen en een goed bestuur alsook bescherming van de mededinging en de markt te verwezenlijken, starten de regio's, de provincies Trente en Bolzano, de gemeenten, de kamers van koophandel, industrie, nijverheid en landbouw, de universiteiten en openbare instellingen voor hoger onderwijs alsook de havenautoriteiten vanaf 1 januari 2015 een rationalisatieproces van de vennootschappen en de rechtstreekse of middellijke participaties in vennootschappen, teneinde het aantal daarvan te verminderen voor 31 december 2015, met name op grond van de volgende criteria:

[...]

- d) hergroepering van plaatselijke vennootschappen voor openbare dienstverlening van economisch belang;

[...]

612. De presidenten van de regio's en de autonome provincies Trente en Bolzano, de presidenten van de provincies, de burgemeesters en andere bestuursorganen die in lid 611 zijn genoemd, bepalen en geven voor 31 maart 2015 hun goedkeuring, binnen ieders bevoegdheid, aan een operationeel plan voor de rationalisatie van vennootschappen en de rechtstreekse of middellijke participaties in vennootschappen, de uitvoeringswijzen en -termijnen daarvan en een gedetailleerde presentatie van de te verwezenlijken besparingen. Dit plan wordt met een specifiek technisch rapport aan de bevoegde regionale toezichtskamer van de Rekenkamer gezonden en bekendgemaakt op de website van de betreffende overheidsorganisatie. De in de eerste fase aangewezen organen stellen voor 31 maart 2016 een rapport van de behaalde resultaten vast, dat aan de bevoegde regionale toezichtskamer van de Rekenkamer wordt gezonden en bekendgemaakt op de website van de betreffende overheidsorganisatie. De bekendmaking van het plan en het rapport zijn verplicht krachtens besluit nr. 33 van 14 maart 2013.”

- 9 Artikel 3 bis, lid 2 bis, van decreto-legge n. 138 – Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo (wetsbesluit nr. 138 tot instelling van verdere urgente maatregelen voor financiële stabilisering en ontwikkeling) van 13 augustus 2011 (GURI nr. 216 van 16 september 2011, blz. 89) (hierna: „wetsbesluit nr. 138/2011”) bepaalt het volgende:

„De marktdeelnemer die de oorspronkelijke concessiehouder onder algemene of gedeeltelijke titel in rechte opvolgt na vennootschappelijke transacties met transparante procedures, waaronder fusies of overnames, zet de dienstverlening met inachtneming van de aanvankelijk vastgestelde kwaliteitscriteria voort tot het verstrijken van de termijn waarin was voorzien [...].”

- 10 Artikel 7, lid 5, van decreto legislativo n. 175 – Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (wetsbesluit nr. 175 betreffende codificatiewetgeving over vennootschappen met overheidsdeelneming) van 19 augustus 2016 (GURI nr. 210 van 8 september 2016, blz. 1) luidt als volgt:

„Indien op grond van de oprichtingshandeling deelneming van private vennoten is vereist, worden die gekozen bij openbare aanbestedingsprocedure overeenkomstig artikel 5, lid 9, van wetsbesluit nr. 50 van 2016.”

