



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

5 oktober 2017*

„Prejudiciële verwijzing – Overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten – Richtlijn 2004/18/EG – Artikel 1, lid 9 – Begrip ‚aanbestedende dienst‘ – Bedrijf waarvan het kapitaal in handen is van een aanbestedende dienst – Inhoustransacties”

In zaak C-567/15,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Vilniaus apygardos teismas (regionale rechter Vilnius, Litouwen) bij beslissing van 21 oktober 2015, ingekomen bij het Hof op 2 november 2015, in de procedure

„LitSpecMet” UAB

tegen

„Vilniaus lokomotyvų remonto depas” UAB,

in tegenwoordigheid van:

„Plienmetas” UAB,

wijst

HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: T. von Danwitz, kamerpresident, K. Lenaerts, president van het Hof, waarnemend rechter van de Vierde kamer, E. Juhász (rapporteur), C. Vajda en C. Lycourgos, rechters,

advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona,

griffier: I. Illéssy, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 9 februari 2017,

gelet op de opmerkingen van:

- „LitSpecMet” UAB, vertegenwoordigd door C. Maczkovics, R. Martens en V. Ostrovskis, advocatai,
- „Vilniaus lokomotyvų remonto depas” UAB, vertegenwoordigd door D. Soloveičik, advokatas, en G. Jokubauskas, vertegenwoordiger van de onderneming,

* Procestaal: Litouws.

- de Litouwse regering, vertegenwoordigd door D. Kriauciūnas, D. Stepanienė en R. Butvydytė als gemachtigden,
- de Duitse regering, vertegenwoordigd door J. Möller als gemachtigde,
- de Portugese regering, vertegenwoordigd door L. Inez Fernandes, M. Figueiredo en F. Batista als gemachtigden,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door A. Tokár, A. Steiblytė en J. Jokubauskaitė als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 27 april 2017,

het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 1, lid 9, 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 2004, L 134, blz. 114), zoals gewijzigd bij verordening (EU) nr. 1251/2011 van de Commissie van 30 november 2011 (PB 2011, L 319, blz. 43) (hierna: „richtlijn 2004/18”).
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen „LitSpecMet” UAB en „Vilniaus lokomotyvų remonto depas” UAB (hierna: „VLRD”) over een opdracht voor de levering van staven ferrometaal, die door VLRD gedeeltelijk aan LitSpecMet is gegund.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

- 3 Richtlijn 2004/18 is met ingang van 18 april 2016 ingetrokken en vervangen door 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).
- 4 Artikel 1, lid 2, onder c), van richtlijn 2004/18 omschreef „overheidsopdrachten voor leveringen” als andere overheidsopdrachten dan overheidsopdrachten voor werken, die betrekking hebben op de aankoop, leasing, huur of huurkoop, met of zonder koopoptie, van producten.
- 5 Artikel 1 van deze richtlijn bepaalde in lid 9:

„Als ‚aangebestede diensten’ worden aangemerkt de staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of een of meer van deze publiekrechtelijke instellingen.

Onder ‚publiekrechtelijke instelling’ wordt iedere instelling verstaan

- a) die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn,
- b) die rechtspersoonlijkheid bezit, en

c) waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer onderworpen is aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van het bestuursorgaan, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

[...]”

6 Artikel 7 van deze richtlijn, met het opschrift „Drempelbedragen voor overheidsopdrachten”, bepaalde:

„Deze richtlijn is van toepassing op overheidsopdrachten die niet op grond van de in de artikelen 10 en 11 bepaalde uitzondering en de artikelen 12 tot en met 18 zijn uitgesloten en waarvan de geraamde waarde exclusief belasting over de toegevoegde waarde (btw) gelijk is aan of groter dan de volgende drempelbedragen:

[...]

b) 200 000 EUR:

- voor overheidsopdrachten voor leveringen en voor diensten geplaatst door andere aanbestedende diensten dan die welke in bijlage IV zijn vermeld;

[...]”

