

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

J. KOKOTT

van 1 maart 2005¹

I — Inleiding

1. Een van de centrale vragen in het recht inzake overheidsopdrachten betreft het onderscheid tussen aanbestedingsplichtige en niet-aanbestedingsplichtige opdrachten. Bijzonder actueel in dit verband is het probleem van de afbakening tussen aanbesteding en „inbesteding”, ook wel „in-house-opdrachten” genoemd.

2. Van *in-house-opdrachten in enge zin* is sprake wanneer een publiekrechtelijke instelling aan een van haar eigen diensten zonder rechtspersoonlijkheid een opdracht gunt. In *ruime zin* kunnen in-house-opdrachten echter ook bepaalde gevallen omvatten waarin aanbestedende diensten overeenkomsten sluiten met door hen gecontroleerde ondernemingen die wel rechtspersoonlijkheid bezitten. Terwijl in-house-opdrachten in enge zin in geen geval onder het recht inzake overheidsopdrachten vallen, aangezien het

gaat om zuiver interne administratieve handelingen², rijst bij in-house-opdrachten in ruime zin (soms ook quasi-in-house-opdrachten genoemd³) regelmatig het moeilijke probleem van de afbakening tussen aanbestedingsplichtige en niet-aanbestedingsplichtige opdrachten. Met deze problematiek is het Hof in de onderhavige zaak wederom⁴ belast.

3. De gemeente Brixen heeft zonder voorafgaande aanbestedingsprocedure het beheer van twee betaalde openbare parkeerplaatsen aan haar dochteronderneming Stadtwerke Brixen AG gegund. Daartegen verzet de particuliere onderneming Parking Brixen GmbH zich. Een Italiaanse rechtbank, het Verwaltungsgericht Autonome Sektion für die Provinz Bozen (hierna ook: „verwijzende rechter”), heeft het Hof twee prejudiciële vragen gesteld, die in wezen betrekking

2 — Arrest van 18 november 1999, Teckal (C-107/98, Jurispr. blz. I-8121, punten 49 en 50), met betrekking tot richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB L 199, blz. 1).

3 — Zie in dit verband punt 49 van de conclusie van advocaat-generaal Stix-Hackl van 23 september 2004 in de zaak Stadt Halle en RPL Lochau (arrest van 11 januari 2005, C-26/03, Jurispr. blz. I-1).

4 — Zie basisarrest Teckal, aangehaald in voetnoot 2. Pas onlangs, op 11 januari 2005, is arrest gewezen in de zaak Stadt Halle en RPL Lochau, aangehaald in voetnoot 3. Zie zaken Coname (C-231/03, arrest van 21 juli 2005, Jurispr. blz. I-7287), Commissie/Oostenrijk (C-29/04, arrest van 10 november 2005, Jurispr. blz. I-9705) en Saba Italia (216/04, momenteel nog aanhangig).

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

hebben op de afbakening tussen een concessieovereenkomst voor openbare diensten en overheidsopdrachten voor dienstverlening en tussen aanbestedingsplichtige externe gunningen en niet-aanbestedingsplichtige in-house-opdrachten.

a) wordt onder ‚overheidsopdrachten voor dienstverlening’ verstaan: schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel, die zijn gesloten tussen een dienstverlener enerzijds en een aanbestedende dienst anderzijds, [...]

b) worden als ‚aangebestede diensten’ beschouwd: de staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen.

II — Rechtskader

A — Gemeenschapsrecht

4. Het gemeenschapsrechtelijke kader wordt enerzijds gevormd door richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening⁵, en anderzijds door de artikelen 43 EG, 49 EG en 86 EG, lid 1, EG.

5. Artikel 1, sub a en b, van richtlijn 92/50 bepaalt met name:

„In de zin van deze richtlijn:

[...]”

6. Artikel 43 EG waarborgt de vrijheid van vestiging en artikel 49 EG het vrij verrichten van diensten. Volgens artikel 48, eerste zin, EG en artikel 55 EG worden voor de toepassing van deze twee fundamentele beginselen de vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en die hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Gemeenschap hebben, gelijkgesteld met de natuurlijke personen die onderdaan zijn van de lidstaten.

7. Ten slotte luiden de eerste twee leden van artikel 86 EG als volgt:

⁵ – PB L 209, blz. 1. Deze richtlijn werd ingetrokken en vervangen door 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 L 134, blz. 114). Richtlijn 92/50 blijft echter *ratione temporis* op het onderhavige geval van toepassing.

„1. De lidstaten nemen of handhaven met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of

uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel welke in strijd is met de regels van dit Verdrag, met name die bedoeld in de artikelen 12 en 81 tot en met 89.

2. De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van dit Verdrag, met name onder de mededingingsregels, voorzover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.”

B — *Nationaal recht*

8. In Italië staat artikel 115, lid 1, van Decreto legislativo⁶ nr. 267 van de president van de Republiek van 18 augustus 2000⁷ (hierna: „Decreto legislativo nr. 267/2000”) de gemeenten en andere territoriale lichamen toe om door een eenzijdige handeling hun eigen ondernemingen (ook „speciale ondernemingen” genoemd) in aandelenvennootschappen om te zetten. Deze vennootschappen behouden de rechten en plichten

6 — Wetsdecreet.

7 — Decreto legislativo nr. 267/2000 draagt de titel: „Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali” (gecodificeerde tekst van de wetgeving inzake de territoriale lichamen) en is gepubliceerd in GURI nr. 227 van 28 september 2000, gewoon supplement nr. 162.

zoals deze golden voor de omzetting en nemen alle activa en passiva over van de oorspronkelijke speciale ondernemingen. Het betrokken territoriale lichaam kan op grond van deze bepaling enig aandeelhouder van een dergelijke vennootschap blijven, maar niet langer dan twee jaar vanaf de omzetting.

9. De gecoördineerde tekst van de bepalingen houdende organisatie van de gemeenten van de autonome regio Trentino-Südtirol (hierna: „gemeentewet”) bepaalt in artikel 88, lid 6:

„De gemeenten bepalen bij reglement volgens welke procedures en criteria voor één van de navolgende organisatievormen van openbare diensten van economisch en commercieel belang wordt gekozen:

- a) oprichting van speciale ondernemingen;
- b) oprichting van of deelneming aan voor het beheer van openbare diensten geschikte aandelenvennootschappen of vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, waarin de plaatselijke overheden overwegende invloed hebben;

- c) gunning van het beheer van openbare diensten aan derden, waarbij in passende mededingingsprocedures voor hun selectie wordt voorzien. [...]”⁸

twee openbare parkeerplaatsen. Beide parkeerplaatsen behoren bij het gemeentelijk zwembad, waarvan de bouw en het beheer reeds tevoren, in 2000, aan Stadtwerke Brixen waren toegewezen. Zoals tijdens de terechtzitting is gebleken, worden deze parkeerplaatsen echter niet uitsluitend door bezoekers van het zwembad gebruikt.

10. Bovendien bepaalt artikel 88, lid 18, van de gemeentewet, dat de overeenkomstig lid 6 opgerichte vennootschappen — onder bepaalde, in lid 18 nader gedefinieerde voorwaarden — te allen tijde door de plaatselijke territoriale lichamen die in hen deelnemen kunnen worden belast met de verrichting van andere, met het doel van de vennootschap verenigbare openbare diensten.

12. Volgens de verwijzende rechter liggen deze parkeerplaatsen op twee verschillende percelen met de nummers 491/6 en 491/11.

III — Feitelijk kader

A — Feiten en hoofdgeding

11. De in Italië in de autonome regio Trentino-Südtirol gelegen gemeente Brixen belastte Stadtwerke Brixen AG in 2001 en 2002 — telkens zonder voorafgaande aanbestedingsprocedure — met het beheer van

13. Voor perceel 491/11 heeft de gemeente Stadtwerke Brixen AG in december 2001 een recht van opstal op de grond en de ondergrond verleend voor de bouw van parkeerplaatsen.⁹ In afwachting van de uitvoering van dit project is daar eerst een tijdelijke bovengrondse parkeerplaats aangelegd. Daartoe is het terrein (tot dat moment een voetbalveld) tijdelijk verhard en omgevormd tot een parkeerplaats voor ongeveer 200 voertuigen.

