

Zaak C-89/19**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:**

5 februari 2019

Verwijzende rechter:

Consiglio di Stato (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

8 november 2018

Rekwirante:

Rieco SpA

Gerekwireerden:

Commune di Lanciano

Ecolan SpA

Voorwerp van het hoofdgeding

Hogere voorziening bij de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) tegen het vonnis van de Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo (bestuursrechter in eerste aanleg, Abruzzo, Italië) (hierna: „TAR Abruzzo”) houdende verwerping van een beroep tot nietigverklaring van de handelingen waarbij de Commune di Lanciano (gemeente Lanciano) de opdracht voor het beheer van de dienst Stedelijke hygiëne heeft geplaatst bij een *inhousevennootschap* onder de regeling van gezamenlijk toezicht zoals op de eigen diensten.

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

Het verzoek om een prejudiciële beslissing, ingediend krachtens artikel 267 VWEU, betreft de uitlegging van het beginsel van bestuurlijke vrijheid van de overheid, neergelegd in artikel 2 van richtlijn 2014/23/EU en in artikel 12, lid 3,

van richtlijn 2014/24/EU, en de mogelijke strijdigheid met die bepalingen van de Italiaanse regeling inzake de rechtstreekse plaatsing van opdrachten bij een *inhousevennootschap*.

Prejudiciële vragen

- 1) Verzet het Unierecht (in het bijzonder het beginsel van bestuurlijke vrijheid van de overheid en het beginsel dat de verschillende wijzen van plaatsing van opdrachten en van beheer van diensten die van belang zijn voor de overheid, in essentie gelijkwaardig zijn) zich tegen een nationale regeling (zoals die van artikel 192, lid 2, van de Codice dei contratti pubblici [wetboek overheidsopdrachten; wetsbesluit nr. 50/2016]), dat impliceert dat „inhouseplaatsingen ten opzichte van plaatsingen via aanbesteding slechts subsidiair en in uitzonderlijke gevallen mogen worden verricht, door (i) dergelijke plaatsingen alleen toe te staan indien is aangetoond dat de relevante markt faalt, en (ii) in elk geval aan de aanbestedende dienst die van plan is een plaatsing onder de regeling interne delegatie te verrichten, te eisen dat hij specifiek aangeeft welke voordelen deze vorm van plaatsing voor de samenleving heeft?
- 2) Verzet het Unierecht (in het bijzonder artikel 12, lid 3, van richtlijn 2014/24/EU, betreffende inhouseplaatsingen onder de regeling van toezicht als op de eigen diensten dat verschillende overheidsdiensten gezamenlijk uitoefenen), zich tegen een nationale regeling (zoals artikel 4, lid 1, van de consolideerde tekst betreffende vennootschappen waarin de overheid participeert, wetsbesluit nr. 175/2016) die een overheidsdienst verbiedt in een orgaan waarin meerdere andere overheidsdiensten participeren een participatie te verwerven (die in elk geval niet volstaat om daarover zeggenschap te verwerven of om daarin een vetorecht te kunnen uitoefenen) wanneer deze dienst van plan is om in de toekomst een positie van gezamenlijke toezicht te verwerven en daarmee de mogelijkheid te krijgen rechtstreeks plaatsingen te verrichten bij dat orgaan waarin verschillende overheidsdiensten participeren?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

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) (hierna: „richtlijn 2014/24/EU”). In het bijzonder:

- overweging 5, volgens welke „geen enkele bepaling in deze richtlijn de lidstaten verplicht de dienstverlening waarvoor zij zelf zorg wensen te dragen of die zij willen organiseren met andere middelen dan overheidsopdrachten in de zin van deze richtlijn, uit te besteden of te outsourcen”;

- artikel 12, lid 3, dat bepaalt onder welke voorwaarden overheidsopdrachten kunnen worden geplaatst in het geval van door verschillende overheidsdiensten gezamenlijk uitgeoefend toezicht als op de eigen diensten.

Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (PB 2014, L 94, blz. 1) (hierna: „richtlijn 2014/23/EU”), met name artikel 2, lid 1, ervan waarin het beginsel van bestuurlijke vrijheid van de overheid is neergelegd.

