

Zaak C-328/19

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:

19 april 2019

Verwijzende rechter:

Korkein hallinto-oikeus (Finland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

15 april 2019

Verzoekende partij:

Porin kaupunki

Andere partijen in de procedure:

Porin Linjat OY

Lyttylän liikenne Oy

Voorwerp van het hoofdgeding

Overheidsopdracht – Samenwerkingsovereenkomst tussen gemeenten – Model van de verantwoordelijke gemeente – Overheidsopdrachten – Bevoegdheidsoverdracht – Horizontale samenwerking tussen openbare aanbestedende diensten – Gelieerde instelling – Bevoegde instantie in de zin van de wet openbaar personenvervoer – Vervoer van personen met een beperking

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

In de bij de Korkein hallinto-oikeus (hoogste bestuursrechter, Finland; hierna: „verwijzende rechter”) aanhangige zaak heeft het comité voor basisvoorzieningen van Porin kaupunki (de stad Pori) op 4 mei 2015 besloten dat het vervoer, met lagevloerbussen, van personen met een beperking naar werkplaatsen en dagverblijven als eigen vervoer door Porin kaupunki wordt uitgevoerd. Ingevolge

dit besluit wordt het vervoer verzorgd door Porin Linjat Oy, een naamloze vennootschap waarvan Porin kaupunki alle aandelen houdt.

Het besluit ziet op het vervoer van inwoners van het door Porin kaupunki, de stad Ulvila en de gemeente Merikarvia gevormde samenwerkingsgebied, dat is ontstaan op grond van een samenwerkingsovereenkomst betreffende de organisatie en uitvoering van sociale en gezondheidsdiensten. Deze overeenkomst berust op het zogenoemde model van de verantwoordelijke gemeente, waarbij de verantwoordelijkheid voor de organisatie van deze diensten werd overgedragen aan Porin kaupunki.

Porin kaupunki heeft voor het plaatsen van de opdracht geen oproep tot mededinging verzonden, daar het volgens de stad om een gunning aan de onder haar zeggenschap staande Porin Linjat Oy ging (een zogenoemde interne aanbesteding, die naar Fins recht wordt beschouwd als een gunning aan een gelieerde instelling).

De verwijzende rechter is van mening dat de transporten die hier aan de orde zijn, gelet op hun voornaamste doel, diensten betreffen die vallen onder categorie 2 van de diensten („vervoer te land, met inbegrip van vervoer per pantserwagen en koerier, met uitzondering van postvervoer”) in bijlage II A bij 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 (hierna: „aanbestedingsrichtlijn 2004”).

Op grond van de door Porin Linjat Oy ingediende inschrijving bedraagt de totale waarde van de te plaatsen vervoersdiensten circa 600 000 EUR exclusief btw, waarmee het drempelbedrag van artikel 7 van de aanbestedingsrichtlijn 2004 is overschreden.

De verwijzende rechter wenst te vernemen of de toekenning aan Porin Linjat Oy van de opdracht, bestaande in de exploitatie van het vervoer voor personen met een beperking, het plaatsen van een overheidsopdracht in de zin van de aanbestedingsrichtlijn 2004 is, waarvoor een oproep tot mededinging had moeten worden verzonden.

In deze zaak moet ten eerste worden beslist of de samenwerkingsovereenkomst tussen Porin kaupunki, de stad Ulvila en de gemeente Merikarvia met betrekking tot de organisatie van sociale en gezondheidsdiensten naar haar aard een regeling houdende overdracht van bevoegdheid vormt, die is uitgesloten van de werkingssfeer van de richtlijn 2004, dan wel of het samenwerkingsverband betrekking heeft op openbare aanbestedende diensten die samenwerken voor het plaatsen van overheidsopdrachten, waarvoor op grond van de genoemde richtlijn geen aanbesteding hoeft te worden uitgeschreven, dan wel of sprake is van een of ander derde geval.

Indien wordt aangenomen dat sprake is van een van de twee hierboven geschetste situaties, moet in de zaak vervolgens worden beslist of Porin kaupunki ook voor de stad Ulvila en de gemeente Merikarvia vervoersdiensten kan aanbesteden, zonder dat moet worden aangenomen dat sprake is van het plaatsen van overheidsopdrachten.