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

- 11 Op 15 juni 2005 heeft de gemeente Lerici, bij een besluit dat uitdrukkelijk werd aangemerkt als „inhousegunning”, het beheer van de geïntegreerde afvalcyclus in die gemeente tot en met 31 december 2028 gegund aan ACAM, meer in het bijzonder aan de dochteronderneming ACAM Ambiente van deze laatste. Op die datum was ACAM een naamloze vennootschap waarvan de aandelen uitsluitend in handen waren van een aantal gemeenten, waaronder Lerici.
- 12 Op 12 juli 2013 moest ACAM een herstructureringsovereenkomst sluiten met haar schuldeisers. In het kader van deze overeenkomst heeft ACAM bij de andere vennootschappen met overheidsdeelneming die openbare diensten op de Italiaanse markt verlenen, gezocht naar een geschikte vennootschap om een combinatie mee te vormen. Met dat doel is een oproep tot indiening van offertes gedaan, waarna ACAM heeft besloten om een combinatie te vormen met IREN SpA, die in geheel Italië actief is, onder zeggenschap van de overheid staat en beursgenoteerd is.
- 13 Ter uitvoering van een op 29 december 2017 gesloten specifieke investeringsovereenkomst hebben de gemeenten die deelnamen aan ACAM hun aandelen overgedragen aan IREN en een overeenkomstig IREN-aandeel ontvangen door in te schrijven op een voor hen gereserveerde kapitaalverhoging. IREN heeft via de dochterondernemingen van ACAM, die haar eigen dochters waren geworden, de diensten voortgezet die oorspronkelijk aan die dochters waren toegewezen.
- 14 Na op 21 februari 2017 het voornemen te hebben geuit om de combinatie van ACAM en IREN af te keuren, heeft de gemeente Lerici op 19 januari 2018 besloten om de investeringsovereenkomst slechts te accepteren wat betreft de overdracht van haar aandelen ACAM aan IREN. Lerici heeft deze aandelen op 11 april 2018 daadwerkelijk overgedragen.
- 15 Bij besluit van 6 augustus 2018 heeft de provincie La Spezia, die voortaan bevoegd was om de geïntegreerde afvalstoffendienst te beheren voor de gemeenten binnen haar grondgebied – waaronder Lerici –, het bijgewerkte gebiedsplan goedgekeurd voor het geïntegreerde beheer van het stedelijk afval van de provincie. Daarbij heeft La Spezia via een inhousegunning ACAM Ambiente aangewezen om de dienst voor Lerici te verrichten tot en met 31 december 2028.
- 16 De gemeente Lerici heeft tegen dat besluit beroep ingesteld, met het argument dat niet was voldaan aan de voorwaarden voor de inhouse-uitzondering. Bij vonnis 847/2019 heeft de Tribunale amministrativo regionale per la Liguria (bestuursrechter in eerste aanleg Ligurië, Italië) dit beroep afgewezen.
- 17 De gemeente Lerici heeft tegen die beslissing hoger beroep ingesteld bij de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië).

- 18 In de eerste plaats benadrukt deze rechter dat de betrokken gemeente in 2005 weliswaar bevoegd was om de litigieuze overeenkomst aan ACAM te gunnen, maar dat die bevoegdheid thans is overgedragen aan de provincies, die heden voor alle gemeenten op hun grondgebied zijn belast met het geïntegreerde beheer van stedelijk afval.
- 19 In de tweede plaats geeft hij aan dat de combinatie in het hoofdgeding tot stand is gebracht op grond van artikel 1, leden 611 en 612, van wet nr. 190 van 23 december 2014, die tot doel heeft de openbare uitgaven in de hand te houden door de deelneming van overheden in vennootschappen te beperken. Die transactie werd bovendien gerechtvaardigd vanuit het feit dat ACAM een overeenkomst had gesloten voor de herstructurering van haar schuld. In een dergelijk geval bepaalt artikel 3 bis, lid 2 bis, van wetsbesluit nr. 138/2011 dat de aan de oorspronkelijke opdrachtnemer gegunde dienstverlening tot de gestelde termijn wordt voortgezet door de marktdeelnemer die hem opvolgt.
- 20 In de derde plaats is de verwijzende rechter van oordeel dat er twijfels bestaan over de verenigbaarheid van deze regeling met artikel 12 van richtlijn 2014/24 voor wat betreft de inhouse-uitzondering in het kader van de gunning van overheidsopdrachten.
- 21 De in casu uitgevoerde combinatie heeft namelijk tot gevolg gehad dat het stedelijke afvalbeheer van de gemeente Lerici, dat oorspronkelijk zonder aanbestedingsprocedure aan ACAM was gegund – waarvan niet wordt bestreden dat deze gemeente er met andere gemeenten toezicht zoals op de eigen diensten op uitoefende in de zin van de rechtspraak van het Hof –, thans aan IREN is gegund en via die onderneming aan haar dochter ACAM Ambiente, zonder dat de gemeente Lerici nog een dergelijk toezicht uitoefent op een van deze vennootschappen. Niet alleen was namelijk de deelneming die deze gemeente in IREN had verworven geheel verwaarloosbaar, maar bovendien is iedere band tussen die gemeente en IREN verdwenen toen zij haar deelneming heeft overgedragen.
- 22 De provincie La Spezia heeft evenwel besloten om de voor de gemeente Lerici bestemde diensten toe te wijzen zonder aanbestedingsprocedure. Bijgevolg moet worden onderzocht of deze rechtstreekse gunning strookt met het Unierecht inzake de plaatsing van overheidsopdrachten.
- 23 Volgens de verwijzende rechter dient meer in het bijzonder te worden onderzocht of in deze context rekening moet worden gehouden met het feit dat ACAM's keuze voor een fusie met IREN is voorafgegaan door een oproep tot indiening van offertes.
- 24 Het einddoel van het toepasselijke Unierecht is volgens deze rechter de bevordering van de mededinging. Bij de gunning van overheidsopdrachten wordt dit resultaat bereikt wanneer meerdere marktdeelnemers voor de betreffende opdracht concurreren, of kunnen concurreren, ongeacht de juridische kwalificatie van het instrument waarmee dit resultaat kan worden bereikt. De verwijzende rechter neigt derhalve tot het standpunt dat het niet relevant is of een bepaalde dienst wordt gegund door middel van een aanbesteding die uitsluitend die dienst betreft dan wel door middel van een aanbesteding waarmee het aandelenpakket van de vennootschap die deze diensten verricht wordt verworven, aangezien de mededinging in beide gevallen is verzekerd.