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Wetbesluit nr. 50 van 18 april 2016 - wetboek overheidsopdrachten, in het bijzonder:

- artikel 5, dat artikel 12 van richtlijn 2014/24/EU in nationaal recht omzet en bepaalt onder welke voorwaarden vormen van *inhouseplaatsing* onder de regeling van gezamenlijk toezicht als op de eigen diensten naar nationaal recht zijn toegestaan;
- artikel 192, lid 2, dat bepaalt: „Voor de *inhouseplaatsing* een opdracht voor diensten die op de markt onder mededingingsvoorwaarden beschikbaar zijn, beoordelen de aanbestedende diensten vooraf, met inaanmerkingneming van het voorwerp en de waarde van de dienst, de economische geschiktheid van de offerte van de interne entiteiten en vermelden zij in het plaatsingsbesluit de redenen waarom zijn geen gebruik maken van de markt alsmede de voordelen die de gekozen vorm van beheer voor de samenleving oplevert en dit mede uit sociaal oogpunt en uit het oogpunt van de doelstellingen van universaliteit efficiëntie, kosteneffectiviteit en kwaliteit van de dienstverlening, en uit het oogpunt van het optimale gebruik van de overheidsmiddelen.”

Wetsbesluit nr. 175 van 19 augustus 2016 – Geconsolideerde tekst betreffende vennootschappen waarin de overheid participeert (hierna: „geconsolideerde tekst betreffende vennootschappen waarin de overheid participeert”), in het bijzonder:

- artikel 4, „Doelstellingen die kunnen worden nagestreefd met het verwerven en beheren van overheidsdeelnemingen”, lid 1, luidt als volgt: „De overheidsinstanties mogen rechtstreeks noch indirect vennootschappen oprichten die tot doel hebben goederen en diensten te produceren die niet strikt noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van hun eigen institutionele doeleinden, en evenmin participaties, zelfs minderheidsparticipaties, in dergelijke vennootschappen nemen of aanhouden.”
- artikel 16, „Inhousevennootschappen”, dat bepaalt in welke omstandigheden en onder welke voorwaarden rechtstreekse plaatsingen bij *inhousevennootschappen* mogelijk zijn.

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure

- 1 Rieco SpA (hierna: „rekwirante”) is een vennootschap die actief is op het gebied van de verwijdering van stedelijk afval en via aanbesteding het beheer van de dienst Stedelijke hygiëne van de gemeente Lanciano (Italië) wil verwerven.
- 2 Die gemeente plaatste de opdracht voor die dienst zonder aanbesteding bij een *inhousevennootschap*. De opdracht voor de dienst is geplaatst bij Ecolan SpA, een kapitaalvennootschap die volledig in handen is van de overheid; 21,69 % ervan is in handen van de gemeente Lanciano samen met 52 andere gemeenten van de provincie Chieti (Italië).
- 3 Rekwirante heeft bij de TAR Abruzzo een beroep ingesteld strekkende tot nietigverklaring van de handelingen waarbij de gemeente Lanciano, als minderheidsaandeelhouder van Ecolan SpA, in 2017 de wijziging van de statuten van die vennootschap en van de desbetreffende aandeelhoudersovereenkomsten heeft goedgekeurd om de rechtstreekse plaatsing van de opdracht voor de dienst mogelijk te maken.
- 4 De TAR Abruzzo heeft bij vonnis nr. 33/2018 het beroep ongegrond verklaard.
- 5 Daarop is rekwirante tegen dit vonnis opgekomen bij de Consiglio di Stato (hierna: „verwijzende rechter”); zij voerde aan dat het vonnis op een onjuiste rechtsopvatting berustte en vorderde vernietiging ervan.

Voornaamste argumenten van de partijen in het hoofdgeding

- 6 Van de door rekwirante aangevoerde middelen in hogere voorziening zijn de volgende middelen relevant zijn voor de onderhavige prejudiciële verwijzing:
 - a) het derde middel in hogere voorziening, waarop de eerste prejudiciële vraag betrekking heeft, namelijk dat de rechter in eerste aanleg geen rekening heeft gehouden met het feit dat de rechtstreekse plaatsing niet is voorafgegaan door een beoordeling van de economische geschiktheid ervan, zoals de relevante nationale regeling en in het bijzonder artikel 192, lid 2, van het wetboek overheidsopdrachten eist;
 - b) het zesde middel in hogere voorziening, waarop de tweede prejudiciële vraag betrekking heeft, namelijk dat de rechter in eerste aanleg geen rekening heeft gehouden met de beperkingen die het nationale recht stelt op het nemen participaties in het kapitaal van inhousevennootschappen door publiekrechtelijke rechtspersonen die op die vennootschappen geen toezicht als op hun eigen diensten uitoefenen.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzingsbeslissing

Betreffende de eerste prejudiciële vraag

- 7 De verwijzende rechter wijst erop dat, op het eerste gezicht, de door rekwirante bestreden handelingen niet in overeenstemming zijn met artikel 192, lid 2, van het wetboek overheidsopdrachten, aangezien in die handelingen niet wordt uiteengezet waarom de overheid ervoor heeft gekozen gebruik te maken van *inhouseplaatsing* en geen openbare aanbesteding heeft uitgeschreven.
- 8 De verwijzende rechter betwijfelt echter of de in de nationale wettelijke regeling gestelde beperkende voorwaarden voor *inhouseplaatsing* verenigbaar zijn met de relevante bepalingen en beginselen van het Unierecht. In dit verband merkt deze rechter op dat artikel 192, lid 2, van het wetboek overheidsaanbestedingen een dubbele voorwaarde stelt voor *inhouseplaatsing* van op de markt beschikbare diensten, die echter niet wordt gesteld voor andere vormen van plaatsing:
- i) de eerste voorwaarde betreft de verplichting te vermelden om welke redenen geen „gebruik is gemaakt van de markt”, met andere woorden, rechtstreekse *inhouseplaatsing* van een opdracht voor diensten is slechts mogelijk indien het substantiële „falen van de relevante markt” is aangetoond;
 - ii) de tweede voorwaarde bestaat in de verplichting om aan te geven welke „voordelen voor de samenleving” uit de keuze voor *inhouseplaatsing* van een opdracht voor op de markt beschikbare diensten voortvloeien.
- 9 Degelijke voorwaarden plaatsen *inhouseplaatsing* in het Italiaanse recht in een ondergeschikte positie en in een uitzonderingspositie ten opzichte van de andere vormen van plaatsing en in het bijzonder ten opzichte van plaatsing door middel van aanbesteding. Deze restrictieve regeling vindt ook steun in de rechtspraak van de Corte costituzionale (grondwettelijk hof), die heeft geoordeeld dat in de nationale regeling aan rechtstreekse plaatsing beperkingen mogen worden gesteld die verder gaan dan die waarin het Unierecht voorziet (zie arrest nr. 325 van 17 november), en herhaaldelijk heeft verklaard dat *inhouseplaatsing* een „uitzondering op de algemene regel van uitbesteding bij wege van (...) aanbesteding” vormt (zie bijvoorbeeld arrest nr. 46 van 20 maart 2013).
- 10 De verwijzende rechter vraagt zich af of de hierboven beschreven restrictieve regeling uit het Italiaanse recht in overeenstemming is met de beginselen en bepalingen van het Unierecht. In dit verband wijst deze rechter erop dat in het Unierecht twee beginselen die slechts ogenschijnlijk op gespannen voet staan met elkaar, naast elkaar bestaan: enerzijds het (in artikel 2 van richtlijn 2014/23/EU neergelegde) beginsel dat de overheid vrij is om het verlenen van de diensten zij nodig heeft, naar eigen goeddunken te organiseren, en anderzijds, het beginsel van volledige mededinging op de markten voor overheidsopdrachten en concessies. Het tweede beginsel is ondergeschikt aan het eerste, aangezien, zoals de verwijzende rechter opmerkt, de overheid eerst dient te kiezen of zij gebruik

maakt van haar eigen middelen (zelfafhandeling) of een beroep doet op externe dienstverleners (outsourcing). Slechts ingeval voor outsourcing wordt gekozen, is de overheid verplicht het beginsel van volledige mededinging tussen de marktdeelnemers in acht te nemen.