Bovendien rijst de vraag of het deel van de omzet van Porin Linjat Oy dat betrekking heeft op Porin Kaupunki, zo groot is dat de vennootschap moet worden beschouwd als een entiteit die onder de overheersende invloed van Porin Kaupunki staat, zodat de aan Porin Linjat Oy gegunde opdrachten niet onder de aanbestedingsplicht vielen. Dienaangaande is het van belang of de met Porin kaupunki verband houdende omzet ook de omzet van de vennootschap uit het regionaal vervoer omvat, dat Porin kaupunki als bevoegde instantie op grond van de wet betreffende het openbaar personenvervoer en de samenwerkingsovereenkomst tussen de betrokken gemeenten mede voor de steden Harjavalta, Kokemäki en Ulvila en de gemeente Nakkila verzorgt.

Prejudiciële vragen

1. Moet artikel 1, lid 2, onder a), 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 aldus worden uitgelegd dat het model van de verantwoordelijke gemeente dat is toegepast in het kader van de samenwerkingsovereenkomst tussen gemeenten die in casu aan de orde is, voldoet aan de voorwaarden van een bevoegdheidsoverdracht die niet binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt (Remondis, C-51/15), dan wel van een horizontale samenwerking die niet is onderworpen aan de verplichting om een oproep tot mededinging te verzenden (Piepenbrock en de aldaar aangehaalde rechtspraak, C-386/11), of is hier sprake van een ander, derde geval?

2. Indien het model van de verantwoordelijke gemeente overeenkomstig de samenwerkingsovereenkomst voldoet aan de voorwaarden van een bevoegdheidsoverdracht: vormt een overheidsinstantie waaraan de bevoegdheid is overgedragen en die na die bevoegdheidsoverdracht opdrachten heeft gegund, een aanbestedende dienst, en kan die overheidsinstantie uit hoofde van de bevoegdheid die door de andere gemeenten aan haar is overgedragen, als verantwoordelijke gemeente dienstenopdrachten ook zonder oproep tot mededinging gunnen aan een met haar gelieerde instelling in het geval dat het plaatsen van die dienstenopdrachten, gesteld dat het instituut van de verantwoordelijke gemeente niet bestond, een eigen taak was van de gemeenten die de bevoegdheid hebben overgedragen?

3. Indien het model van de verantwoordelijke gemeente overeenkomstig de samenwerkingsovereenkomst daarentegen voldoet aan de voorwaarden van een horizontale samenwerking: kunnen de bij de samenwerking betrokken gemeenten

dienstenopdrachten zonder oproep tot mededinging gunnen aan een bij de samenwerking betrokken gemeente, die die dienstenopdrachten zonder oproep tot mededinging heeft gegund aan een met haar gelieerde instelling?

4. Wordt in het kader van de toetsing of een vennootschap het grootste deel van haar activiteit uitoefent voor de gemeente die over haar zeggenschap uitoefent, de omzet van een vennootschap waarvan de gemeente eigenaar is en die vervoer in de zin van verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad (hierna: „verordening openbare personenvervoersdiensten) exploiteert, in aanmerking genomen bij de berekening van de met de gemeente verband houdende omzet, indien de vennootschap die omzet verwerft uit het vervoer dat de gemeente als bevoegde instantie in de zin van de verordening openbare personenvervoersdiensten organiseert?

Aangevoerde Unierechtelijke bepalingen

Artikel 1 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten

Artikelen 2 en 5 van verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad

Aangevoerde rechtspraak van het Hof

Arrest van 21 december 2016, Remondis, C-51/15 (EU:C:2016:985, punten 49, 52 en 55)

Arrest van 9 juni 2009, Commissie/Duitsland, C-480/06 (EU:C:2009:357)

Arrest van 19 december 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a., C-159/11 (EU:C:2012:817)

Arrest van 13 juni 2013, Piepenbrock, C-386/11 (EU:C:2013:385, punten 36 en 37)

Arrest van 11 mei 2006, Carbotermo en Consorzio Alisei, C-340/04 (EU:C:2006:308, punten 65 en 67)

Arrest van 8 december 2016, Undis Servizi, C-553/15 (EU:C:2016:935, punten 36 en 37)

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Artikelen 5 en 10 van de Laki julkisista hankinnoista 348/2007 (wet nr. 348/2007 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten)

Richtlijn 2004/18/EG werd in Finland omgezet bij wet nr. 348/2007.