- 25 Daarop heeft de Consiglio di Stato de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Staat artikel 12 van richtlijn [2014/24] in de weg aan een nationale regeling die voorschrijft dat vennootschappen die lokale openbare diensten van economisch belang verrichten een combinatie vormen, waarna de onderneming die de oorspronkelijke concessiehouder heeft opgevolgd ingevolge vennootschappelijke transacties met transparante procedures, waaronder fusie of overname, het beheer van de diensten voortzet tot het verstrijken van de overeengekomen termijnen, indien:

- a) de oorspronkelijke concessiehouder een vennootschap is waaraan de concessie inhouse is gegund op basis van gezamenlijk toezicht zoals op de eigen diensten;
- b) zijn opvolger is geselecteerd door middel van een openbare aanbesteding;
- c) na de vennootschappelijke transactie waarbij de combinatie tot stand is gekomen een van de openbare lichamen die de betrokken dienst oorspronkelijk hebben uitbesteed, niet langer voldoet aan de vereisten voor gezamenlijk toezicht zoals op de eigen diensten?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

Ontvankelijkheid van de vraag

- 26 Overeenkomstig artikel 94 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof bevat ieder verzoek om een prejudiciële beslissing „een summier overzicht van het voorwerp van het geschil en de relevante feiten zoals die door de verwijzende rechter zijn vastgesteld, althans, ten minste een uiteenzetting van de feitelijke gegevens waarop de vragen berusten”, „de inhoud van de nationale bepalingen die op de zaak van toepassing kunnen zijn en, in voorkomend geval, de relevante nationale rechtspraak”, alsook „de uiteenzetting van de redenen die de verwijzende rechter ertoe hebben gebracht om zich over de uitlegging of de geldigheid van bepalingen van het recht van de Unie vragen te stellen, alsook het verband tussen die bepalingen en de op het hoofdgeding toepasselijke nationale wettelijke regeling”.
- 27 In casu bevat de verwijzingsbeslissing, anders dan de Oostenrijkse regering stelt, een beschrijving van het feiten- en rechtskader van het hoofdgeding die voldoet aan de eisen van artikel 94 van het Reglement voor de procesvoering.
- 28 Ten eerste bevat de verwijzingsbeslissing namelijk de inhoud van de nationale bepalingen die op het hoofdgeding van toepassing zijn. Ten tweede is de beschrijving die de verwijzende rechter geeft van de besluiten van 15 juni 2005 en 6 augustus 2018 en de door ACAM uitgeschreven oproep tot indiening van offertes voldoende om te begrijpen om welke redenen de Unierechtelijke bepalingen zijn geselecteerd waarvan deze rechter om uitlegging verzoekt en welk verband hij legt tussen die bepalingen en de nationale wettelijke regeling die van toepassing is op het aan hem voorgelegde geding.
- 29 Hieruit volgt dat de aan het Hof gestelde vraag ontvankelijk is.