14. Om extra parkeerruimte te creëren, is in november 2002 voor een periode van negen jaar ook het beheer van de bovengrondse parkeerplaats op perceel 491/6 daarnaast aan

⁸ — Deze bepaling vloeit voort uit artikel 44 van Regionalgesetz nr. 1 van 4 januari 1993 (*Amtsblatt Autonome Region Trentino-Südtirol* nr. 3 van 19 januari 1993, gewoon supplement nr. 1), gewijzigd bij artikel 10 van Regionalgesetz nr. 10 van 23 oktober 1998 (*Amtsblatt Autonome Region Trentino-Südtirol* nr. 45 van 27 oktober 1998, supplement nr. 2).

⁹ — Besluit van de gemeenteraad nr. 118 van 18 december 2001.

Stadtwerke Brixen AG gegund.¹⁰ Deze parkeerplaats, die eveneens plaats biedt aan ongeveer 200 voertuigen, werd voorheen meer dan 10 jaar rechtstreeks door de gemeente Brixen beheerd.

15. Voor het gebruik van laatstgenoemde, op perceel 491/6 gelegen parkeerplaats, mag Stadtwerke Brixen AG overeenkomstig een met de gemeente Brixen op 19 december 2002 gesloten overeenkomst aan de gebruikers een vergoeding vragen. In ruil heeft zij zich ertoe verbonden om de gemeente een jaarlijkse vergoeding van 151 700 EUR te betalen, die in geval van een stijging van het parkeertarief evenredig toeneemt.¹¹ Daarnaast heeft Stadtwerke Brixen AG ook het voorheen bij de gemeente Brixen werkzame personeel van deze parkeerplaats overgenomen, heeft zij zich verplicht tot het gewone en het buitengewone onderhoud van het terrein en heeft zij hiervoor alle aansprakelijkheid op zich genomen. Verder heeft Stadtwerke Brixen AG zich bereid verklaard de verhuur van fietsen op de parkeerplaats voort te zetten en ook om daar de weekmarkt zoals voorheen toe te staan.

16. Volgens de verwijzende rechter is daarentegen geen overeenkomst gesloten betref-

fende het gebruik van de bovengrondse parkeerplaats op perceel 491/11.

17. Deze gunning van het beheer van de parkeerplaats aan Stadtwerke Brixen AG wordt aangevochten door Parking Brixen GmbH, die reeds op een andere plek in Brixen een parkeergarage beheert, en eveneens in het beheer van beide hier in het geding zijnde parkeerplaatsen is geïnteresseerd. Op 17 januari 2003 heeft zij bij de verwijzende rechter beroep ingesteld tot nietigverklaring van de gunningsbesluiten.

B — Aanvullende inlichtingen over Stadtwerke Brixen AG en over het vroegere gemeentebedrijf

18. Stadtwerke Brixen AG is rechtsopvolgster van Stadtwerke Brixen, een vroegere eigen onderneming (ook „speciale onderneming” genoemd) van de gemeente Brixen. Deze onderneming, die reeds sinds 1 januari 1999 rechtspersoonlijkheid had en zelfstandig zaken kon doen, werd in oktober 2001 door de gemeente op grond van artikel 115 van Decreto legislativo 267/2000 in een aandelenvennootschap, Stadtwerke Brixen AG, omgezet.¹²

10 — Besluit van de gemeenteraad nr. 107 van 28 november 2002.

11 — Volgens de verwijzingsbeschikking leidt een verhoging van het parkeertarief tot een verhoging van de jaarlijkse vergoeding „ten belope van 80 % van de overeenkomstige procentuele prijsstijging”.

12 — Besluit nr. 97 van de gemeenteraad van 25 oktober 2001.

19. De activiteiten van Stadtwerke Brixen AG worden opgesomd in artikel 4 van de statuten; op grond daarvan mag zij zowel op plaatselijk, nationaal als internationaal niveau diensten van algemeen economisch belang in de ruimste zin van het woord verrichten, met name op het gebied van de watervoorziening en -afvoer, de verwarming en de energievoorziening, de wegenbouw, de afvalverwijdering, het personen- en goederenvervoer, alsmede de informatica en de telecommunicatie. Ook het beheer van parkeerplaatsen en parkeergarages met de bijbehorende werkzaamheden behoort tot haar taken.

20. Ten tijde van de overdracht van het beheer van de twee parkeerplaatsen en ook daarna was de gemeente Brixen enig aandeelhouder van Stadtwerke Brixen AG. Artikel 5, lid 2, van de statuten van Stadtwerke Brixen AG bepaalt dat de deelneming van de gemeente Brixen in het maatschappelijk kapitaal in geen geval minder mag bedragen dan de absolute meerderheid van de gewone aandelen.

21. Volgens artikel 17 van de statuten wordt Stadtwerke Brixen AG bestuurd door een raad van bestuur die uit drie tot zeven leden bestaat en door de aandeelhoudersvergadering wordt benoemd, waarbij de gemeente Brixen¹³ in elk geval de mogelijkheid heeft de meerderheid van de leden van de raad van bestuur te benoemen. Volgens artikel 18 van de statuten is de raad van bestuur bevoegd voor het gewone bestuur van de vennoot-

schap; deze bevoegdheid is echter aan meerdere beperkingen onderhevig en in het bijzonder in bepaalde gevallen beperkt tot het verrichten van rechtshandelingen tot een waarde van 5 000 000 euro per transactie. Daarnaast is er volgens artikel 24 van de statuten een raad van commissarissen die uit drie leden en twee plaatsvervangende leden bestaat, van wie ten minste twee leden en een plaatsvervangend lid door de gemeente Brixen worden benoemd.

22. De vroegere speciale onderneming Stadtwerke Brixen had materieel soortgelijke taken als de huidige onderneming Stadtwerke Brixen AG; deze waren echter beperkt tot het gebied waarover de gemeente bevoegd is en tot intercommunale samenwerking met andere ondernemingen. Haar taken omvatten reeds het beheer van parkeerplaatsen en parkeergarages, maar bijvoorbeeld nog niet informatica en telecommunicatie. De raad van bestuur van Stadtwerke werd indertijd door de gemeenteraad gekozen en was bij zijn werkzaamheden onderworpen aan de door de gemeenteraad voorgeschreven regels.

IV — Verzoek om een prejudiciële beslissing en procedure voor het Hof

23. Bij beschikking van 23 juli 2003 heeft de verwijzende rechter de behandeling van de zaak geschorst en het Hof twee prejudiciële

¹³ — Zoals tijdens de terechtzitting is gebleken, is de gemeenteraad bevoegd.

vragen gesteld. Met deze prejudiciële vragen, in de inleiding waarvan ook naar de artikelen 43 EG en volgende, 49 EG en volgende en 86 EG wordt verwezen, wenst hij het volgende te vernemen:

- „1) Betreft de gunning van het beheer van de in geding zijnde betaalde openbare parkeerplaatsen een overheidsopdracht voor dienstverlening in de zin van richtlijn 92/50 of een concessieovereenkomst voor openbare diensten waarop de communautaire mededingingsregels, in het bijzonder de verplichting van gelijke behandeling en transparantie, moeten worden toegepast?
- 2) Indien het daadwerkelijk om een concessieovereenkomst voor diensten betreffende het beheer van een plaatselijke openbare dienst gaat, is dan de gunning van het beheer van betaalde openbare parkeerplaatsen, die krachtens artikel 44, lid 6, sub b, van Regionalgesetz nr. 1 van 4 januari 1993, gewijzigd bij artikel 10 van Regionalgesetz nr. 10 van 23 januari 1998, en krachtens artikel 88, lid 6, sub a en b, van de gemeentewet zonder openbare inschrijvingsprocedure kan plaatsvinden, verenigbaar met het gemeenschapsrecht, in het bijzonder met de beginselen van vrijheid van dienstverrichting en vrijheid van mededinging, met het discriminatieverbod en de daaruit voortvloeiende verplichtingen van gelijke behandeling en transparantie, alsmede met het evenredigheidsbeginsel, wanneer het gaat om een aandelenvennootschap die krachtens artikel 115 van Decreto legislativo nr. 267/2000 door omzetting van een speciale onder-

neming van de gemeente is ontstaan, waarvan het maatschappelijk kapitaal op het tijdstip van de gunning voor 100 % eigendom van de gemeente zelf is, maar waarvan de raad van bestuur beschikt over alle bevoegdheden voor het verrichten van gewone bestuurs-handelingen tot een waarde van 5 miljoen euro per transactie?”