- 11 Tegen de achtergrond van deze uiteenzetting merkt de verwijzende rechter op dat, anders dan in het Italiaanse recht waarin de keuze voor het zelf verrichten van de diensten ondergeschikt is gemaakt aan het outsourcen van deze diensten, het Unierecht „*inhouseplaatsing*” (een van de belangrijkste vormen van zelfafhandeling) en uitbesteding bij wege van een aanbestedingsprocedure in essentie gelijkstelt.
- 12 De tegenstelling tussen de nationale regeling en de bepalingen en beginselen van het Unierecht wordt nog scherper wanneer men bedenkt dat in het Unierecht „*inhouseplaatsing*” en uitbesteding via een aanbestedingsprocedure niet alleen op gelijke voet staan, maar het eerste zelfs logisch voorafgaat aan de keuze van de overheid voor outsourcing van die diensten die zij nodig heeft. Volgens het Unierecht kan de overheid immers alleen voor uitbesteding van diensten kiezen nadat zij de mogelijkheid van het gebruik van haar eigen middelen heeft uitgesloten. Dit model beantwoordt aan de basisregel van de economie dat het niet gunstig is een beroep te doen op anderen wanneer men in staat is zelf in zijn behoeften te voorzien.
- 13 Het hierboven beschreven model, dat voorziet in de volledige gelijkstelling van het systeem van zelfafhandeling en dat van outsourcing (zo al niet in de logische voorrang van het eerste), vindt steun in de rechtspraak van het Hof van Justitie, dat heeft verduidelijkt dat „een overheidsinstantie de op haar rustende taken van algemeen belang met haar eigen middelen kan vervullen, zonder dat zij een beroep hoeft te doen op externe lichamen die niet tot haar diensten behoren, en dat zij dit ook in samenwerking met andere overheidsinstanties kan doen” (zie arrest van 9 juni 2009, Commissie/Duitsland, C-480/06, EU:C:2009:357, punt 45). De Europese Commissie heeft in haar „Interpretatieve mededeling [...] over de toepassing van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten op geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerking” (PB 2008, C 91, blz. 4) in nagenoeg soortgelijke bewoordingen verklaard dat „[h]et gemeenschapsrecht [...] overheden de keuze [laat] om economische activiteiten zelf te verrichten dan wel aan derden toe te vertrouwen, bijvoorbeeld aan een entiteit met gemengd kapitaal die in het kader van een [publiek-private samenwerking] is opgericht. Als een overheid evenwel beslist om voor de uitvoering van een economische activiteit een beroep te doen op een derde partij in een vorm die als overheidsopdracht of concessieovereenkomst kan worden aangemerkt, moet zij de toepasselijke bepalingen van het gemeenschapsrecht in acht nemen.” Ten slotte wordt de in Unierecht verrichte gelijkstelling van zelfafhandeling en uitbesteding van diensten bevestigd in artikel 2 van richtlijn 2014/23/EU en in overweging 5 van richtlijn 2014/24/EU.

Betreffende de tweede prejudiciële vraag

- 14 De verwijzende rechter beklemtoont allereerst de bijzondere vennootschapsstructuur van Rieco SpA, die voorziet in de participatie van twee soorten vennoten (overheidsinstanties): de „aanbestedende” vennoten (die op de vennootschap een toezicht als op hun eigen diensten uitoefenen en dus rechtstreeks opdrachten bij haar kunnen plaatsen) en de „niet aanbestedende” vennoten (die geen toezicht als op hun eigen diensten uitoefenen en dus geen rechtstreekse plaatsingen kunnen doen).
- 15 Dit bijzondere stelsel, dat enerzijds aanvaardbaar lijkt uit het oogpunt van het Unierecht, in het bijzonder van artikel 12, lid 3, van richtlijn 2014/24/UE, geeft anderzijds aanleiding tot ernstige twijfel over de verenigbaarheid ervan met de nationale regeling, in het bijzonder met artikel 4, lid 1, van de geconsolideerde tekst betreffende vennootschappen waarin de overheid participeert, volgens hetwelk „[d]e overheidsinstanties [...] rechtstreeks noch indirect vennootschappen [mogen] oprichten die tot doel hebben goederen en diensten te produceren die niet strikt noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van hun eigen institutionele doeleinden, en evenmin participaties, zelfs minderheidsparticipaties, in dergelijke vennootschappen [mogen] nemen of aanhouden.”
- 16 De verwijzende rechter merkt op dat in het onderhavige geval deze regel eraan in de weg lijkt te staan dat „niet-aanbestedende” overheidsdiensten in de toekomst met betrekking tot op Rieco SpA toezicht als op hun eigen diensten kunnen verwerven, aangezien in dat geval inbreuk wordt gemaakt op het in die bepaling neergelegde criterium van „strikte noodzakelijkheid”; die noodzakelijkheid moet als feitelijke noodzakelijkheid en niet als hypothetische of toekomstige noodzakelijkheid worden opgevat.
- 17 Daarom moet worden uitgemaakt of deze bepaling van het nationale recht niet in strijd is met bovengenoemde bepalingen van het Unierecht, volgens welke „niet-aanbestedende” overheidsdiensten in een *inhousevennootschap* waarin meerdere overheidsdiensten participeren, toezicht als op de eigen diensten kunnen verwerven.