Ten gronde

- 30 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale regeling of praktijk op grond waarvan de uitvoering van een overheidsopdracht, die oorspronkelijk zonder oproep tot indiening van offertes is gegund aan een inhouse-entiteit en waarop de aanbestedende dienst gezamenlijk met andere diensten toezicht uitoefende zoals op zijn eigen diensten, automatisch wordt voortgezet door de marktdeelnemer die deze entiteit heeft verworven aan het einde van een aanbestedingsprocedure, wanneer die aanbestedende dienst geen dergelijk toezicht uitoefent op die marktdeelnemer.
- 31 Vooraf zij erop gewezen dat uit de verwijzingsbeslissing ten eerste volgt dat de gemeente Lerici in de loop van 2005 het afvalstoffenbeheer tot en met 2028 heeft gegund aan ACAM. Het operationele beheer van deze dienst werd toevertrouwd aan haar dochteronderneming ACAM Ambiente. Op de datum van deze gunning was het kapitaal van ACAM exclusief in handen van een aantal gemeenten, waaronder Lerici.
- 32 Volgens de verwijzende rechter vormde de aldus aan ACAM gegunde overeenkomst een overheidsopdracht voor dienstverlening. De overeenkomst kon met name zonder aanbesteding worden gegund omdat de gemeente Lerici met de andere gemeenten die aandelen hielden, gezamenlijk toezicht uitoefende zoals die gemeenten op hun eigen diensten uitoefenden in de zin van de rechtspraak van het Hof (zie in die zin arrest van 13 november 2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, punt 50). Het antwoord op de prejudiciële vraag moet op deze premisse berusten.
- 33 Wat dat betreft zij eraan herinnerd dat 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 1992, L 209, blz. 1), die van toepassing was op het moment dat de overeenkomst tussen de gemeente Lerici en ACAM werd gesloten, een aanbestedende dienst niet verplichtte om een openbare aanbestedingsprocedure uit te voeren indien hij op de opdrachtnemende entiteit een toezicht uitoefende zoals op zijn eigen diensten en die entiteit het merendeel van haar werkzaamheden verrichte ten behoeve van de aanbestedende dienst of diensten waarvan zij in handen was. In het geval van een dergelijke inhouse-gunning wordt de aanbestedende dienst namelijk geacht gebruik te maken van zijn eigen middelen aangezien, zelfs indien de opdrachtnemende entiteit juridisch onafhankelijk is van de aanbestedende dienst, zij immers in de praktijk nagenoeg deel uitmaakt van de interne diensten daarvan (zie in die zin arresten van 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, punt 49, en 18 juni 2020, Porin kaupunki, C-328/19, EU:C:2020:483, punt 66).
- 34 Bovendien heeft het Hof geoordeeld dat, in het geval van een entiteit die in handen is van meerdere overheidsdiensten gezamenlijk, het „toezicht zoals op de eigen diensten” in de zin van het vorige punt gezamenlijk door die overheidsdiensten kon worden uitgeoefend (zie in die zin arresten van 13 november 2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, punt 50, en 8 mei 2014, Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, punt 27).
- 35 Ten tweede blijkt uit de verwijzingsbeslissing ook dat ACAM, na in de loop van 2013 met haar schuldeisers een herstructureringsovereenkomst te hebben gesloten, heeft besloten een openbare aanbesteding te organiseren teneinde een marktdeelnemer te kiezen waarmee zij een combinatie kon vormen. Deze procedure heeft geleid tot de keuze voor IREN, die alle aandelen ACAM van de deelnemende gemeenten heeft verworven. Die gemeenten hebben een overeenkomstig aandeel in

IREN verworven, nadat het kapitaal van deze vennootschap voor hen was verhoogd. De gemeente Lerici had echter besloten de hierboven genoemde overeenkomst slechts te aanvaarden voor zover het daarbij ging om de overdracht van de aandelen in ACAM die zij reeds had.