Litouws recht

7 De Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (wet betreffende overheidsopdrachten), die richtlijn 2004/18 omzet in Litouws recht, bepaalt in artikel 4, met het opschrift „Aanbestedende diensten”:

„1. Als aanbestedende diensten worden aangemerkt:

- 1) nationale of lokale overheden;
- 2) publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtspersonen die voldoen aan de voorwaarden van lid 2 van dit artikel;
- 3) verenigingen bestaande uit de in punt 1 bedoelde autoriteiten en/of uit publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtspersonen in de zin van punt 2;
- 4) de aanbestedende ondernemingen in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer of postdiensten als bedoeld in artikel 70, lid 1, punten 2 tot en met 4, van deze wet.

2. Als aanbestedende diensten worden aangemerkt publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtspersonen (niet zijnde nationale of lokale overheden) waarvan de activiteiten er geheel of gedeeltelijk op zijn gericht, specifiek te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, en die voldoen aan ten minste één van de volgende voorwaarden:

- 1) meer dan 50 % van hun activiteiten wordt gefinancierd uit de begroting van de Staat of van de lokale lichamen, uit andere middelen van de Staat of van de lokale lichamen dan wel uit middelen van andere in dit lid bedoelde publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtspersonen;

- 2) zij staan onder toezicht van (worden geleid door) de nationale of lokale overheid of andere publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtspersonen in de zin van dit lid;
- 3) de leden van hun bestuursorgaan, leidinggevend of toezichthoudend orgaan zijn voor meer dan de helft door de nationale of lokale overheden of door publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtspersonen in de zin van dit lid aangewezen. [...]"

8 Artikel 10, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten luidt als volgt:

„Deze wet is niet van toepassing wanneer de aanbestedende dienst een overeenkomst sluit met een juridisch van hem onderscheiden lichaam waarop hij als enige toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten of organen (of ten aanzien waarvan hij de rechten en verplichtingen van de Staat of van een lokaal lichaam uitoefent als enige aandeelhouder), en wanneer het gecontroleerde lichaam minstens 90 % van zijn omzet in het vorige boekjaar (of sinds zijn oprichting indien het korter dan een boekjaar actief is) heeft behaald uit activiteiten die tot doel hebben te voorzien in de behoeften van de aanbestedende dienst of deze laatste in staat te stellen zijn taken te verrichten.”

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

- 9 VLRD is een handelsvennootschap die in 2003 is opgericht na herstructurering van „Lietuvos geležinkeliai” AB (hierna: „Litouws spoorwegbedrijf”), en met name de fabricatie en het onderhoud van (elektrische) locomotieven, wagons en motorwagens als vennootschappelijk voorwerp heeft.
- 10 VLRD is een dochteronderneming van het Litouws spoorwegbedrijf, dat haar enige aandeelhouder is. Ten tijde van de feiten was het Litouws spoorwegbedrijf de belangrijkste klant van VLRD, met orders die goed waren voor bijna 90 % van haar omzet.
- 11 In 2013 schreef VLRD een vereenvoudigde openbare aanbesteding uit voor de levering van staven ferrometaal. LitSpecMet schreef daarop in en haalde de opdracht gedeeltelijk binnen.
- 12 LitSpecMet vorderde daarop nietigverklaring van de aanbesteding en publicatie van een nieuwe aankondiging van opdracht volgens de regels van de Litouwse wet betreffende overheidsopdrachten op grond dat VLRD een aanbestedende dienst in de zin van die wet was.
- 13 Ter ondersteuning van haar vorderingen voerde LitSpecMet in wezen aan dat VLRD was opgericht ter vervulling van de behoeften van het Litouws spoorwegbedrijf, een door de Staat gefinancierd bedrijf dat een publieke opdracht vervult, en dat de voorwaarden waaronder VLRD prestaties en verkopen verrichtte ten voordele van haar moedermaatschappij niet de normale mededingingsvoorwaarden waren. Volgens LitSpecMet kon daaruit reeds worden afgeleid dat de activiteit van VLRD erop was gericht te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn en dat zij dus een aanbestedende dienst was die zich moest houden aan de regels voor het plaatsen van overheidsopdrachten.
- 14 De Vilniaus apygardos teismas (regionale rechter Vilnius, Litouwen) wees de vorderingen van LitSpecMet af. Die beslissing werd bevestigd door de Lietuvos apeliacinis teismas (rechter in tweede aanleg van Litouwen).
- 15 Daarbij baseerde deze laatste rechter zich in het bijzonder op de vaststelling dat VLRD was opgericht om een commerciële activiteit te verrichten en winst te maken, wat bleek uit het feit dat alleen zij de aan haar activiteit verbonden risico's droeg en haar verliezen dus niet door de Staat werden gedekt. De rechter in tweede aanleg oordeelde voorts dat VLRD met haar activiteit niet kon worden geacht te voorzien in een behoefte van algemeen belang van de gezamenlijke burgers, aangezien was aangetoond

