

Zaak C-719/20

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

30 december 2020

Verwijzende rechter:

Consiglio di Stato (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

18 november 2020

Verzoekende partij:

Comune di Lerici

Verwerende partijen:

Provincia di La Spezia, IREN S.p.a., ACAM Ambiente S.p.a.

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Hoger beroep tegen vonnis nr. 847 van de TAR Liguria (bestuursrechter in eerste aanleg van Ligurië, Italië; hierna: „TAR Liguria”) van 6 november 2019 houdende verwerping van het beroep tot nietigverklaring dat de Comune di Lerici (gemeente Lerici) had ingesteld tegen het besluit van de Consiglio provinciale di La Spezia (provinciale raad van La Spezia) waarbij het beheer van het stedelijk afval van de genoemde gemeente werd toevertrouwd aan de vennootschap Acam Ambiente S.p.a. door middel van „in house”-gunning.

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

De verwijzende rechter wenst krachtens artikel 267 VWEU te vernemen of de regeling op het gebied van gunning van overheidsopdrachten aan rechtspersonen, met name met betrekking tot het begrip „toezicht zoals op de eigen diensten”, verenigbaar is met het Unierecht.

Prejudiciële vraag

„Staat artikel 12 van richtlijn 2014/24/EU van 26 februari 2014 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 in-house 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 bepaalde openbare lichamen die de betrokken dienst oorspronkelijk hebben uitbesteed, niet langer voldoen aan de vereisten voor gezamenlijk toezicht zoals op de eigen diensten?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG; met name artikel 12 („Overheidsopdrachten tussen entiteiten in de overheidssector”), waarin de vereisten zijn vastgesteld voor „in house”-gunning, dat wil zeggen onderhandse gunning zonder aanbesteding.

Aangehaalde rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie

Arrest van het Hof van 18 november 1999, Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562 (vereisten van merendeel van de werkzaamheden en toezicht zoals op de eigen diensten).

Arrest van het Hof van 13 november 2008, Coditel Brabant SA, C-324/07 (gezamenlijk toezicht zoals op de eigen diensten).

Arrest van het Hof van 17 juli 2008, Commissie/Italië, C-371/05 („doorslaggevende invloed”).

Arrest van het Hof van 10 september 2009, Sea Srl/Comune di Ponte Nossa, C-573/07 (om toezicht zoals op de eigen diensten te houden moet de structuur van het maatschappelijk kapitaal van de concessiehouder in de referentieperiode hetzelfde blijven)

Arrest van het Hof van 11 januari 2005, Stadt Halle, C-26/03 (toezicht zoals op de eigen diensten is in beginsel uitgesloten wanneer er naast publieke aandeelhouders tevens een particuliere aandeelhouder is).

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Decreto-legge (voorlopig wetsbesluit) nr. 138 van 13 augustus 2011 (gepubliceerd in de Gazzetta Ufficiale - Serie generale - nr. 188 van 13 augustus 2011); met name artikel 3 bis, lid 2 bis: „De ondernemer die de oorspronkelijke concessiehouder onder algemene of gedeeltelijke titel heeft opgevolgd ingevolge vennootschappelijke transacties, met inbegrip van fusie of acquisitie, die middels een transparante procedure hebben plaatsgevonden met inachtneming van de aanvankelijk vastgestelde kwaliteitscriteria, zet het beheer van de diensten voort totdat de overeengekomen termijnen verstrijken.”

Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, “Testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali” (wetsbesluit nr. 267 van 18 augustus 2000, „Gecoördineerde tekst van de wetten op de organisatie van de lokale overheden”, bekendgemaakt in Gazzetta Ufficiale nr. 227 van 28 september 2000 – Gewoon supplement nr. 162); met name artikel 113

Decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, “Norme in materia ambientale” (wetsbesluit nr. 152 van 3 april 2006, „Milieuvoorschriften”, gepubliceerd in Gazzetta Ufficiale nr. 88 van 14 april 2006 – Gewoon supplement nr. 96); met name artikel 200

Decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (wetsbesluit nr. 50 van 18 april 2016 tot omzetting van de richtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, overheidsopdrachten en procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, en tot hervorming van de regeling op het gebied van overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen) bekendgemaakt in Gazzetta Ufficiale nr. 91 van 19 april 2016, algemene reeks – Gewoon supplement nr. 10); met name artikel 5

Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica” (wetsbesluit nr. 175 van 19 augustus 2016, „Gecoördineerde tekst betreffende vennootschappen met overheidsdeelneming”, gepubliceerd in Gazzetta Ufficiale nr. 210 van 8 september 2016 – Algemene reeks); met name artikel 2, lid 1, onder c) en d)

Legge 23 dicembre 2014, n. 190, “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015)” (wet nr. 190 van 23 december 2014, „Voorschriften voor de inrichting van de jaarlijkse en meerjaarlijkse staatsbegroting (stabiliteitswet 2015)”, (gepubliceerd in Gazzetta Ufficiale nr. 300 van 29 december 2014 – Algemene reeks – Gewoon supplement nr. 99); met name artikel 1, leden 611 en 612