- 36 Overeenkomstig artikel 3 bis, lid 2 bis, van wetsbesluit nr. 138/2011 heeft ACAM Ambiente, thans geheel in handen van IREN, het afvalbeheer voortgezet van de gemeenten die voorheen aandelen ACAM hadden, waaronder de gemeente Lerici.
- 37 Na deze opmerkingen vooraf dient erop te worden gewezen dat, wanneer een overheidsopdracht zoals in casu zonder aanbesteding is gegund aan een vennootschap waarvan het kapitaal in overheidshanden is overeenkomstig de in de punten 33 en 34 van het onderhavige arrest genoemde rechtspraak, de verwerving van die vennootschap door een andere marktdeelnemer tijdens de looptijd van die opdracht een wijziging van een basisvoorwaarde kan opleveren waardoor een aanbesteding moet worden uitgeschreven (zie in die zin arresten van 6 april 2006, ANAV, C-410/04, EU:C:2006:237, punten 30-32, en 10 september 2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, punt 53).
- 38 Die wijziging kan er namelijk toe leiden dat de opdrachtnemende entiteit in de praktijk niet meer kan worden gelijkgesteld met de eigen diensten van de aanbestedende dienst in de zin van punt 34 van het onderhavige arrest en dat de uitvoering van de overheidsopdracht derhalve niet zonder aanbesteding kan worden voortgezet, omdat die aanbestedende dienst niet meer kan worden geacht zijn eigen middelen te gebruiken.
- 39 In casu heeft IREN ACAM verworven in 2017, te weten na het verstrijken van de termijn waarbinnen de lidstaten richtlijn 2014/24 overeenkomstig artikel 90, lid 1, ervan moesten omzetten, zodat in het licht van deze laatste richtlijn moet worden onderzocht of die wijziging een aanbesteding vergde (zie in die zin arrest van 2 september 2021, Sisal e.a., C-721/19 en C-722/19, EU:C:2021:672, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 40 In dit verband bepaalt artikel 72, lid 1, onder d), ii), van richtlijn 2014/24 ten eerste dat een overheidsopdracht in overeenstemming met deze richtlijn zonder nieuwe aanbestedingsprocedure kan worden gewijzigd wanneer een nieuwe aannemer de aanvankelijke aannemer vervangt ten gevolge van, onder andere, verwerving van deze laatste door de eerste, mits deze voldoet aan de aanvankelijk vastgestelde criteria voor kwalitatieve selectie en mits de verwerving geen andere wezenlijke wijzigingen in de opdracht meebrengt en niet is bedoeld om de toepassing van deze richtlijn te omzeilen.
- 41 Uit de tekst van artikel 72, lid 1, volgt dus dat de werkingssfeer ervan beperkt is tot het geval waarin de opvolger van de aanvankelijke aannemer de uitvoering van een aanbestede overheidsopdracht voortzet overeenkomstig de voorwaarden van richtlijn 2014/24, waaronder naleving van het non-discriminatiebeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van daadwerkelijke mededinging tussen marktdeelnemers, zoals met name in herinnering wordt gebracht en geconcretiseerd is in artikel 18, lid 1, en artikel 67, lid 4, van deze richtlijn.
- 42 Die uitlegging wordt bevestigd door lid 4 van artikel 72, dat bepaalt dat een wijziging van een opdracht als wezenlijk wordt beschouwd wanneer de wijziging voorziet in voorwaarden die, als zij deel van de aanvankelijke aanbestedingsprocedure hadden uitgemaakt, de toelating van andere dan de aanvankelijk geselecteerde gegadigden en de gunning van de opdracht aan een andere inschrijver mogelijk zouden hebben gemaakt dan wel bijkomende deelnemers aan de aanbestedingsprocedure zouden hebben aangetrokken. Zij wordt eveneens bevestigd door het

doel om overheidsopdrachten open te stellen voor een zo groot mogelijke mededinging, hetgeen de betrokken richtlijnen niet alleen ten gunste van de ondernemers nastreven, maar ook ten gunste van de aanbestedende diensten (arrest van 27 november 2019, Tedeschi en Consorzio Stabile Istant Service, C-402/18, EU:C:2019:1023, punt 39).