24. Bij brief van 16 december 2004 heeft de griffie van het Hof partijen meegedeeld dat op 11 januari 2005 het arrest Stadt Halle en RPL Lochau¹⁴ zou worden gewezen, om hen de gelegenheid te geven op 13 januari 2005 tijdens de terechtzitting in de onderhavige zaak hun standpunt over dat arrest te bepalen.

25. In de procedure voor het Hof hebben Parking Brixen AG, Stadtwerke Brixen AG, de gemeente Brixen, de Italiaanse regering, de Oostenrijkse regering en de Commissie schriftelijke en mondelinge opmerkingen ingediend. De Nederlandse regering heeft ter terechtzitting stelling genomen.

V — Juridische beoordeling

26. Het verzoek om een prejudiciële beslissing beoogt in wezen duidelijk te maken, of het gemeenschapsrecht eisen stelt aan transacties tussen aanbestedende diensten en hun

¹⁴ — Aangehaald (voetnoot 4).

dochterondernemingen en, zo ja, welke; hierop heeft de tweede vraag van de verwijzende rechter betrekking. Vooraf moet echter bij het onderzoek van de eerste prejudiciële vraag worden nagegaan uit welke communautaire bepalingen eventuele vereisten zijn af te leiden — uit richtlijn 92/50 of uit algemene, in het EG-Verdrag opgenomen rechtsbeginselen; daarvoor is het noodzakelijk om een grens te trekken tussen overheidsopdrachten voor dienstverlening en concessieovereenkomsten voor openbare diensten.

A — *De eerste vraag: afbakening tussen overheidsopdrachten voor dienstverlening en concessieovereenkomsten voor diensten*

27. Met de eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen, of er sprake is van een overheidsopdracht voor dienstverlening in de zin van richtlijn 92/50 of juist van een concessieovereenkomst voor diensten, indien een aanbestedende dienst een ondernemer met het beheer van een openbare parkeerplaats belast, deze ondernemer voor het gebruik van de parkeerplaats parkeergeld mag innen en zich in ruil daarvoor ertoe verplicht om de gemeente een jaarlijkse vergoeding te betalen.

28. Voor de beantwoording van deze vraag is nog helemaal niet de aan het begin genoemde afbakening vereist tussen gunnin-

gen aan derden, waarbij de aanbesteding verplicht is, en in-house-opdrachten¹⁵, waarbij deze niet verplicht is. Op deze plaats is het voldoende om na te gaan of het loutere *voorwerp* van een transactie zoals zij in het onderhavige geval tussen de gemeente Brixen en Stadtwerke Brixen AG tot stand is gekomen, eigenlijk wel onder richtlijn 92/50 kan vallen. Dit moet bevestigend worden beantwoord indien sprake is van een overheidsopdracht voor *dienstverlening*, en ontkenkend indien een *concessieovereenkomst voor diensten* is gesloten. Volgens de rechtspraak van het Hof, die aanvankelijk met betrekking tot de zogenaamde sectorenrichtlijn 93/38¹⁶ werd ontwikkeld en vervolgens werd uitgebreid tot dienstenrichtlijn 92/50, zijn dergelijke concessies immers geen *schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel* in de zin van beide richtlijnen¹⁷, zelfs niet wanneer zij betrekking hebben op de in de betrokken richtlijnen vermelde sectoren. Dit blijkt overigens ook a contrario uit de toekomstig geldende richtlijn 2004/18, waarin concessieovereenkomsten voor diensten voor de eerste keer expliciet worden genoemd.¹⁸

29. De *concessieovereenkomst voor diensten* onderscheidt zich hierdoor van de *overheidsopdracht voor dienstverlening* dat de verstrekker van de betrokken dienst als tegen-

15 — Zie in dit verband punten 1 en 2 van deze conclusie.

16 — Richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 199, blz. 84), intussen ingetrokken en vervangen door richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB L 134, blz. 1).

17 — Zie inzake artikel 1, sub a, van richtlijn 92/50, beschikking van 30 mei 2022, Buchhändler-Vereinigung (C-358/00, Jurispr. blz. 1 4685, punten 29 en 30); zie inzake artikel 1, lid 4, van richtlijn 93/38, arrest van 7 december 2000, Teleustria en Telefonadress (C-324/98, Jurispr. blz. 1-10745, punten 57 en 58).

18 — Artikel 1, lid 4, van richtlijn 2004/18.

prestatie hiervoor van de aanbestedende dienst *het recht verkrijgt om haar eigen prestatie te exploiteren*.¹⁹

30. Zoals de Commissie, de Oostenrijkse regering en de Italiaanse regering terecht opmerken, draagt bij een *concessieovereenkomst voor diensten* de ondernemer de risico's die verbonden zijn aan de desbetreffende dienst en ontvangt hij zijn vergoeding — minstens gedeeltelijk — van de gebruiker van de dienst, bijvoorbeeld door de betaling van een vergoeding.²⁰ Er is dus sprake van een driehoeksverhouding tussen de aanbestedende dienst, de verlener van de dienst en de gebruiker ervan. Daarentegen leidt een *overheidsopdracht voor dienstverlening* tot een louter bilaterale rechtsbetrekking, waarbij de vergoeding voor de verrichte dienst wordt betaald door de aanbestedende dienst zelf, die overigens ook het zakelijke risico draagt.

31. Volgens de hier bekende feiten bestaat de tegenprestatie die de gemeente Brixen aan Stadtwerke Brixen AG voor het beheer van de parkeerplaats op perceel 491/6 levert, uitsluitend in de verlening van toestemming aan laatstgenoemde om van de gebruikers van de parkeerplaats een gebruiksvergoeding

te heffen. Economisch gezien kan Stadtwerke Brixen AG op deze wijze de vruchten plukken van de door haar geleverde prestaties, dat wil zeggen, van het beheer en het onderhoud van de parkeerplaats. Tegelijkertijd draagt zij echter ook het economische risico van de exploitatie van de parkeerplaats, aangezien zij van de ontvangen gebruiksvergoeding niet alleen de lopende kosten, maar ook het onderhoud van de parkeerplaatsen en de aan de gemeente verschuldigde jaarlijkse vergoeding moet betalen. Dit pleit tegen het bestaan van een overheidsopdracht voor dienstverlening en voor het bestaan van een concessieovereenkomst voor diensten.

32. Of hetzelfde ook voor de parkeerplaats op perceel 491/11 geldt, kan op grond van de beschikbare informatie niet definitief worden uitgemaakt. Het staat evenwel niet aan het Hof, maar aan de verwijzende rechter om de door het gemeenschapsrecht vastgestelde criteria op de feiten van het hoofdgeding toe te passen.²¹ Deze rechter moet in het bijzonder uitmaken of de tegenprestatie die de gemeente Brixen aan Stadtwerke Brixen AG voor het beheer van de parkeerplaats levert, bestaat in het verlenen van toestemming voor de heffing van een gebruiksvergoeding van de gebruikers van de parkeerplaats.

19 — Arrest Telaustria en Telefonadress, punt 58, tweede streepje, en beschikking Buchhändler-Vereinigung, punt 27, beide aangehaald in voetnoot 17. Zie in dezelfde zin ook de in de toekomst toepasselijke definitie in artikel 1, lid 4, van richtlijn 2004/18.

20 — In dit verband verwijst de Commissie naar haar interpretatieve mededeling over concessieovereenkomsten in het communautaire recht (PB 2000, C 121, blz. 2, in het bijzonder punt 2.2).

21 — Zie in dit verband onder andere arrest van 16 juli 1998, Dumon en Froment (C-235/95, Jurispr. blz. I-4531, punt 25); zie in dezelfde zin ook arrest Telaustria en Telefonadress, aangehaald in voetnoot 17, punt 63.