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure

- 1 ACAM, een aandelenvennootschap die volledig in handen was van de overheid en waarvan het kapitaal was verdeeld onder een aantal gemeenten van de provincie La Spezia (hierna: „ACAM”), beheerde via haar dochterondernemingen de openbare diensten van die gemeenten.
- 2 Zo beheerde ACAM de geïntegreerde afvalcyclus van de Comune di Lerici via haar dochteronderneming ACAM Ambiente S.p.a. op grond van een „in-house”-gunning (die het voorwerp is van het besluit van 15 juni 2005) die in 2028 zal vervallen.
- 3 Als gevolg van een crisissituatie heeft ACAM met haar schuldeisers een schuldherschikkingsovereenkomst, zoals geregeld in de Italiaanse faillissementswet, moeten sluiten. In het kader van die overeenkomst heeft zij, om een combinatie van vennootschappen tot stand te brengen, een openbare aanbesteding uitgeschreven die openstond voor andere vennootschappen met overheidsdeelnemingen die zich op de Italiaanse markt bezighielden met het beheer van overheidsdiensten, en IREN geselecteerd, een beursgenoteerde vennootschap waarin de overheid een meerderheidsdeelneming heeft.
- 4 Het genoemde artikel 3 bis, lid 2 bis, van wetsbesluit nr. 138 van 13 augustus 2011 bepaalt dat in dergelijke gevallen het beheer van de oorspronkelijke concessiehouder door zijn opvolger wordt voortgezet.
- 5 Ter uitvoering van een investeringsovereenkomst die zij daartoe op 29 december 2017 hebben gesloten, hebben de aangesloten gemeenten hun ACAM-aandelen aan IREN overgedragen en door op een gereserveerde kapitaalverhoging in te schrijven een overeenkomstige hoeveelheid IREN-aandelen verworven. Aldus zijn de ACAM-aandelen IREN-aandelen geworden, en heeft IREN via de dochteronderneming van ACAM – die dus dochterondernemingen van IREN waren geworden – het beheer van de oorspronkelijk daaraan gegunde diensten voortgezet.
- 6 De Comune di Lerici, die tegen de combinatie was, is uitsluitend met betrekking tot de overdracht van haar ACAM-aandelen aan IREN tot de investeringsovereenkomst toegetreden, en heeft deze aandelen vervolgens op 11 april 2018 overgedragen. Aangezien zij niet langer op enige grond aandeelhouder was van IREN, die de beheerder van de dienst was geworden, werd

volgens haar niet langer voldaan aan de voorwaarden voor de betrokken „in house”-gunning.

- 7 Daarnaast heeft de Provincia di La Spezia bij besluit van 6 augustus 2018 Acam Ambiente S.p.a. aangewezen als beheerder van de geïntegreerde afvalcyclus van de Comune di Lerici, op grond van een „in house”-gunning, tot 31 december 2028.
- 8 De Comune di Lerici heeft bij de TAR Liguria beroep ingesteld tegen dit besluit, dat zij onrechtmatig achtte.
- 9 De TAR Liguria heeft het beroep van de Comune di Lerici bij vonnis van 6 november 2019 afgewezen omdat de „in house”-gunning van de betrokken dienst naar zijn oordeel rechtmatig was zowel op het tijdstip waarop het besluit werd vastgesteld, als ook na de uittreding van de Comune di Lerici uit de vennootschap waaraan de dienst was gegund.
- 10 De Comune di Lerici heeft tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld bij de verwijzende rechter, en daarbij meerdere grieven aangevoerd, waarvan de eerste betrekking heeft op de schending van artikel 12 van richtlijn 2014/24/EU en artikel 4 van wetsbesluit nr. 175 van 19 augustus 2016.

Voornaamste argumenten van de partijen in het hoofdgeding

- 11 De Comune di Lerici voert aan dat het besluit van de Provincia di La Spezia onrechtmatig is omdat daarin is besloten het afvalbeheer onderhands, zonder aanbestedingsprocedure, te gunnen, aangezien meerdere voorwaarden van de oorspronkelijke „in house”-gunning van de dienst aan ACAM Ambiente S.p.a. (aanvankelijk een dochteronderneming van ACAM) niet langer worden vervuld.
- 12 Nadat zij haar ACAM-aandelen aan IREN had overgedragen, heeft de Comune di Lerici haar aldus verworven deelneming in IREN namelijk overgedragen, zodat zij niet langer aandeelhouder van IREN is. De Comune di Lerici heeft geen enkele band meer met deze vennootschap en kan dus geen toezicht daarop uitoefenen, zodat de voorwaarden voor de „in house”-gunning niet langer worden vervuld, met name wat betreft het aspect van toezicht zoals op de eigen diensten.
- 13 De verwerende partijen stellen dat het besluit van de Provincia di La Spezia rechtmatig is, en wijzen erop dat IREN na een openbare aanbesteding is geselecteerd als „ondernemer” waarmee de combinatie moet worden gevormd. Het eindresultaat van de transactie (gunning van de dienst) volgt reeds uit de uitkomst van de gevolgde aanbestedingsprocedure, volledig in overeenstemming met de beginselen van Unierecht, en niet uit de gunning waartoe de Provincia di La Spezia heeft besloten. In deze zin is er geen sprake van een onrechtmatige onderhandse gunning.