- 43 Anders dan de Oostenrijkse regering betoogt valt een vervanging van de aannemer zoals in het hoofdingen dan ook niet binnen de werkingssfeer van artikel 72 van richtlijn 2014/24, aangezien de aanbesteding in het hoofdingen immers aanvankelijk zonder oproep tot mededinging is gegund aan een inhouse-entiteit.
- 44 Ten tweede bevestigt artikel 12, leden 1 tot en met 3, van richtlijn 2014/24 met name de in de punten 33 en 34 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte beginselen en verduidelijkt het daarbij tegelijkertijd onder welke voorwaarden inhousegunningen buiten de werkingssfeer van deze richtlijn blijven.
- 45 Meer in het bijzonder kan een overheidsopdracht krachtens artikel 12, lid 3, van richtlijn 2014/24 zonder de door deze richtlijn bepaalde aanbestedingsprocedures worden gegund indien de aanbestedende dienst samen met andere aanbestedende diensten toezicht op de opdrachtnemer uitoefent zoals op hun eigen diensten, indien meer dan 80 % van de activiteiten van die opdrachtnemer de uitvoering van taken behelst die haar zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten of door andere, door diezelfde aanbestedende diensten gecontroleerde rechtspersonen, en ten slotte indien er geen directe participatie van privékapitaal in de opdrachtnemer is, met uitzondering van geen controlerende of blokkerende macht opleverende vormen van participatie van privékapitaal, vereist krachtens de nationale wet- en regelgeving, in overeenstemming met de Verdragen, die geen beslissende invloed uitoefenen op de opdrachtnemer.
- 46 Voorts volgt uit de laatste alinea van artikel 12, lid 3, dat een gezamenlijk toezicht in de zin van die bepaling met name veronderstelt dat alle aanbestedende diensten zijn vertegenwoordigd in de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon en in staat zijn gezamenlijk beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van die rechtspersoon.
- 47 Uit het aan het Hof overgelegde dossier volgt echter ten eerste dat de gemeente Lerici op de datum van het besluit waartegen bij de verwijzende rechter wordt opgekomen niet deelnam in het kapitaal van IREN, dat bovendien ruim toegankelijk is voor private deelnemingen. Ten tweede is Lerici niet vertegenwoordigd in de besluitvormingsorganen van die vennootschap en is zij evenmin in staat om, zij het samen met de andere gemeenten die ACAM in handen hadden, invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen of de belangrijke beslissingen van IREN.
- 48 Hieruit volgt dat niet lijkt te zijn voldaan aan de voorwaarden van artikel 12, lid 3, van richtlijn 2014/24, die moeten zijn vervuld voor de aanname dat een overheidsopdracht niet binnen de werkingssfeer van de door deze richtlijn bepaalde aanbestedingsprocedures valt, waarbij het evenwel aan de verwijzende rechter staat om dit na te gaan.
- 49 Uit het aan het Hof overgelegde dossier blijkt evenmin dat IREN met de gemeente Lerici een relatie onderhoudt die van dien aard is dat zij mogelijk voldoet aan de voorwaarden van artikel 12, lid 1 of lid 2, van deze richtlijn volgens welke een dergelijke opdracht als inhouse kan worden aangemerkt.

- 50 Onder voorbehoud van de door de verwijzende rechter te verrichten verificaties moet derhalve worden geoordeeld dat de voortzetting van de uitvoering van de overheidsopdracht in het hoofdgeding door IREN volgde op de wijziging van een wezenlijke voorwaarde in de opdracht, zodat IREN volgens richtlijn 2014/24 die opdracht enkel verder had kunnen uitvoeren indien zij na een volgens de eisen van deze richtlijn gevoerde aanbestedingsprocedure als opdrachtnemster was aangewezen.
- 51 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door het feit dat IREN door ACAM, en daarmee door de gemeenten waarvan deze vennootschap in handen is, is gekozen na een openbare aanbesteding.
- 52 Het volstaat namelijk vast te stellen dat, zoals in punt 47 van dit arrest is benadrukt, de gemeente Lerici op de datum van het besluit waartegen bij de verwijzende rechter wordt opgekomen geen deelneming in IREN bezat, zelfs niet middellijk.
- 53 In het kader van de uitvoering van de overheidsopdracht in het hoofdgeding kan IREN dus niet worden gelijkgesteld met een gemengde vennootschap die, zij het middellijk, in handen is van zowel de aanbestedende dienst als een entiteit die deze dienst heeft gekozen in een transparante procedure die openstaat voor de mededinging in de zin van het arrest van 15 oktober 2009, Acoset (C-196/08, EU:C:2009:628).
- 54 Zonder dat de kenmerken van de openbare aanbestedingsprocedure waarbij IREN is gekozen hoeven te worden onderzocht, kan die procedure dus – wat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overheidsopdracht betreft – hoe dan ook niet worden gelijkgesteld met een gunningsprocedure die voldoet aan de eisen van richtlijn 2014/24. IREN was namelijk zowel vóór de combinatie met ACAM als ná de deelneming aan haar kapitaal door de andere gemeenten, een entiteit die niets vandoen had met de gemeente Lerici.
- 55 Gelet op het voorgaande moet worden geconcludeerd dat richtlijn 2014/24 zich ertegen verzet dat de uitvoering van een overheidsopdracht die zonder openbare aanbesteding inhouse is gegund, wordt voortgezet wanneer de aanbestedende dienst geen deelneming, zelfs niet middellijk, in de opdrachtnemer meer bezit en er geen toezicht meer op uitoefent.
- 56 Daaraan moet worden toegevoegd dat deze conclusie zelfs geldt in het geval dat, zoals de verwijzingsbeslissing suggereert, de overheidsopdracht in het hoofdgeding zou moeten worden geacht te zijn toegewezen na een nieuwe gunning door de provincie La Spezia.
- 57 Uit de verwijzingsbeslissing volgt namelijk dat deze provincie op 6 augustus 2018, nadat zij bevoegd is geworden voor het afvalbeheer van de gemeenten op haar grondgebied, haar goedkeuring heeft gegeven aan de actualisatie van het gebiedsplan voor het geïntegreerde beheer van stedelijk afval in de provincie en daarbij aan ACAM Ambiente het afvalbeheer voor de gemeente Lerici heeft gegund tot en met 2028.
- 58 Gesteld al dat het besluit van 6 augustus 2018 zou moeten worden beschouwd als een handeling waarmee dat afvalbeheer werd toegewezen aan ACAM Ambiente, een volledige dochteronderneming van IREN, dan nog zou die rechtstreekse gunning evenmin aan de door richtlijn 2014/24 gestelde eisen voldoen.