33. Alles bij elkaar genomen ben ik het in ieder geval met Parking Brixen GmbH, de Oostenrijkse regering en de Italiaanse regering, alsmede met de Commissie eens²², dat er geen sprake is van een overheidsopdracht voor dienstverlening in de zin van richtlijn 92/50, maar van een niet onder deze richtlijn vallende concessieovereenkomst voor diensten, wanneer een aanbestedende dienst een ondernemer met het beheer van een openbare parkeerplaats belast en deze ondernemer voor het gebruik van de parkeerplaats een vergoeding mag heffen, en zich in ruil hiervoor ertoe verplicht om de aanbestedende dienst een jaarlijkse vergoeding te betalen.

B — De tweede vraag: gemeenschapsrechtelijke vereisten voor de gunning van concessieovereenkomsten voor diensten aan dochterondernemingen van aanbestedende diensten

34. Met de tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen, onder welke voorwaarden een aanbestedende dienst aan een van zijn dochterondernemingen zonder voorafgaande aanbestedingsprocedure een concessieovereenkomst voor diensten, zoals het in het hoofdgeding aan de orde zijnde beheer van betaalde openbare parkeerplaatsen, mag gunnen.

22 — De andere deelnemers aan de procedure hebben zich niet nader uitgelaten over de hier besproken problematiek. De gemeente Brixen en Stadtwerke Brixen AG ontkennen dat er sprake is van een concessieovereenkomst voor diensten, omdat Stadtwerke Brixen AG geen derde is ten opzichte van de gemeente Brixen.

1. Het gemeenschapsrechtelijk discriminatieverbod en de verplichting tot transparantie gelden ook buiten de werkingssfeer van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten

35. Anders dan de Nederlandse regering stelt, is in de rechtspraak reeds geoordeeld dat aanbestedende diensten ook buiten de werkingssfeer van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten²³ onderworpen zijn aan gemeenschapsrechtelijke verplichtingen die voortvloeien uit de basisregels van het EG-Verdrag, met name uit de fundamentele vrijheden²⁴ en het daarin vervatte discriminatieverbod.²⁵

36. Het discriminatieverbod houdt een verplichting tot transparantie in. Alleen wanneer de gunning van een opdracht of een concessie transparant verloopt, kan immers worden vastgesteld of in een concreet geval het discriminatieverbod is nageleefd, of dat

23 — Zie met betrekking tot de niet-toepasselijkheid van richtlijn 92/50 in een geval als het onderhavige, mijn uiteenzetting in verband met de eerste vraag (punten 27-33 van deze conclusie).

24 — In een geval als het onderhavige kunnen het vrij verrichten van diensten (artikel 49 EG) en — voorzover een buitenlandse inschrijver voornemens is om zich met het oog op het beheer van de parkeerplaatsen in Italië te vestigen — ook de vrijheid van vestiging (artikel 43 EG) van betekenis zijn.

25 — Zie in dit verband, voor het bijzondere geval van een concessieovereenkomst voor diensten, arrest Telaustria en Telefonadress, aangehaald in voetnoot 17, punt 60; zie ook arrest van 23 januari 2003, Makedoniko Metro en Michaniki (C-57/01, Jurispr. blz. I-1091, punt 69); beschikking van 3 december 2001, Vestergaard (C-59/00, Jurispr. blz. I-9505, punten 20 en 21), en in dezelfde zin, arrest van 18 juni 2002, HI (C-92/00, Jurispr. blz. I-5553, punt 47).

daarentegen het besluit ten gunste of ten nadele van een bepaalde gegadigde willekeurig is genomen.²⁶

37. Dit betekent geenszins dat de gevolgdte procedure tot in de details vergelijkbaar moet zijn met die van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten. Zoals het Hof in het arrest *Telaustria en Telefonadress* heeft geoordeeld, houdt de op de aanbestedende dienst rustende verplichting tot transparantie wel in „dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst”.²⁷

38. Ik merk louter terzijde op dat *Stadtwerke Brixen AG* in dit verband tegenwerpt dat de artikelen 43 EG en volgende helemaal niet van toepassing zijn op het onderhavige geval, omdat in de situatie van het hoofdeding een grensoverschrijdend element ontbreekt. Alle partijen in het hoofdeding zijn gevestigd in Italië.

39. De fundamentele vrijheden zijn echter weliswaar niet op louter binnenlandse situ-

aties van toepassing²⁸, maar, zoals de Commissie, *Parking Brixen GmbH* en de Oostenrijkse regering terecht hebben opgemerkt, raakt een mogelijke schending van de verplichting tot transparantie bij de gunning van overheidsopdrachten niet alleen binnenlandse ondernemingen zoals *Parking Brixen GmbH*, maar ook alle andere potentiële gegadigden, met inbegrip van alle mogelijke inschrijvers uit andere lidstaten.²⁹ Een eventueel gebrek aan openbaarheid tast dus steeds tegelijkertijd de fundamentele vrijheden van potentiële gegadigden uit andere lidstaten aan.

2. Mogelijke uitzondering voor transacties met eigen dochterondernemingen: de *Tecal*-rechtspraak

40. De vraag blijft evenwel, of een aanbestedende dienst niet vrijgesteld kan zijn van de beschreven gemeenschapsrechtelijke vereisten, wanneer hij werkzaamheden laat verrichten door diensten waarop hij zelf toezicht uitoefent.

28 — Vaste rechtspraak; zie laatstelijk arrest van 16 december 2004, *My* (C-293/03, Jurispr. blz. I-12013, punt 40). Zie in het bijzonder met betrekking tot de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten reeds het arrest van 7 februari 1979, *Knooks* (115/78, blz. 399, punt 24, eerste zin).

29 — Zie ook arrest van 25 april 1996, *Commissie/België* (C-87/94, Jurispr. blz. I-2043, punt 33), volgens hetwelk in andere lidstaten gevestigde ondernemingen door de gunning van een opdracht rechtstreeks of indirect kunnen worden geraakt. Bijgevolg moeten de aan de gunningsprocedure gestelde eisen in acht worden genomen, ongeacht de nationaliteit of de plaats van vestiging van de inschrijvers. Deze overweging is niet alleen van toepassing op de eisen die worden gesteld door de richtlijnen inzake overheidsopdrachten, maar kan ook worden toegepast op gevallen als het onderhavige, waarin algemene beginselen van het gemeenschapsrecht moeten worden toegepast.

26 — Arrest *Telaustria en Telefonadress*, aangehaald in voetnoot 17, punt 61; arrest *HL*, aangehaald in voetnoot 25, punt 45, en arrest van 18 november 1999, *Unitron Scandinavia en 3-S* (C-275/98, Jurispr. blz. I-8291, punt 31).

27 — Aangehaald in voetnoot 17, punt 62.

41. Is de aanbestedende dienst voornemens om hiertoe een organisatorisch zelfstandige openbare onderneming in te schakelen, namelijk een van haar dochterondernemingen, dan lijkt het antwoord op het eerste gezicht voor de hand te liggen: volgens het beginsel van gelijke behandeling van particuliere en openbare ondernemingen, dat met name tot uitdrukking komt in artikel 86, lid 1, EG, mogen openbare ondernemingen — behoudens de in artikel 86, lid 2, EG opgenomen uitzonderingen — niet beter worden behandeld dan de particuliere concurrenten. Een aanbestedende dienst mag dus niet zonder meer een onderneming waarop hij zelf toezicht uitoefent met de verrichting van diensten belasten, zonder eerst ten minste andere mogelijke gegadigden in overweging te nemen en met dit doel een transparante selectieprocedure te volgen.

42. Anderzijds staat het de overheid natuurlijk ook vrij om de aan haar opgedragen taken helemaal *met eigen middelen*, dat wil zeggen intern, te vervullen, zonder enige toelucht te nemen tot diensten van juridisch zelfstandige — openbare of particuliere — ondernemingen. In dat geval is zij ook niet onderworpen aan de verplichtingen die voortvloeien uit het aanbestedingsrecht³⁰ en uit artikel 86 EG.