Artikelen 76 en 77 van de Kuntalaki 365/1995 (gemeentewet nr. 365/1995, ingetrokken bij wet nr. 410/2015)

Overeenkomstig artikel 76 van de gemeentewet kunnen gemeenten op contractuele basis hun taken gezamenlijk vervullen. De gemeenten kunnen overeenkomen dat een bepaalde gemeente in opdracht van een of meer andere gemeenten de vervulling van een taak wordt toevertrouwd.

Volgens artikel 77 van de gemeentewet kan worden overeengekomen dat wanneer een gemeente op contractuele basis een taak voor een of meer andere gemeenten vervult, de betrokken andere gemeenten een deel van de leden van het orgaan van de eerstgenoemde gemeente kiezen dat de betrokken taken verzorgt.

Artikel 8 alsmede de artikelen 49 tot en met 52 van de gemeentewet nr. 410/2015

Overeenkomstig artikel 8 van de gemeentewet van 2015 kan een gemeente de haar bij wet toegekende taken zelf organiseren of overeenkomen dat de verantwoordelijkheid voor de organisatie aan een andere gemeente of aan een vereniging van gemeenten wordt overgedragen. In het geval van een bij wet voorgeschreven samenwerking dragen een andere gemeente of een vereniging van gemeenten de verantwoordelijkheid ten aanzien van de organisatie voor de gemeenten. De gemeente of vereniging van gemeenten die ten aanzien van de organisatie verantwoordelijk is voor de uitvoering van de taken, zijn ten aanzien van de te verlenen diensten en overige maatregelen verantwoordelijk voor: 1) gelijke toegang, 2) de definitie van vraag, omvang en kwaliteit, 3) de wijze van uitvoering, 4) het toezicht op de uitvoering en 5) de uitoefening van de aan de overheidsinstantie toekomende bevoegdheden. De gemeente staat ook in voor de financiering van haar taken wanneer de verantwoordelijkheid ten aanzien van de organisatie aan een andere gemeente of aan een vereniging van gemeenten werd overgedragen.

Overeenkomstig artikel 49 van de gemeentewet kunnen gemeenten en verenigingen van gemeenten op contractuele basis hun taken gezamenlijk uitvoeren. Een van de vormen van publiekrechtelijke intergemeentelijke samenwerking is onder meer de oprichting van een gemeenschappelijk orgaan.

Artikel 50 van de gemeentewet bepaalt dat voor zover een gemeente op grond van artikel 8 overeenkomt om de verantwoordelijkheid, ten aanzien van de organisatie, van een haar wettelijk opgedragen taak aan een andere gemeente of aan een vereniging van gemeenten over te dragen, de wet op het plaatsen van overheidsopdrachten niet van toepassing is op de overdracht. Deze wet is niet van

toepassing op een intergemeentelijke samenwerking voor zover in het kader van die samenwerking sprake is van een in artikel 10 van de aanbestedingswet bedoelde gunning van een opdracht door de gemeente of vereniging van gemeenten aan een gelieerde instelling of wanneer deze wet om een andere reden niet op die samenwerking van toepassing is.

Volgens artikel 51 van de gemeentewet kan een gemeente in opdracht van een of meer gemeenten een taak vervullen met behulp van een intergemeentelijk gemeenschappelijk orgaan dat voor de uitvoering van de taak verantwoordelijk is. De gemeente die de taak verzorgt, wordt de verantwoordelijke gemeente genoemd. De gemeenten kunnen overeenkomen dat de andere gemeenten een deel van de leden van het gemeenschappelijk orgaan kiezen.

Overeenkomstig artikel 52 van de gemeentewet moeten in de overeenkomst over het gemeenschappelijk orgaan minstens over de volgende zaken afspraken worden gemaakt: 1) de taken van het gemeenschappelijk orgaan en zo nodig de overdracht van de verantwoordelijkheid ten aanzien van de organisatie als bedoeld in artikel 8, 2) de samenstelling van het gemeenschappelijk orgaan en het recht van de andere gemeenten om leden naar dit orgaan af te vaardigen, 3) de richtsnoeren voor de berekening en verdeling van de kosten, en 4) de looptijd en de opzegging van de overeenkomst.

Artikelen 4, 5, 6, 12 en 14 van de Joukkoliikennelaki 1219/2011 (wet betreffende het openbaar personenvervoer nr. 1219/2011)

Volgens artikel 4 van de wet openbaar personenvervoer dienen de voor het wegverkeer verantwoordelijke instanties in de zin van de verordening betreffende het openbare personenvervoer het dienstverleningsniveau voor het openbaar vervoer binnen hun bevoegdheid vast te leggen. De instanties dienen in het kader van de voorbereidingen ter vastlegging van het dienstverleningsniveau zowel onderling als met de verenigingen van gemeenten en de verenigingen van provincies samen te werken.