dat VLRD actief was in een concurrerende omgeving en dat, hoewel ten tijde van de feiten nagenoeg alle verkopen van VLRD met het Litouws spoorwegbedrijf waren afgesloten, die verkopen volgens de prognoses in 2016 nog slechts 15 % van haar commerciële transacties zouden uitmaken.

- 16 De Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken van Litouwen) vernietigde het arrest van de Lietuvos apeliacinis teismas.
- 17 De Lietuvos Aukščiausiasis Teismas ging er bij zijn beslissing van uit dat ter beslechting van het bij hem aanhangige geding moest worden uitgemaakt hoe de uitdrukking „instelling die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn”, die wordt gebruikt in artikel 1, lid 9, tweede alinea, onder a), van richtlijn 2004/18 en is overgenomen in artikel 4 van de Litouwse wet betreffende overheidsopdrachten, moet worden uitgelegd.
- 18 Deze rechter benadrukte met name dat de door het Hof gekozen functionele benadering van het begrip „publiekrechtelijke instelling” betekende dat rekening moest worden gehouden met verschillende elementen om te bepalen of een persoon een aanbestedende dienst is, zoals het bestaan van een concurrentiesituatie op de markt waarop die persoon actief is, de omstandigheden waarin de betrokken entiteit is opgericht, de mogelijkheid om die entiteit te vervangen door een andere marktdeelnemer of ook de vraag of die entiteit de met haar activiteit gepaard gaande risico's draagt.
- 19 De Lietuvos Aukščiausiasis Teismas zette in wezen uiteen dat zowel de rechter in eerste aanleg als de rechter in tweede aanleg had nagelaten de specifieke aard te onderzoeken van de economische activiteiten die door VLRD werden verricht, met name wat de intensiteit van de concurrentie in de economische sector betreft waarin de onderneming bedrijvig was. Naar zijn oordeel hadden beide lagere rechters voor hun conclusie dat VLRD geen aanbestedende dienst was, te veel belang gehecht aan haar vennootschapsvorm – concreet een handelsvennootschap.
- 20 De Lietuvos Aukščiausiasis Teismas bracht voorts onder de aandacht dat VLRD jaarlijks gemiddeld 15 inhoustransacties verrichtte ten behoeve van haar moedermaatschappij, die voor dit soort transacties niet onderworpen was aan de voorschriften inzake overheidsopdrachten. Dienaangaande benadrukte deze rechter dat de moedermaatschappij, wanneer zij de door haar dochteronderneming uitgeoefende activiteiten zelf zou verrichten, overeenkomstig de Litouwse wet betreffende overheidsopdrachten wél aan die voorschriften onderworpen zou zijn voor het betrekken van de voertuigen, het materiaal en andere uitrusting nodig voor het onderhoud van locomotieven en rollend materieel of voor het uitvoeren van andere werkzaamheden. In een dergelijke situatie diende te worden nagegaan of het feit dat een moedermaatschappij gebruikmaakt van de diensten van een dochteronderneming om economische handelingen van algemeen belang te verrichten, er niet toe kan leiden dat de wettelijke regeling betreffende overheidsopdrachten wordt omzeild.
- 21 De zaak werd terugverwezen naar de Lietuvos apeliacinis teismas, die op zijn beurt de beslissing van de Vilniaus apygardos teismas vernietigde en de zaak naar deze laatste terugverwees.
- 22 Daarop heeft de Vilniaus apygardos teismas de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Moet artikel 1, lid 9, van richtlijn 2004/18 aldus worden uitgelegd dat een onderneming:

- die werd opgericht door een aanbestedende dienst die actief is op het gebied van spoorwegvervoer, meer bepaald het beheer van de openbare spoorweginfrastructuur, passagiers- en vrachtvervoer;

- die op autonome wijze economische activiteiten verricht, een bedrijfsplan opstelt, beslissingen neemt met betrekking tot haar activiteiten (productmarkt, doelpubliek enzovoort), actief is op een concurrerende markt in de volledige Europese Unie en daarbuiten, diensten verstrekt betreffende de vervaardiging en de reparatie van rollend materieel en deelneemt aan daarmee verband houdende aanbestedingsprocedures om bestellingen te verkrijgen van derden (andere dan de moedermaatschappij);
- die haar oprichter bij wege van inhoustransacties diensten verstrekt met betrekking tot de reparatie van rollend materieel, waarbij de waarde van die diensten 90 % uitmaakt van al haar activiteiten;
- waarvan de aan haar oprichter geleverde diensten ertoe strekken diens passagiers- en vrachtvervoer te verzekeren;

niet kan worden aangemerkt als een aanbestedende dienst?

- 2) Indien het Hof oordeelt dat de onderneming in omstandigheden zoals die welke supra zijn beschreven, als een aanbestedende dienst moet worden aangemerkt, dient artikel 1, lid 9, van richtlijn 2004/18 dan aldus te worden uitgelegd dat de onderneming de status van aanbestedende dienst verliest wanneer de waarde van de diensten die zij met betrekking tot de reparatie van het rollend materieel via inhoustransacties verstrekt aan de aanbestedende dienst die haar heeft opgericht, vermindert en minder dan 90 % dan wel niet meer het grootste gedeelte van haar totale omzet vertegenwoordigt?"

Beantwoording van de prejudiciële vragen

- 23 Met zijn vragen, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 1, lid 9, tweede alinea, van richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat een onderneming die enerzijds volledig in handen is van een aanbestedende dienst die voorziet in behoeften van algemeen belang, en anderzijds zowel transacties voor die aanbestedende dienst als transacties op een concurrerende markt verricht, kan worden aangemerkt als een „publiekrechtelijke instelling” in de zin van die bepaling en, zo ja, welk gevolg in dat verband moet worden verbonden aan het feit dat de waarde van de inhoustransacties in de toekomst mogelijk minder dan 90 % of niet meer het grootste gedeelte van de totale omzet van de onderneming uitmaakt.
- 24 Vooraf moet worden opgemerkt dat de verwijzende rechter in dit geval niets zegt over de waarde van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht, zodat niet met zekerheid kan worden bepaald of die waarde de in artikel 7, onder b), van richtlijn 2004/18 vastgestelde drempel overschrijdt en, bijgevolg, of in het hoofdgeding is voldaan aan een van de essentiële voorwaarden voor toepassing van die richtlijn.
- 25 Gelet op de geest van samenwerking waarop de betrekkingen tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof in het kader van de prejudiciële procedure zijn gebaseerd, heeft het ontbreken van een dergelijke voorafgaande vaststelling door de verwijzende rechter niet tot gevolg dat het verzoek niet-ontvankelijk is, indien het Hof, gelet op de gegevens in het dossier, desondanks van oordeel is dat het de verwijzende rechter een nuttig antwoord kan geven. Dat is met name het geval wanneer de verwijzingsbeslissing voldoende relevante gegevens bevat om aan te nemen dat de voorwaarden voor toepassing van een handeling van afgeleid recht vervuld kunnen zijn. Niettemin geldt het antwoord van het Hof slechts op voorwaarde dat de verwijzende rechter vaststelt dat aan die voorwaarden is voldaan (zie naar analogie arrest van 11 december 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” e.a., C-113/13, EU:C:2014:2440, punt 48).