43. Zoals aan het begin reeds gezegd, zorgt de afbakening tussen dergelijke in-house-opdrachten en externe gunningsprocedures niet zelden in individuele gevallen voor moeilijkheden. Hierover heeft het Hof in zijn arrest Teckal³¹ — in verband met

richtlijn 93/36 — een principieel standpunt ingenomen. Uit dat arrest kan worden afgeleid, dat het aanbestedingsrecht in beginsel wordt toegepast zodra er *een overeenkomst tussen twee afzonderlijke personen*³² is gesloten, zodra er dus een *overeenkomst* bestaat.

44. Het antwoord op de vraag of het aanbestedingsrecht van toepassing is, hangt echter niet alleen af van formele criteria, maar ook van een inhoudelijke evaluatie. Zelfs wanneer beide partijen bij een rechtshandeling formeel eigen rechtspersoonlijkheid hebben, kan de tussen hen tot stand gebrachte transactie immers toch bij wijze van uitzondering met een interne opdracht gelijkgesteld worden, namelijk wanneer de twee volgende door de rechtspraak ontwikkelde cumulatieve criteria zijn vervuld³³:

- de aanbestedende dienst³⁴ moet op zijn handelspartner³⁵ toezicht uitoefenen zoals op zijn eigen diensten (*eerste Teckal-criterium*), en

32 — Wat betreft de personele werkingsfeer, is het noodzakelijk, maar ook voldoende, dat een van de contractanten een aanbestedende dienst is [arresten Teckal, aangehaald in voetnoot 2, punt 42, tweede zin, en Stadt Halle en RPI. Lochau, aangehaald in voetnoot 4, punt 47; zie ook arrest van 7 december 2000, ARGE (C-94/99, Jurispr. blz. I-11037, punt 40)].

33 — De criteria, zoals zij oorspronkelijk zijn geformuleerd, zijn te vinden in punt 50, tweede zin, van het arrest Teckal, aangehaald in voetnoot 2, en worden ook genoemd in het arrest van 13 januari 2005, Commissie/Spanje (C-84/03, Jurispr. blz. I 139, punt 38). In het arrest Stadt Halle en RPI. Lochau, aangehaald in voetnoot 4, punt 49, tweede zin, worden deze criteria ook gebruikt, maar ietwat anders geformuleerd. De bespreking hierna is gebaseerd op laatstgenoemde formulering, voorzover niet anders is aangegeven.

34 — Het arrest Stadt Halle en RPI. Lochau gebruikt de omslachtige formulering „overheidsorgaan, dat een aanbestedende dienst is”, het arrest Teckal spreekt — overeenkomstig de feiten in die zaak — over een „territoriaal lichaam”.

35 — De handelspartner wordt in het arrest Teckal letterlijk aangeduid als „betrokken persoon” en in het arrest Stadt Halle en RPI. Lochau als „betrokken onderscheiden lichaam”.

30 — Arrest Stadt Halle en RPI. Lochau, aangehaald in voetnoot 4, punt 48.

31 — Aangehaald in voetnoot 2, punten 46, 49 en 50.

— deze handelspartner moet van zijn kant het merendeel van zijn werkzaamheden verrichten ten behoeve van³⁶ de aanbestedende dienst of diensten die hem beheersen (*tweede Teckal-criterium*).

transparantie. Anders zou de absurde situatie ontstaan dat aanbestedende diensten die *buiten* de werkingssfeer van de richtlijnen vallen, aan strengere vereisten zouden moeten voldoen dan wanneer zij eronder vielen, namelijk aan een *zonder uitzondering* geldende verplichting tot het verzekeren van transparantie en openbaarheid.

45. Inmiddels heeft het Hof deze rechtspraak niet alleen op richtlijn 93/36 toegepast, maar ook op de richtlijnen 92/50 en 93/37.^{37 38}

47. Bovendien moet er rekening mee worden gehouden dat de richtlijnen inzake overheidsopdrachten van hun kant dienen om de fundamentele regels van het EG-Verdrag te verwezenlijken, zoals zij in het bijzonder uit de fundamentele vrijheden voortvloeien.⁴⁰ Uitzonderingen op de richtlijnen zijn dus uiteindelijk uitzonderingen op die beginselen. Ook dit pleit ervoor om de Teckal-rechtspraak toe te passen op gevallen waarin het discriminatieverbod en de verplichting tot transparantie direct uit de fundamentele vrijheden voortvloeien zonder eerst door de richtlijnen inzake overheidsopdrachten te zijn gepreciseerd.

46. De Teckal-criteria kunnen eveneens op gevallen als het onderhavige, die onder geen van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, worden toegepast.³⁹ Als immers deze richtlijnen, die gedetailleerde vereisten aan de aanbestedingsprocedure stellen, al uitzonderingen voor in-house-opdrachten toestaan, dan moet dit zeker ook gelden indien minder gedetailleerde procedurevereisten worden gesteld, dat wil zeggen louter algemene vereisten die voortvloeien uit het discriminatieverbod en de verplichting tot

48. Of in een concreet geval als het onderhavige aan beide Teckal-criteria kan zijn voldaan, zodat de aanbestedende dienst vrijgesteld is van de vereisten van het gemeenschapsrecht, zoals de gemeente Brixen, Stadwerke Brixen AG en de Italiaanse regering

36 — Voetnoot niet relevant voor de Nederlandse vertaling.

37 — Richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 199, blz. 54), intussen ingetrokken en vervangen door richtlijn 2004/18.

38 — Zie met betrekking tot richtlijn 92/50 arrest Stadt Halle en RPL Lochau, aangehaald in voetnoot 4, punten 47 en 49; een toespeling hierop wordt overigens reeds gemaakt in het arrest ARGE, aangehaald in voetnoot 32, punt 40. Zie met betrekking tot richtlijn 93/37 arrest Commissie/Spanje, aangehaald in voetnoot 33, punt 39.

39 — Zie met betrekking tot de toepasselijkheid van richtlijn 92/50 in een geval als het onderhavige de bespreking van de eerste vraag (punten 27-33 van deze conclusie).

40 — Zie in dit verband bijvoorbeeld de zesde overweging van de considerans van richtlijn 92/50 en de tweede overweging van de considerans van richtlijn 2004/18, alsmede arresten van 3 oktober 2000, University of Cambridge (C-380/98, Jurispr. blz. I-8035, punt 16), en 12 december 2002, Universale-Bau e.a. (C-470/99, Jurispr. blz. I-11617, punt 51). Zie ook de punten 35-37 van deze conclusie.

stellen, is echter afhankelijk van een totale beoordeling van alle omstandigheden van het geval.

a) Eerste Teckal-criterium: toezicht zoals op de eigen diensten

49. Volgens het eerste Teckal-criterium vereist de gelijkstelling met interne opdrachten, dat de aanbestedende dienst op zijn handelspartner toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten.

50. Of dit in het geval van een onderneming als Stadtwerke Brixen AG bevestigd kan worden, wordt door de Commissie om twee redenen betwijfeld. Ten eerste moet het kapitaal van Stadtwerke Brixen AG in de toekomst krachtens wettelijke verplichtingen mogelijkerwijs voor deelneming van derden worden opengesteld, en ten tweede kunnen de organen van deze aandelenvennootschap de lopende zaken in hoge mate zelfstandig beheren. Het tweede aspect is ook ter sprake gebracht door Parking Brixen GmbH en de Oostenrijkse regering.

i) De uitsluiting van toezicht zoals op de eigen diensten bij deelneming van particulieren

51. Uitgangspunt voor de overwegingen moet het recente arrest in de zaak Stadt Halle en RPL Lochau zijn. Hierin heeft het Hof het eerste Teckal-criterium in die zin

gepreciseerd, dat bij elke deelneming van particulieren, zelfs in geval van een loutere minderheidsdeelneming, *toezicht zoals op de eigen diensten* is uitgesloten.⁴¹

52. Deze precisering laat zien, dat de rechtspraak met het criterium van het toezicht *zoals op de eigen diensten* een strengere maatstaf aanlegt dan, bijvoorbeeld, in het mededingingsrecht gebruikelijk is. Het feit dat de aanbestedende dienst een meerderheidsdeelneming in het kapitaal van zijn dochteronderneming heeft, dat hij de meerderheid van de stemrechten uitoefent en de meerderheid van de vertegenwoordigers in de organen van deze onderneming levert, al deze elementen samen kunnen — evenals eventuele overeenkomsten tussen de aandeelhouders — de conclusie rechtvaardigen dat er sprake is van controle in de zin van het mededingingsrecht⁴², en de dochteronderneming tot een openbare onderneming in de zin van artikel 86, lid 1, EG maken⁴³; voor het aannemen van een verdergaand toezicht *zoals op de eigen diensten* volstaan dergelijke aanknopingspunten echter niet.