Overeenkomstig artikel 5 van de wet openbaar personenvervoer staan de instanties die bevoegd zijn voor het overeenkomstig de verordening betreffende het openbare personenvervoer geëxploiteerde vervoer, in voor de omschrijving van de diensten. De verantwoordelijkheid voor de planning van de routes en de dienstregelingen kan ten aanzien van dit vervoer berusten bij de vervoersexploitant, de overheidsinstantie of tussen hen worden verdeeld.

Volgens artikel 6 van de wet openbaar personenvervoer moeten de bevoegde overheidsinstanties de openbare vervoersdiensten prioritair als regionale of territoriale gemeenschappen inrichten om een performant openbaar verkeersnet te verwezenlijken. Bij de planning van het openbaar vervoer werken de overheidsinstanties onderling en met de andere gemeenten samen.

Overeenkomstig artikel 12 van de wet openbaar personenvervoer verleent de regionale lokale overheid slechts een vergunning voor het lijnverkeer dat binnen het gebied waarvoor zij bevoegd is wordt verzorgd.

Volgens artikel 14 van de wet openbaar personenvervoer nemen de bevoegde instanties besluiten ter zake van de omstandigheid dat zij de openbare vervoersdiensten binnen hun bevoegdsgebied of een deel daarvan, overeenkomstig de verordening betreffende het openbare personenvervoer organiseren.

Korte weergave van de feiten

Samenwerkingsovereenkomst betreffende sociale en gezondheidsdiensten

- 1 De besluiten van het comité voor basisvoorzieningen van Porin kaupunki betreffen vervoersdiensten als bedoeld in de Laki vammaisuuden perusteella järjestettävistä palveluista ja tukitoimista 380/1987 (wet nr. 380/1987 betreffende diensten en ondersteuning voor personen met een beperking), waarbij de gemeente overeenkomstig artikel 3 van deze wet de verantwoordelijkheid draagt voor de organisatie van deze diensten.
- 2 Porin kaupunki, de stad Ulvila en de gemeente Merikarvia zijn bij een op 18 december 2012 gesloten samenwerkingsovereenkomst betreffende de organisatie en verlening van sociale en gezondheidsdiensten overeengekomen om de verantwoordelijkheid voor de organisatie van de diensten ter zake van de gezondheids- en sociale voorzieningen over te dragen aan Porin kaupunki. Porin kaupunki wordt in de overeenkomst aangewezen als de verantwoordelijke gemeente respectievelijk de hoofdgemeente, en de stad Ulvila en de gemeente Merikarvia als samenwerkende gemeenten.
- 3 Door de samenwerkingsovereenkomst kwam een samenwerkingsgebied tot stand waarvan het bestuur is geregeld overeenkomstig de artikelen 76 en 77 van de gemeentewet nr. 365/1995. Volgens de samenwerkingsovereenkomst vormt het dienstverleningssysteem een uniform geheel dat de verantwoordelijke gemeenten en de samenwerkende gemeenten gezamenlijk ontwikkelen.
- 4 De activiteit die wordt genoemd in de samenwerkingsovereenkomst valt zowel operationeel als ten aanzien van de financiële en administratieve bepalingen onder de organisatie en het bestuur van de verantwoordelijke gemeente.
- 5 De verantwoordelijkheid voor de organisatie van de dienstverlening binnen het samenwerkingsgebied berust bij het als gemeenschappelijk orgaan ingestelde en uit 18 leden bestaande comité voor basisvoorzieningen van Porin kaupunki, waarnaar de stad Ulvila drie leden afvaardigt, de gemeente Merikarvia twee leden en Porin kaupunki de overige leden.

- 6 Het comité voor basisvoorzieningen draagt de eindverantwoordelijkheid voor de diensten, het systeem van dienstverlening en de begroting betreffende de activiteiten. Binnen haar bevoegdheidsgebied keurt het comité voor basisvoorzieningen overeenkomsten goed en neemt het besluiten over de dienstverlening en de te heffen tarieven.
- 7 De kosten worden op basis van het gebruik van de diensten zo verdeeld dat elke gemeente de daadwerkelijke kosten draagt die voortvloeien uit de diensten waarvan haar eigen inwoners en de onder haar verantwoordelijkheid vallende inwoners gebruik maken.