- 14 Het feit dat de aanbesteding voor de selectie van de ondernemer met het oog op de totstandbrenging van de combinatie niet de gunning van de betrokken diensten of enige andere dienst tot doel had, is niet relevant, aangezien de aanbesteding dit doel indirect omvatte.

Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing

- 15 De verwijzende rechter wijst erop dat in het huidige Italiaanse recht het geïntegreerde beheer van stedelijk afval als bedoeld in artikel 200 van wetsbesluit nr. 152 van 3 april 2006 in handen is van de regio's, die daarin voorzien door passende territoriale gebieden vast te stellen. In de Regione Liguria, waar de betrokken feiten hebben plaatsgevonden, vallen de territoriale gebieden samen met de provincies, die het afvalbeheer voor de gemeenten die daarvan deel uitmaken uitvoeren en die, aangezien zij op hun beurt weer als aanbestedende dienst optreden, altijd moeten voorzien in openbare aanbestedingen of, waar dat is toegestaan, „in house”-gunningen.
- 16 De verwijzende rechter merkt op dat volgens de nationale regeling territoriale lichamen (zoals gemeenten) het afvalbeheer kunnen uitbesteden door daartoe een aandelenvennootschap met overheidsdeelneming op te richten.
- 17 Daarnaast heeft de nationale wetgever in 2014 ter zake van overheidsdeelnemingen in vennootschappen bepaald dat territoriale lichamen ernaar moeten streven het aantal vennootschappen en rechtstreekse of indirecte deelnemingen in vennootschappen in hun bezit te reduceren om de overheidskosten te beperken. Een van de uitdrukkelijk vastgestelde criteria is de combinatie van ondernemingen die lokale openbare diensten van economisch belang verlenen.
- 18 De verwijzende rechter merkt op dat in de onderhavige zaak de voorwaarden van het gezamenlijke toezicht zoals op de eigen diensten reeds op het tijdstip waarop de combinatie van ondernemingen tot stand is gekomen, niet langer werden vervuld: ten eerste is de aldus verworven deelneming in IREN onbeduidend en kan zij als zodanig de keuzen van deze vennootschap niet beïnvloeden, en ten tweede is IREN een aan de Italiaanse effectenbeurs genoteerde aandelenvennootschap, en kunnen ook particuliere aandeelhouders, zonder bijzondere formaliteiten, aandelen daarvan verwerven.
- 19 De verwijzende rechter herinnert eraan dat bij de nationale regeling richtlijn 2014/24/EU is omgezet, en met name artikel 12 daarvan, waarin het toezicht zoals op de eigen diensten en het gezamenlijk toezicht zoals op de eigen diensten is gedefinieerd in bewoordingen die overeenkomen met die van het voornoemde artikel.
- 20 Daarnaast verwijst deze rechter naar meerdere arresten van het Hof van Justitie op het gebied van toezicht zoals op de eigen diensten en het voldoen aan de

noodzakelijke voorwaarden, terwijl in de rechtspraak van de Consiglio di Stato geen uitspraken te vinden zijn in met het onderhavige geding vergelijkbare zaken.

- 21 In het licht van het bovenstaande is de verwijzende rechter het eens met de stelling van de verwerende partijen.
- 22 Het fundamentele doel van het betrokken Unierecht is volgens hem de bevordering van de mededinging. Bij de gunning van overheidsopdrachten wordt dit resultaat bereikt wanneer meerdere ondernemers concurreren, of kunnen concurreren, ongeacht de juridische kwalificatie van het instrument waarmee dit resultaat wordt bereikt.
- 23 Volgens de verwijzende rechter is niet relevant of een bepaalde dienst (in casu die van de Comune di Lerici) wordt gegund door middel van een aanbesteding die uitsluitend die afzonderlijke dienst betreft – los bezien of samen met de diensten voor de andere betrokken gemeenten – of door middel van een aanbesteding waarmee het aandelenpakket van de vennootschap die deze diensten verricht wordt toegekend, aangezien mededinging in beide gevallen is verzekerd.
- 24 Deze rechter wijst er onder andere op dat de economische sector van het beheer van overheidsdiensten met betrekking tot het geïntegreerde beheer van afvalstoffen ook van belang is voor de overeenkomstige Europese markt. Gelet op het bovenstaande moet volgens de verwijzende rechter met het oog op de duidelijkheid en de rechtszekerheid het Hof worden verzocht om vast te stellen of de nationale regeling van „in house”-gunning verenigbaar is met het Unierecht. Voor de beslissing is namelijk het volgende punt relevant: indien de stelling van de Comune di Lerici correct is, zou de betrokken beroepsgrond moeten worden toegewezen en de bestreden handeling nietig moeten worden verklaard, en zou de Provincia di La Spezia de dienst opnieuw op rechtmatige wijze, middels een aanbesteding of een „in house”-gunning, moeten gunnen aan een entiteit die aan de vereisten voldoet. In het tegengestelde geval zou het beroep moeten worden verworpen omdat de opdracht op rechtmatige wijze is gegund.