53. Alleen al het feit dat er sprake is van een particuliere derde, zij het dat deze slechts over een minderheidsbelang zonder veto-rechten beschikt, belet namelijk dat de

41 — Arrest aangehaald in voetnoot 4, punten 49 en 52.

42 — Zie dienaangaande bijvoorbeeld — in verband met het begrip controle bij concentraties van ondernemingen — de punten 13, 14 en 18 e.v. van de mededeling van de Commissie betreffende het begrip concentratie in verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 1998, C 66, blz. 5).

43 — Zie ook artikel 2 van richtlijn 80/723/EEG van de Commissie van 25 juni 1980 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen (PB L 195, blz. 35), zoals laatstelijk gewijzigd bij richtlijn 2000/52/EG van de Commissie van 26 juli 2000 (PB L 193, blz. 75).

aanbestedende dienst toezicht *zoals op zijn eigen diensten* kan uitoefenen. De aanwezigheid van een particuliere derde vooronderstelt altijd dat zijn economische belangen minstens enigszins door de overheid in acht worden genomen — alleen dan zal een particuliere derde namelijk zijn knowhow of zijn kapitaal aan de overheid ter beschikking stellen. Indien dus een particuliere derde — eventueel na een openbare inschrijvingsprocedure — deelneemt in een onderneming, kan de inachtneming van zijn economische belangen de overheid ervan afhouden haar publiekrechtelijke belangen volledig te verwezenlijken, hoewel dit in zuiver juridische zin wel mogelijk blijft. Door deze verbondenheid tussen het algemeen belang en particuliere belangen onderscheiden zogenaamde gemengde ondernemingen zich wezenlijk van louter administratieve diensten.⁴⁴

54. Aangezien gemengde ondernemingen dus *niet* zoals eigen diensten door de overheid gecontroleerd kunnen worden, zijn alle rechtshandelingen van aanbestedende diensten en hun gemengde dochterondernemingen in beginsel onderworpen aan de voorschriften van het recht inzake overheidsopdrachten, met name aan het discriminatieverbod en de verplichting tot transparantie.

ii) De toekomstige openstelling van het maatschappelijk kapitaal voor deelneming van derden

55. Stadtwerke Brixen AG was ten tijde van de overname van het beheer van beide parkeerplaatsen en ook daarna *niet* een dergelijke gemengde onderneming, maar een 100 %-dochteronderneming van de gemeente Brixen. De gemeente diende haar positie als enig aandeelhoudster echter uiterlijk twee jaar na de omzetting van het voormalige gemeentebedrijf af te bouwen tot die van een loutere meerderheidsaandeelhoudster.⁴⁵

56. Het rechtszekerheidsbeginsel vereist dat de verplichting tot het volgen van een aanbestedingsprocedure steeds *ex ante*, dat wil zeggen op het tijdstip van het verrichten van de rechtshandeling, wordt beoordeeld. Zowel de aanbestedende dienst en zijn handelspartners als de niet in aanmerking genomen concurrenten moeten namelijk reeds op het tijdstip van de sluiting van de overeenkomst kunnen vaststellen of een aanbestedingsprocedure had moeten worden gevolgd of niet. Met latere omstandigheden kan hoogstens rekening worden gehouden wanneer deze reeds op het tijdstip van de aanbesteding duidelijk te voorzien waren.

44 — Hierop wordt ook gezinspeeld in het arrest Stadt Halle en RPL Lochau, aangehaald in voetnoot 4, punt 50. Zie met betrekking tot het begrip gemengde onderneming bijvoorbeeld punt 58 van de conclusie van advocaat-generaal Stix-Hackl in de zaak Stadt Halle en RPL Lochau, aangehaald in voetnoot 3.

45 — Zie enerzijds artikel 115 van Decreto legislativo nr. 267/2000, en anderzijds artikel 88, lid 6, sub b, van de gemeentewet en artikel 5, lid 2, van de statuten van Stadtwerke Brixen AG.

57. Het verlies van de 100 %-deelneming van de gemeente in haar dochteronderneming zou zeker te voorzien zijn geweest, indien de verwerving van een deelneming in de vennootschap door een *concrete derdedirectin het verschiet had gelezen*.

58. De Commissie gaat evenwel nog verder en is van mening dat in een geval als het onderhavige alleen al op grond van de geldende wettelijke situatie het verlies van de 100 %-deelneming van de gemeente voldoende te voorzien was, en dat er derhalve al op het tijdstip van de gunning van het beheer van de parkeerplaatsen rekening mee had moeten worden gehouden.

59. Uit een wettelijke bepaling als artikel 115 van Decreto legislativo 267/2000 vloeit echter louter een *verplichting* voort — zo deze al bestaat⁴⁶ — om binnen een bepaalde termijn aandelen te verkopen. Of en wanneer een dergelijke verkoop en de overdracht van aandelen aan een derde *daadwerkelijk* plaatsvinden, is van vele andere omstandigheden afhankelijk; het loutere bestaan van deze wettelijke verplichting betekent nog niet dat deze zich ook zullen voordoen. Met name kan geenszins worden uitgesloten, dat er helemaal geen gegadigde te vinden is die bereid is om onder de hem geboden

voorwaarden in de betrokken onderneming deel te nemen. Dit blijkt niet in de laatste plaats ook heel duidelijk in het onderhavige geval: volgens de verklaringen ter terechtzitting van de gemeente Brixen en Stadtwerke Brixen AG neemt tot op heden geen derde deel in het kapitaal van Stadtwerke Brixen AG.

60. Ook de belangen van de partijen waren op bovengenoemd tijdstip nog niet met die binnen een gemengde onderneming vergelijkbaar. Zolang namelijk alleen een verplichting tot een *latere* openstelling van het kapitaal van de dochteronderneming bestaat, maar er nog geen concrete derde is gevonden, is de aanbestedende dienst bij de gunning van opdrachten of concessies aan zijn dochteronderneming nog niet gehouden de belangen van deze particuliere investeerders in acht te nemen.

61. De Commissie uitte haar bezorgdheid over het feit dat tijdens de looptijd van een (eventueel langdurige⁴⁷) concessie een derde zou kunnen deelnemen in de aandelenvennootschap en vervolgens door middel van deze deelneming in de economische opbrengsten van de concessie zou kunnen delen. Het hiermee samenhangende gevaar, dat de latere particuliere investeerder zal worden bevoordeeld tegenover andere particuliere ondernemers⁴⁸, dient echter niet al op het tijdstip van de gunning van de concessie zelf aan de gemeentelijke dochteronderneming het hoofd te worden geboden;

46 — Zoals is gebleken ter terechtzitting voor het Hof, zijn partijen het er in het onderhavige geval over oneens of artikel 115 van Decreto legislativo nr. 267/2000 de gemeente eigenlijk wel een wettelijke verplichting tot openstelling van het maatschappelijk kapitaal van Stadtwerke Brixen AG oplegt dan wel of de gemeente permanent enig aandeelhoudster kan blijven. De gemeente Brixen beroept zich in dit verband op artikel 2362 van het Italiaans Burgerlijk Wetboek (Codice civile, in de versie van Decreto legislativo nr. 6 van de president van de Republiek van 17 januari 2003, GURI nr. 17 van 22 januari, gewoon supplement nr. 8), op grond waarvan aandelenvennootschappen in Italië ook één aandeelhouder kunnen hebben.

47 — In het onderhavige geval werd met betrekking tot perceel 491/6 een looptijd van negen jaar overeengekomen. Zie punt 14 van deze conclusie.