- 26 Het is dus de taak van de verwijzende rechter om na te gaan of in casu is voldaan aan de voorwaarde betreffende de drempel van 200 000 EUR, zoals die in artikel 7, onder b), van richtlijn 2004/18 is bepaald.
- 27 Het staat vast dat de activiteiten van het Litouws spoorwegbedrijf, waaronder het aanbieden van openbaar vervoer, activiteiten zijn ter vervulling van behoeften van algemeen belang en dat dit bedrijf moet worden aangemerkt als een „publiekrechtelijke instelling” en dus als een „aanbestedende dienst”.
- 28 De eerste vraag is er bijgevolg op gericht te vernemen of ook VLRD moet worden aangemerkt als een „publiekrechtelijke instelling”.
- 29 Volgens artikel 1, lid 9, tweede alinea, onder a) tot en met c), van richtlijn 2004/18 wordt als een „publiekrechtelijke instelling” beschouwd iedere instelling die 1) is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, 2) rechtspersoonlijkheid bezit, en waarvan 3) ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer onderworpen is aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van het bestuursorgaan, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.
- 30 Volgens vaste rechtspraak van het Hof zijn de in dat artikel gestelde voorwaarden cumulatief, zodat een instelling niet als een „publiekrechtelijke instelling” kan worden beschouwd en dus ook niet als een „aanbestedende dienst” in de zin van richtlijn 2004/18, wanneer één van die voorwaarden niet is vervuld (zie in die zin arresten van 22 mei 2003, Korhonen e.a., C-18/01, EU:C:2003:300, punt 32, en 10 april 2008, Ing. Aigner, C-393/06, EU:C:2008:213, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 31 In het licht van de doelstellingen van de richtlijnen inzake de plaatsing van overheidsopdrachten, die erin bestaan zowel het risico uit te sluiten dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van opdrachten de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden, als de mogelijkheid dat een door de staat, territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen gefinancierde of gecontroleerde entiteit zich door andere dan economische overwegingen laat leiden, moet het begrip „aanbestedende dienst”, het begrip „publiekrechtelijke instelling” daaronder begrepen, functioneel en ruim worden uitgelegd (zie in die zin arrest van 15 mei 2003, Commissie/Spanje, C-214/00, EU:C:2003:276, punt 53 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 32 VLRD lijkt te voldoen aan de voorwaarden van artikel 1, lid 9, tweede alinea, onder b) en c), van richtlijn 2004/18. Het is immers onbetwist dat VLRD rechtspersoonlijkheid heeft. Voorts heeft de verwijzende rechter vastgesteld dat zij een volle dochteronderneming is van het Litouws spoorwegbedrijf en dat zij onderworpen is aan „toezicht” door dit laatste.
- 33 Bijgevolg moet enkel worden onderzocht of VLRD een instelling is die „is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn” in de zin van artikel 1, lid 9, tweede alinea, onder a), van richtlijn 2004/18.
- 34 Blijkens de bewoordingen van artikel 1, lid 9, tweede alinea, onder a), van richtlijn 2004/18 moet aan het daarin gestelde vereiste worden voldaan door de entiteit waarvan de kwalificatie wordt onderzocht en niet door een andere entiteit, ook al is deze laatste de moedermaatschappij van de eerste, die goederen levert aan of diensten verricht voor de moedermaatschappij. Een onderneming kan dus niet reeds zelf als een aanbestedende dienst worden beschouwd omdat zij door een aanbestedende dienst is opgericht of omdat haar activiteiten worden gefinancierd met financiële middelen afkomstig uit de door een aanbestedende dienst verrichte activiteiten (arrest van 15 januari 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., C-44/96, EU:C:1998:4, punt 39).