Regionaal vervoer en desbetreffende overeenkomsten

- 8 Porin kaupunki is in het door de gemeenten Harjavalta, Kokemäki, Nakkila, Pori en Ulvila gevormde gebied de regionale lokale overheid in de zin van artikel 12 wet openbaar personenvervoer.
- 9 Als regionale lokale overheid is Porin kaupunki uit hoofde van artikel 14 wet openbaar personenvervoer de voor het wegverkeer bevoegde instantie in de zin van de verordening betreffende het openbaar personenvervoer.
- 10 Porin kaupunki en de steden Harjavalta, Kokemäki en Ulvila alsook de gemeente Nakkila hebben met de op 1 juli 2002 in werking getreden samenwerkingsovereenkomst afspraken gemaakt over de taken die in de verordening openbaar personenvervoer en in de wet openbaar personenvervoer aan de plaatselijk bevoegde instantie zijn toegewezen.
- 11 Volgens de samenwerkingsovereenkomst vervullen de samenwerkende gemeenten bovengenoemde taken overeenkomstig de artikelen 76 en 77 van de gemeentewet nr. 365/1995 in die zin dat Porin kaupunki een gemeenschappelijk orgaan instelt.
- 12 De bevoegde instantie voor het openbaar streekvervoer in Pori en het vervoer dat uitsluitend in het door de samenwerkende gemeenten gevormde gebied wordt verzorgd, is het comité voor openbaar vervoer van de regio Pori, waarnaar Porin kaupunki vijf leden en de andere gemeenten elk één lid afvaardigen.
- 13 Overeenkomstig de verordening openbaar personenvervoer worden de kosten voor de aanbestede vervoersdiensten tussen de samenwerkende gemeenten verdeeld overeenkomstig de door het comité voor openbaar vervoer vastgestelde verdeelsleutel.
- 14 Het comité voor openbaar vervoer van de regio Pori functioneert overeenkomstig de door de gemeenten goedgekeurde samenwerkingsovereenkomst in het gebied van Porin kaupunki, de steden Ulvila, Harjavalta en Kokemäki, alsook de gemeente Nakkila, als de gemeenschappelijke regionale overheid die bevoegd is voor het openbaar vervoer, en staat onder toezicht van de gemeenteraad en het gemeentebestuur van Pori. Het comité staat in voor de taken die bij de

verordening openbaar personenvervoer en de wet openbaar personenvervoer aan de voor het openbaar vervoer bevoegde overheidsinstantie zijn toegewezen.

Korte weergave van de procedure en de wezenlijke argumenten van partijen

Markkinaoikeus (handelsrechter, Finland)

- 15 De Markkinaoikeus, die de zaak in eerste aanleg heeft behandeld, was in zijn beslissing van oordeel dat de vennootschap Porin Linjat Oy niet kon worden beschouwd als een aan Porin kaupunki gelieerde instelling in de zin van artikel 10 van de wet inzake het plaatsen van overheidsopdrachten. Volgens de Markkinaoikeus was in de zaak niet aangetoond dat het besluit om geen aanbesteding voor de opdracht uit te schrijven was gebaseerd op een in de wet inzake het plaatsen van overheidsopdrachten vervatte andere grond.
- 16 Volgens de motivering van de beslissing van de Markkinaoikeus is Porin kaupunki de regionale lokale overheid in de zin van de wet openbaar personenvervoer, die alleen vergunningen afgeeft voor het lijnverkeer dat moet worden verzorgd in zijn bevoegdheidsgebied dat wordt gevormd door de gemeenten Harjavalta, Kokemäki, Nakkila, Pori en Ulvila. Porin Linjat Oy heeft op het grondgebied van de betrokken andere gemeenten, op grond van een door het comité voor openbaar vervoer van de regio Pori afgegeven vergunning, het lijnvervoer geëxploiteerd. De andere in de regeling genoemde gemeenten beschikken elk over een vertegenwoordiger in het comité voor openbaar vervoer van de regio Pori, maar hebben geen zeggenschap over Porin Linjat Oy. Derhalve kunnen de door Porin Linjat Oy verkregen opbrengsten uit het openbaar vervoer van genoemde gemeenten niet in aanmerking worden genomen bij de berekening van de omzet, ook al berustte de vervoerexploitatie, wat haar deel betreft, op verordeningen van de comités van Porin kaupunki, die wel zeggenschap heeft over Porin Linjat Oy.
- 17 Volgens de motivering van de beslissing van de Markkinaoikeus voldoet de omvang van de aan Porin kaupunki gerelateerde omzet niet aan de omvang die het Hof toereikend acht om te kunnen spreken van een gelieerde instelling. Porin Linjat Oy oefent het grootste deel van haar activiteit dus niet samen met een openbare aanbestedende dienst uit, die de enige aandeelhouder van de vennootschap is.
- 18 Op 4 mei 2015 heeft de Markkinaoikeus de besluiten van het comité voor basisvoorzieningen van Porin kaupunki betreffende de transporten die hier aan de orde zijn opgeheven, voor zover de daarin genoemde optieperiode nog niet was afgelopen.