48 — Arrest Stadt Halle en RPI. I.ochau, aangehaald in voetnoot 4, punt 51.

het volstaat om de vereiste *voorzorgsmaatregelen* te nemen *op het tijdstip van de keuze van de derde*, dat wil zeggen, voordat de aandelen aan hem worden overgedragen. De fundamentele vrijheden⁴⁹ vereisen namelijk, dat bij de deelneming van een particuliere derde in een openbare onderneming het discriminatieverbod en de verplichting tot transparantie in acht worden genomen, met name dat een passende mate van openbaarheid wordt verzekerd.⁵⁰

62. Op grond van bovenstaande overwegingen kan de wettelijke verplichting om het kapitaal van een vennootschap binnen een bepaalde termijn voor deelneming van derden open te stellen, op zich nog niet uitsluiten dat de aanbestedende dienst toezicht uitoefent op deze vennootschap zoals op zijn eigen diensten.

iii) De bevoegdheid van de organen van een aandelenvennootschap om de lopende zaken zelfstandig te beheren

63. Het bestaan van toezicht zoals op de eigen diensten kan echter, geheel afgezien van de deelnemingsverhoudingen, ook in het algemeen worden betwijfeld op grond van het feit dat een onderneming als Stadtwerke Brixen AG een aandelenvennootschap is

waarvan de organen de lopende zaken zelfstandig mogen beheren.⁵¹ Op dit punt zijn niet alleen twijfels geuit door Parking Brixen GmbH, de Oostenrijkse regering en de Commissie, maar ook door de verwijzende rechter.

64. In dit verband moet onderscheid worden gemaakt tussen de externe betrekkingen van de openbare onderneming met andere marktdeelnemers en haar interne betrekkingen met de gemeente.

65. Het feit dat de organen van een openbare onderneming ruime *externe* bevoegdheden hebben, sluit geenszins uit dat de gemeente deze onderneming controleert zoals zij haar eigen diensten controleert. Dergelijke bevoegdheden zijn in de regel vereist om de handelingsbekwaamheid te waarborgen, het beheer van de lopende zaken niet te schaden, en niet in de laatste plaats ook om de belangen van derden te beschermen.⁵² Ook binnen het bestuur zelf is het zeker niet ongebruikelijk, dat afzonderlijke ambtsdragers, bijvoorbeeld de burgemeester van een gemeente, de districtscommissaris van een district of de hoofden van overheidsinstanties, relatief ruime bevoegdheden hebben om het desbetreffende lichaam *naar buiten toe* te vertegenwoordigen.

51 — Zoals de verwijzende rechter in zijn tweede vraag aangeeft, beschikt de raad van bestuur van Stadtwerke Brixen AG over „alle bevoegdheden voor het verrichten van gewone bestuurs-handelingen tot een waarde van 5 miljoen euro per transactie”.

52 — Zie artikel 9 en tweede overweging van de considerans van de Eerste richtlijn 68/151/EEG van de Raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken (PB L 65, blz. 8).

49 — Vrijheid van vestiging (artikel 43 EG) en vrij kapitaalverkeer (artikel 56, lid 1, EG).

50 — Zie in dit verband punten 35-39 van deze conclusie.

66. Belangrijker voor de vraag met betrekking tot de *controle* die hier aan de orde is, zijn derhalve de *interne betrekkingen* tussen een gemeente en een onderneming zoals Stadtwerke Brixen AG. In dit verband is de verwijzende rechter de mening toegedaan, dat Stadtwerke Brixen AG ten opzichte van haar rechtsvoorganger, het gemeentebedrijf Stadtwerke Brixen, duidelijk meer zelfstandigheid heeft verkregen. Terwijl het gemeentebedrijf namelijk onder de rechtstreekse controle en invloed van de gemeenteraad stond, heeft de gemeente tegenover de aandelenvennootschap alleen vennootschapsrechtelijke middelen tot haar beschikking. De Commissie en Parking Brixen GmbH zijn dezelfde mening toegedaan.

67. De controle van de overheid over haar eigen diensten wordt juridisch gewoonlijk gekenmerkt door het recht instructies te geven en toezicht uit te oefenen. Binnen dezelfde overheidsinstantie is bijvoorbeeld het bestuur van die instantie in de regel bevoegd instructies te geven aan de aan hem ondergeschikte diensten. Ten aanzien van ondergeschikte instanties heeft het normaal gesproken eveneens deze bevoegdheid of in ieder geval de mogelijkheid om in het kader van zijn toezichtsbevoegdheid beslissingen te controleren of te wijzigen.

68. Dergelijke bevoegdheid om instructies te geven of toezicht uit te oefenen vormt ten opzichte van de bestuursorganen van openbare ondernemingen wellicht de uitzondering, in ieder geval wanneer deze onder-

nemingen de vorm hebben van een aandelenvennootschap of een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Indien men dus zou eisen dat de publiekrechtelijke aandeelhouder tegenover zijn handelspartner dezelfde *juridische* beïnvloedingsmogelijkheden heeft als tegenover zijn eigen diensten, zou het eerste Teckal-criterium ten opzichte van privaatrechtelijke kapitaalvennootschappen vrijwel nooit kunnen worden vervuld. Aanbestedende diensten zouden dan, alvorens overeenkomsten te sluiten met hun als aandelenvennootschappen of vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid georganiseerde dochtermaatschappijen, *zelfs als zij daarvan enig aandeelhouder zijn*, steeds de vereisten van het aanbestedingsrecht in acht moeten nemen en zouden de uitvoering van hun taken mogelijkserwijs aan beter biedende particuliere derden moeten toevertrouwen. In deze omstandigheden zou de loutere delegatie van taken aan dergelijke vennootschappen, ook in kwetsbare sectoren zoals bijvoorbeeld de watervoorziening, uiteindelijk gelijkstaan met een gedwongen *overgang naar de privatisering van deze diensten*.

69. Weliswaar kan de omzetting van gemeentebedrijven in aandelenvennootschappen of in vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid in bepaalde gevallen daadwerkelijk bedoeld zijn als eerste stap in de richting van privatisering van de betrokken diensten, maar dit is niet noodzakelijk het geval. Evengoed kan het om een louter interne reorganisatiemaatregel gaan, waarmee bijvoorbeeld een efficiëntere, want goedkopere, dienstverlening alsmede flexiblere arbeidsvoorschriften voor de werknemers worden beoogd, zonder dat het betrokken lichaam daarmee noodzakelijkerwijs ook

direct de vervulling van zijn taken wil uitbesteden. Gezien de toepasselijke balansvoorschriften kan de keuze voor de rechtsvorm van de aandelenvennootschap of de vennootschap met beperkte aansprakelijkheid tot een toe te juichen grotere transparantie leiden.⁵³

70. Indien men de vereisten van het aanbestedingsrecht ook op rechtshandelingen tussen aanbestedende diensten en hun 100 %-dochterondernemingen zou toepassen, zou de privaatrechtelijke rechtsvorm van de aandelenvennootschap of van de vennootschap met beperkte aansprakelijkheid voortaan niet meer voor een zuiver interne reorganisatie gebruikt kunnen worden. Het betrokken lichaam zou dan in wezen alleen nog de keus hebben tussen privatisering van zijn diensten⁵⁴ en de interne vervulling van zijn taken door overheidsdiensten of gemeentebedrijven die met de overheidshiërarchie verweven zijn en geen noemenswaardige zelfstandigheid hebben. In sommige gevallen bestaande dochterondernemingen ook nog terug in gemeentebedrijven kunnen worden omgezet.

71. Een dermate verregaande ingreep in de organisatiebevoegdheid van de lidstaten en

in het bijzonder in het lokaal zelfbestuur van vele gemeenten⁵⁵ lijkt mij evenwel helemaal niet vereist, zelfs niet wanneer men ervan uitgaat dat het aanbestedingsrecht tot doel heeft de markt voor concurrentie open te stellen. Het aanbestedingsrecht beoogt namelijk een transparante en niet-discriminerende selectie van medecontractanten te garanderen in alle gevallen waarin de overheid besloten heeft om haar taken met behulp van derden te vervullen. Daarentegen is het niet het doel van het aanbestedingsrecht om „via de achterdeur” ook de privatisering van overheidsdiensten te bewerkstelligen die de overheid verder met eigen middelen wil verrichten⁵⁶; daarvoor zouden eerder liberaliseringsmaatregelen van de wetgever nodig zijn.⁵⁷

72. De Teckal-rechtspraak geeft hoe dan ook met de formulering „toezicht [...] zoals”

53 — Zie in het bijzonder de artikelen 2 e.v. van richtlijn 68/151 en de artikelen 2 en 47 van de Vierde richtlijn 78/660/EEG van de Raad van 25 juli 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen (PB L 222, blz. 11).