- 59 Ten eerste blijkt namelijk niet uit het aan het Hof overgelegde dossier dat de provincie La Spezia en ACAM Ambiente zich in een van de in artikel 12 van deze richtlijn opgesomde situaties bevinden. Met name moet worden vastgesteld dat deze provincie niet aan het kapitaal van IREN deelneemt, en dus ook niet in dat van ACAM Ambiente, en evenmin toezicht op deze entiteiten uitoefent.
- 60 Onder voorbehoud van de door de verwijzende rechter te verrichten verificaties lijkt artikel 12 van richtlijn 2014/24 bijgevolg niet te kunnen rechtvaardigen dat de provincie La Spezia zonder openbare aanbesteding een overheidsopdracht voor dienstverlening aan ACAM Ambiente heeft gegund.
- 61 Ten tweede kan die gunning, gelet op de gegevens uit het aan het Hof overgelegde dossier, evenmin worden gelijkgesteld met de gunning van een overheidsopdracht aan een gemengde vennootschap onder de voorwaarden waaraan in punt 53 van dit arrest is gerefereerd. Het volstaat namelijk in herinnering te brengen dat, zoals in punt 59 van dit arrest is benadrukt, de provincie La Spezia geen deelneming in IREN en daarmee ook niet in ACAM Ambiente bezit.
- 62 Uit een en ander volgt dat richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale regeling of praktijk op grond waarvan de uitvoering van een overheidsopdracht, die oorspronkelijk zonder oproep tot indiening van offertes is gegund aan een inhouse-entiteit en waarop de aanbestedende dienst gezamenlijk met andere diensten toezicht uitoefende zoals op zijn eigen diensten, automatisch wordt voortgezet door de marktdeelnemer die deze entiteit heeft verworven aan het einde van een aanbestedingsprocedure, wanneer die aanbestedende dienst geen dergelijk toezicht uitoefent op die marktdeelnemer en niet deelneemt aan het kapitaal ervan.

Kosten

- 63 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter 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 (Vierde kamer) verklaart voor recht:

Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG moet aldus worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale regeling of praktijk op grond waarvan de uitvoering van een overheidsopdracht, die oorspronkelijk zonder oproep tot indiening van offertes is gegund aan een inhouse-entiteit en waarop de aanbestedende dienst gezamenlijk met andere diensten toezicht uitoefende zoals op zijn eigen diensten, automatisch wordt voortgezet door de marktdeelnemer die deze entiteit heeft verworven aan het einde van een aanbestedingsprocedure, wanneer die aanbestedende dienst geen dergelijk toezicht uitoefent op die marktdeelnemer en niet deelneemt aan het kapitaal ervan.

ondertekeningen