Behandeling van de zaak voor de Korkein hallinto-oikeus

- 19 Porin kaupunki is in beroep gegaan bij de Korkein hallinto-oikeus en stelde dat Porin Linjat Oy een aan haar gelieerde instelling is.
- 20 Volgens Porin kaupunki heeft de vennootschap Porin Linjat Oy, waarvan zij de eigenaar is en die zij controleert, na 2009 op geen enkele aanbesteding inzake vervoersaangelegenheden ingeschreven en is zij evenmin op andere markten de concurrentie aangegaan. Als interne eenheid voldoet Porin Linjat Oy aan de voorwaarden die de wet openbaar personenvervoer aan een interne exploitant stelt.
- 21 Het door Porin Linjat Oy geëxploiteerde vervoer is vervoer in de zin van de verordening openbaar personenvervoer, dat door de instanties voor openbaar vervoer zelf wordt afgehandeld. De vennootschap verzorgt het vervoer op de lijnen die haar door het comité voor openbaar vervoer zijn toegewezen.
- 22 De steden Harjavalta, Kokemäki en Ulvila alsook de gemeente Nakkila hebben, op grond van de wetgeving en de samenwerkingsovereenkomst, de uitvoering van de activiteiten van de samenwerkende gemeenten betreffende het openbaar vervoer overgedragen aan Porin kaupunki als de verantwoordelijke gemeente. Het op het grondgebied van de genoemde gemeenten geëxploiteerde vervoer, dat Porin Linjat Oy volgens de instructies van Porin kaupunki als de bevoegde overheidsinstantie verzorgt, is een activiteit van Porin kaupunki en de hieruit door de vennootschap verkregen omzet houdt verband met Porin kaupunki. Dit gezegd zijnde, is meer dan 90 procent van de omzet van Porin Linjat Oy afkomstig van Porin Kaupunki en de gebruikers van diens openbare vervoersdiensten.
- 23 Porin Linjat Oy deelde mee dat zij zich aansloot bij het beroep van Porin kaupunki.
- 24 Lyttylän Liikenne Oy, die wegens de gunning van de opdracht beroep had ingesteld bij de Markkinaoikeus, voerde aan dat Porin Linjat Oy niet het grootste deel van haar activiteit tezamen met Porin kaupunki, die alle aandelen van de vennootschap houdt, uitoefent, zodat Porin Linjat Oy geen aan de stad gelieerde instelling is.

Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing

- 25 De verwijzende rechter stelt vast dat de samenwerking van de gemeenten in de regio Pori met betrekking tot de verlening van sociale en gezondheidsdiensten alsook openbare vervoersdiensten berust op het model van de verantwoordelijke gemeente.
- 26 In de zaak moet worden uitgelegd of kan worden aangenomen dat bij een op het model van de verantwoordelijke gemeente berustende intergemeentelijke samenwerking de door de verantwoordelijke gemeente gegunde opdrachten niet

onder de aanbestedingsplicht vallen indien de verantwoordelijke gemeente of de aan haar gelieerde instelling diensten verwerft ten behoeve van de inwoners van de gemeenten van het samenwerkingsgebied.

- 27 Op basis van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie kunnen drie soorten situaties worden onderscheiden waarin geen sprake is van een verplichting om een aanbesteding uit te schrijven. Ten eerste in het geval van een overdracht van bevoegdheden tussen overheidslichamen, ten tweede in het geval van een horizontale samenwerking tussen openbare aanbestedende diensten en ten derde in het geval van gunning aan een gelieerde onderneming. In deze zaak is een toetsing vanuit al deze oogpunten noodzakelijk.