- 35 Voorts moet er rekening mee worden gehouden dat het gebruik van de term „specifieke” wijst op de wens van de Uniewetgever om alleen dan entiteiten aan de strenge voorschriften op het gebied van overheidsopdrachten te onderwerpen wanneer zij zijn opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn en hun activiteit concreet in dergelijke behoeften voorziet.
- 36 Bijgevolg moet eerst worden nagegaan of VLRD is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang en of haar activiteiten werkelijk in dergelijke behoeften voorzien en, als dat het geval is, moet vervolgens worden uitgemaakt of die behoeften al dan niet van industriële of commerciële aard zijn (zie in die zin arrest van 22 mei 2003, Korhonen e.a., C-18/01, EU:C:2003:300, punt 40).
- 37 In casu volgt uit de bewoordingen van de eerste vraag dat VLRD goederen levert en diensten verricht die „ertoe strekken [haar moedermaatschappij in staat te stellen haar] passagiers- en vrachtvervoer te verzekeren”.
- 38 Volgens de verwijzingsbeslissing is VLRD namelijk opgericht na herstructurering van het Litouws spoorwegbedrijf en „blijft zowel de oprichting van [VLRD] als haar activiteit erop gericht te voorzien in de behoeften van haar oprichter, dat wil zeggen behoeften van algemeen belang”. Dienaangaande moet erop worden gewezen dat in het hoofdgeding de activiteit van VLRD, namelijk de productie en het onderhoud van locomotieven en wagons, alsook de levering van die goederen en diensten aan het Litouws spoorwegbedrijf, noodzakelijk lijkt om dit laatste in staat te stellen zijn activiteit uit te oefenen, die erop is gericht te voorzien in behoeften van algemeen belang.
- 39 VLRD is dus kennelijk opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van haar moedermaatschappij aangezien de behoeften met de vervulling waarvan VLRD is belast een noodzakelijke voorwaarde zijn voor de uitoefening door die moedermaatschappij van haar activiteiten van algemeen belang. Het staat evenwel aan de verwijzende rechter na te gaan of dat zo is.
- 40 Het is niet van belang dat de betrokken entiteit naast de activiteiten ter vervulling van behoeften van algemeen belang ook activiteiten met een winstoogmerk verricht op een concurrerende markt (zie in die zin arresten van 15 januari 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., C-44/96, EU:C:1998:4, punt 25, en 10 april 2008, Ing. Aigner, C-393/06, EU:C:2008:213, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 41 Dat VLRD niet alleen activiteiten ter vervulling van behoeften van algemeen belang verricht middels inhoustransacties met het Litouws spoorwegbedrijf, zodat dit laatste zijn vervoersactiviteiten kan uitoefenen, maar ook andere activiteiten, waarmee zij winst nastreeft, is in dat verband dus irrelevant.
- 42 In het kader van de beoordeling of een instelling valt onder het begrip „publiekrechtelijke instelling” in de zin van artikel 1, lid 9, tweede alinea, onder a), van richtlijn 2004/18, is het voorts noodzakelijk dat die instelling voorziet in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn.
- 43 Bij de beoordeling van die aard moet worden gelet op alle relevante elementen rechtens en feitelijk, zoals de omstandigheden waaronder de betrokken instelling is opgericht en de voorwaarden waaronder zij de activiteiten ter vervulling van behoeften van algemeen belang verricht, met inbegrip van met name het feit dat er geen concurrentie is op de markt, dat de instelling geen winstoogmerk heeft, dat de met die activiteiten verbonden risico's niet door haar worden gedragen alsook dat de betrokken activiteiten eventueel met openbare middelen wordt gefinancierd.
- 44 Zoals het Hof heeft geoordeeld, is het, wat activiteiten betreft die beogen te voorzien in behoeften van algemeen belang, weinig waarschijnlijk dat de behoeften waarin de betrokken instelling wil voorzien van andere dan industriële of commerciële aard zijn indien zij onder normale marktvoorwaarden actief

is, winst nastreeft en de met de uitoefening van haar activiteiten verbonden verliezen draagt (arrest van 16 oktober 2003, Commissie/Spanje, C-283/00, EU:C:2003:544, punten 81 en 82 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 45 Een sterke concurrentie wettigt op zich evenwel niet de conclusie dat er geen sprake is van een behoefte van algemeen belang van andere dan industriële of commerciële aard.
- 46 In die omstandigheden is het de taak van de verwijzende rechter om op basis van alle juridische en feitelijke elementen van het geval na te gaan of VLRD ten tijde van de gunning van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht haar activiteiten ter vervulling van behoeften van algemeen belang verrichtte in een situatie van concurrentie, en met name of VLRD zich in de concrete omstandigheden kon laten leiden door andere dan economische overwegingen.
- 47 De mogelijkheid die de verwijzende rechter oppert in zijn verwijzingsbeslissing, dat de inhoustransacties met het Litouws spoorwegbedrijf in de toekomst een kleiner gedeelte van de omzet van VLRD uitmaken, mist echter relevantie in dat verband, aangezien die rechter dient na te gaan hoe de situatie van die onderneming was op het tijdstip waarop de opdracht in kwestie is gegund.
- 48 Bijgevolg moet op de gestelde vragen worden geantwoord dat artikel 1, lid 9, tweede alinea, van richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat een onderneming die enerzijds volledig in handen is van een aanbestedende dienst die voorziet in behoeften van algemeen belang en anderzijds zowel transacties voor die aanbestedende dienst als transacties op een concurrerende markt verricht, moet worden aangemerkt als een „publiekrechtelijke instelling” in de zin van die bepaling voor zover de aanbestedende dienst zonder de activiteiten van die onderneming zijn eigen activiteit niet kan uitoefenen, en deze onderneming zich bij het vervullen van behoeften van algemeen belang laat leiden door andere dan economische overwegingen. Het staat aan de verwijzende rechter na te gaan of dat zo is. Dienaangaande is het niet van belang dat de waarde van de inhoustransacties in de toekomst mogelijk minder dan 90 % of niet meer het grootste gedeelte van de totale omzet van de onderneming uitmaakt.

Kosten

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

Artikel 1, lid 9, tweede alinea, 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, zoals gewijzigd bij verordening (EU) nr. 1251/2011 van de Commissie van 30 november 2011, moet aldus worden uitgelegd dat een onderneming die enerzijds volledig in handen is van een aanbestedende dienst die voorziet in behoeften van algemeen belang en anderzijds zowel transacties voor die aanbestedende dienst als transacties op een concurrerende markt verricht, moet worden aangemerkt als een „publiekrechtelijke instelling” in de zin van die bepaling voor zover de aanbestedende dienst zonder de activiteiten van die onderneming zijn eigen activiteit niet kan uitoefenen, en deze onderneming zich bij het vervullen van behoeften van algemeen belang laat leiden door andere dan economische overwegingen. Het staat aan de verwijzende rechter na te gaan of dat zo is. Dienaangaande is het niet van belang dat de waarde van de inhoustransacties in de toekomst mogelijk minder dan 90 % of niet meer het grootste gedeelte van de totale omzet van de onderneming uitmaakt.

ondertekeningen