Samenwerking ten behoeve van de organisatie van sociale en gezondheidsdiensten

- 28 In deze zaak is een verzoek om een prejudiciële beslissing ten eerste noodzakelijk omdat het niet duidelijk is of het bij de op het model van de verantwoordelijke gemeente berustende intergemeentelijke samenwerking ten behoeve van de organisatie van sociale en gezondheidsdiensten gaat om een bevoegdheidsoverdracht die niet is onderworpen aan de aanbestedingsregels, om een niet aan de aanbestedingsplicht onderworpen horizontale samenwerking of om een andere, derde situatie.
- 29 Volgens de verwijzende rechter moet worden uitgelegd of de regeling die berust op een samenwerkingsovereenkomst over sociale en gezondheidsdiensten, voldoet aan de voorwaarden van een bevoegdheidsoverdracht die niet onder de aanbestedingsrichtlijn van 2004 valt. Ook moet worden uitgelegd of de in zaak C-51/15 (Remondis) geformuleerde voorwaarden van een bevoegdheidsoverdracht zijn vervuld doordat de overheidsinstantie die de bevoegdheid heeft verkregen, deze ook zelfstandig en onder eigen verantwoordelijkheid uitoefent als het gaat om een op een intergemeentelijke overeenkomst gebaseerde overeenkomst als die welke in casu aan de orde is, waarbij de overige gemeenten de verantwoordelijkheid voor de organisatie van wettelijk voorgeschreven diensten hebben overgedragen aan de verantwoordelijke gemeente.
- 30 Mogelijkerwijs moet ook worden uitgelegd of een regeling die berust op een samenwerkingsovereenkomst tussen gemeenten betreffende sociale en gezondheidsdiensten, voldoet aan de voorwaarden van een toegestane samenwerking tussen openbare aanbestedende diensten. De verwijzende rechter acht het denkbaar dat de regeling die in casu aan de orde is, voldoet aan de vereisten voor een dergelijke samenwerking. De wettelijk voorgeschreven verantwoordelijkheid voor de organisatie van diensten – in dit geval de organisatie van vervoersdiensten voor personen met een beperking – blijft ook bij een samenwerkende gemeente berusten indien zij wordt uitgevoerd overeenkomstig een op het model van de verantwoordelijke gemeente gebaseerde intergemeentelijke regeling. Het gaat om diensten van algemeen belang, voor de

organisatie waarvan een wettelijke plicht bestaat ten aanzien van alle aan de regeling deelnemende gemeenten.

- 31 Indien de betrokken samenwerkingsovereenkomst wordt beschouwd als een bevoegdheidsoverdracht die niet onder de aanbestedingsrichtlijn van 2004 valt, blijft het onduidelijk of de overheidsinstantie waaraan de bevoegdheid werd overgedragen wordt beschouwd als een aanbestedende dienst, en of zij in haar positie als verantwoordelijke gemeente de litigieuze dienstenopdrachten ook zonder aanbesteding kan gunnen aan de instelling die aan haar is gelieerd indien, gesteld dat het instituut van verantwoordelijke gemeente niet bestond, het plaatsen van de dienstenopdrachten een eigen taak was van de gemeenten die hun bevoegdheden hebben overgedragen.
- 32 Indien wordt aangenomen dat het gaat om een horizontale samenwerking tussen openbare aanbestedende diensten die niet onder de aanbestedingsplicht valt, moet tevens worden uitgelegd of de gemeente die daarbij de positie van verantwoordelijke gemeente inneemt, bij de organisatie van diensten ten behoeve van de andere openbare aanbestedende diensten die aan de samenwerking deelnemen, gebruik kan maken van een aan haar gelieerde instelling, of is in dat geval sprake van het plaatsen van overheidsopdrachten waarvoor een oproep tot mededinging moet worden verzonden.
- 33 De verwijzende rechter is van mening dat het Hof zich in het arrest in zaak C-51/15 (Remondis) niet uitdrukkelijk heeft gebogen over de vraag of de na een bevoegdheidsoverdracht genomen maatregelen onder de aanbestedingsplicht overeenkomstig de wetsbepalingen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten vallen.
- 34 Indien het om een bevoegdheidsoverdracht gaat, kan de overheidsinstantie waaraan de bevoegdheden werden overgedragen, dat wil zeggen Porin kaupunki, volgens de verwijzende rechter ten aanzien van de hier aan de orde zijnde plaatsing van vervoersdiensten worden beschouwd als een aanbestedende dienst die de vervoersopdrachten voor het volledige samenwerkingsgebied zonder openbare aanbesteding zou kunnen gunnen aan de aan haar gelieerde instelling.
- 35 Indien het daarentegen gaat om een toegestane horizontale samenwerking, kunnen naar de mening van de verwijzende rechter de andere gemeenten binnen het samenwerkingsgebied voornoemde vervoersdiensten zonder aanbesteding aan Porin kaupunki gunnen, voor zover Porin kaupunki die diensten voor zichzelf en de andere gemeenten had aanbesteed of als een eigen activiteit had uitgevoerd. Daarentegen behoeft uitlegging of een bij de samenwerking betrokken aanbestedende dienst de dienstenopdrachten zonder aanbesteding kan gunnen aan een instelling die is gelieerd aan een andere openbare aanbestedende dienst die bij de samenwerking is betrokken, met dien verstande dat het samenwerkingsverband particuliere dienstverrichters niet mag bevoordelen ten opzichte van zijn concurrenten.

Samenwerking in verband met het regionaal vervoer en de positie van gelieerde instelling

- 36 Porin kaupunki heeft het vervoer van personen met een beperking niet als een eigen activiteit uitgevoerd; veeleer werden de transporten verzorgd door Porin Linjat Oy, een vennootschap die in juridisch opzicht losstaat van de stad, rechtspersoonlijkheid heeft en de stad als enige eigenaar heeft.
- 37 Porin kaupunki is de bevoegde instantie in de zin van de verordening openbaar personenvervoer en de wet openbaar personenvervoer; over de haar toevertrouwde taken en haar positie als verantwoordelijke gemeente werden afspraken gemaakt in de samenwerkingsovereenkomst tussen Porin kaupunki, de steden Harjavalta, Kokemäki en Ulvila alsook de gemeente Nakkila over het openbaar vervoer.
- 38 De overige gemeenten binnen voornoemd bevoegdheidsgebied oefenen geen zeggenschap over Porin Linjat Oy uit omdat zij geen aandelen in de vennootschap houden en ook anderszins niet op diens besluiten kunnen wegen. Bijgevolg is er geen reden om aan te nemen dat Porin Linjat Oy een gemeenschappelijke gelieerde instelling van de gemeenten van het bevoegdheidsgebied is.
- 39 Ten aanzien van het zeggenschaps criterium staat weliswaar vast dat Porin Linjat Oy een aan Porin kaupunki gelieerde instelling is, maar het blijft onduidelijk of voldaan is aan het criterium van de toerekening van de activiteit, alsook de vraag in hoeverre de activiteiten van Porin Linjat Oy in aanmerking moeten worden genomen bij de berekening van de met Porin kaupunki verband houdende omzet.
- 40 De verwijzende rechter heeft overwogen of Porin kaupunki, vanwege haar positie als voor het vervoer bevoegde instantie en als verantwoordelijke gemeente, als een openbare aanbestedende dienst moet worden aangemerkt daar zij, om het regionale vervoer in haar bevoegdheidsgebied te organiseren, dienstenopdrachten gunt. Porin kaupunki gunt beslist dienstenopdrachten in opdracht van de andere gemeenten, die een deel van de kosten van de gegunde dienstenopdrachten dragen. Indien Porin kaupunki ten aanzien van het totale regionaal vervoer zou worden beschouwd als een aanbestedende dienst, dan zou de omzet uit dat vervoer volgens de verwijzende rechter volledig in aanmerking moeten worden genomen bij de berekening van de met Porin kaupunki verband houdende omzet van Porin Linjat Oy.
- 41 Volgens een mededeling van Porin kaupunki is de vennootschap Porin Linjat Oy haar interne exploitant in de zin van de verordening openbaar personenvervoer, welke vennootschap na 2009 niet meer heeft deelgenomen aan aanbestedingen in vervoersaangelegenheden. Indien het door Porin Linjat Oy verzorgde regionale vervoer niet in aanmerking wordt genomen bij de berekening van de aan Porin kaupunki gerelateerde omzet, zou dat ertoe kunnen leiden dat Porin Linjat Oy waarschijnlijk geen voldoende grote omzet kan realiseren om aan de voorwaarden van een gelieerde instelling ten opzichte van Porin kaupunki te voldoen.

- 42 Voor zover de verwijzende rechter weet, heeft het Hof nog geen uitspraak gedaan in een geval waarin het, onder de omstandigheden als in de onderhavige zaak, standpunt heeft ingenomen over de toerekening van de activiteit van een instelling waarover een openbare aanbestedende dienst de zeggenschap heeft.

WERKDOCUMENT