54 — Een door de overheid gecontroleerde onderneming, opgericht in de vorm van een aandelenvennootschap of een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, zou eventueel als een van meerdere inschrijvers naar de betrokken opdracht of de betrokken concessie moeten dingen.

55 — Het Europees Handvest inzake lokaal zelfbestuur van 15 oktober 1985 (European Treaty Series nr. 122), dat door de meeste lidstaten in het kader van de Raad van Europa is geratificeerd, kan in dit verband als aanknopingspunt dienen. Artikel 6, lid 1, van dit handvest vereist, dat de lokale territoriale lichamen „hun eigen administratieve structuur [moeten kunnen] vaststellen teneinde deze aan de plaatselijke behoeften aan te passen en een doelmatig bestuur te verzekeren”. De betekenis van het lokaal zelfbestuur wordt bovendien onderstreept door de uitdrukkelijke vermelding ervan in artikel 1-5, lid 1, van het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa (ondertekend te Rome op 29 oktober 2004, PB C 310, blz. 1).

56 — Zie in dit verband ook punt 42 van deze conclusie.

57 — In dit verband dient bijvoorbeeld te worden gewezen op de liberaliseringsmaatregelen in de telecommunicatiesector: zie laatstelijk richtlijn 2002/77/EG van de Commissie van 16 september 2002 betreffende de mededinging op de markten voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (PB L 249, blz. 1). Zie ook gewijzigd voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende het optreden van de lidstaten ten aanzien van openbare-diensten en de gunning van openbare-dienstcontracten op het gebied van het personenvervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren (COM/2002/107 def., PB C 151 E, blz. 146).

[„eine *ähnliche* Kontrolle (...) wie]”⁵⁸ aan, dat de mogelijkheden tot beïnvloeding van de eigen diensten en openbare ondernemingen niet identiek hoeven te zijn. Of een onderneming met een bestuursdienst of met andere marktdeelnemers te vergelijken is, wordt niet hierdoor bepaald of de overheid *formeel* dezelfde *juridische* beïnvloedingsmogelijkheden heeft als tegenover haar eigen diensten, bijvoorbeeld de bevoegdheid om in een bepaald geval instructies te geven. Door-slaggevend is daarentegen, of de aanbestedende dienst *daadwerkelijk* altijd in staat is om in de betrokken onderneming zijn doelstellingen op het gebied van het algemeen belang ten volle te verwezenlijken. Alleen wanneer een onderneming in werkelijkheid zo zelfstandig (autonoom)⁵⁹ geworden is, dat de aanbestedende dienst niet meer in staat is om binnen deze onderneming zijn belangen ten volle te laten gelden, kan niet meer van toezicht zoals op eigen diensten worden gesproken.

73. Deze zienswijze, die rekening houdt met de belangen, komt met name naar voren in het arrest Stadt Halle en RPL Lochau⁶⁰, waarin ter uitlegging van het eerste Teckal-criterium specifiek wordt verwezen naar het *nastreven van doelstellingen van algemeen belang*. Volgens het arrest Stadt Halle en RPL Lochau bepaalt de noodzaak om dit algemeen belang te verwezenlijken, welke beïnvloedingsmogelijkheden ten opzichte

van de eigen diensten de overheid werkelijk nodig heeft.⁶¹

74. Wat deze reële beïnvloedingsmogelijkheden betreft, geldt hetgeen in punt 53 van deze conclusie is besproken op overeenkomstige wijze: heeft een particuliere derde een deelneming in een onderneming, al is het maar een minderheidsdeelneming, dan kan de inachtneming van zijn economische belangen de overheid ervan afhouden haar doelstellingen op het gebied van het algemeen belang volledig te verwezenlijken, hoewel dit in zuiver juridische zin wel mogelijk blijft. Is de aanbestedende dienst daarentegen enig aandeelhouder van zijn dochteronderneming, dan kunnen zijn belangen en die van de dochteronderneming normaal gesproken als wezenlijk gelijk worden beschouwd, zelfs wanneer de dochteronderneming de vorm van een aandelenvennootschap of een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid heeft. In het bijzonder neemt de enig aandeelhouder economisch voor 100 % deel in de behaalde winsten en kan hij alleen over de besteding ervan beslissen.

75. Is het niet vereiste rekening te houden met de economische belangen van een particuliere derde, omdat de overheid 100 % van de aandelen houdt, dan kan de verwezenlijking van het algemeen belang in de vennootschap ook zonder formele bevoegdheid om instructies te geven reeds

58 — Cursivering van mij. Anders dan in de meeste taalversies van het arrest Teckal, ontbrak in de Duitse versie nog het woord „ähnlich”. Deze inconsistentie werd in het arrest Stadt Halle en RPL Lochau weggewerkt.

59 — Met andere woorden, wanneer het, in de woorden van het arrest Teckal, aangehaald in voetnoot 2, punt 51, „zelfstandig beslissingen kan nemen”, los van de aanbestedende dienst (de Franse versie gebruikt het adjectief „autonome”, de Italiaanse versie het adjectief „autonomo”).

60 — Aangehaald in voetnoot 4, punt 50.

61 — Letterlijk bepaalt het arrest Stadt Halle en RPL Lochau, aangehaald in voetnoot 4, punt 50: „[D]e verhouding tussen een overheidsorgaan, dat een aanbestedende dienst is, en zijn eigen diensten wordt beheerst door specifieke overwegingen en eisen verband houdend met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang.”

voldoende worden gewaarborgd met de mogelijkheden die het vennootschapsrecht biedt, en met name door de aanwezigheid van uitsluitend door de overheid benoemde vertegenwoordigers in de organen van de vennootschap. Het lijkt zeer onwaarschijnlijk dat deze organen, die normaal gesproken bovendien door een nauwe personele band met de overheid worden gekenmerkt, bij het lopend beheer zodanig afwijken van de denkwijze van het territoriale lichaam waardoor zij zijn benoemd, dat de verwezenlijking van de doelstellingen van algemeen belang zou kunnen worden verhinderd. Ook zouden de betrokken vertegenwoordigers in dat geval moeten vrezen, te zullen worden teruggeroepen, dan wel in ieder geval niet opnieuw te zullen worden benoemd.

76. Uit het loutere feit dat een vennootschap als Stadtwerke Brixen AG een aandelenvennootschap is waarvan de organen ruime bevoegdheden met betrekking tot het lopende beheer hebben, kan in ieder geval niet worden afgeleid dat deze vennootschap zelfstandig is ten opzichte van haar publiekrechtelijke aandeelhouder en dat laatstgenoemde geen toezicht meer zou uitoefenen zoals op zijn eigen diensten.

b) Tweede Teckal-criterium: de handelspartner verricht het merendeel van zijn werkzaamheden ten behoeve van zijn publiekrechtelijke aandeelhouder(s)

77. Volgens het tweede Teckal-criterium vereist de gelijkstelling met interne opdrachten, dat de handelspartner van de aanbestedende dienst het merendeel van zijn

werkzaamheden verricht ten behoeve van de aanbestedende dienst of diensten die hem beheersen.

78. In het verzoek om een prejudiciële beslissing citeert de verwijzende rechter slechts de bepalingen van de statuten van Stadtwerke Brixen AG. Hieruit blijkt dat het feitelijke werktelein van deze vennootschap een omvangrijke reeks werkzaamheden omvat, voornamelijk diensten van algemeen economisch belang, en dat deze werkzaamheden plaatselijk, nationaal en internationaal kunnen worden verricht.⁶²

79. De betekenis van dergelijke statutaire bepalingen is echter gering. Enerzijds worden statutaire bepalingen niet zelden gekenmerkt door een erg ruime formulering, die niet noodzakelijkerwijs alleen tegenwoordige, maar ook mogelijke toekomstige activiteiten van de vennootschap bestrijkt. Anderzijds zouden zelfs statutaire *bepalingen* van het werktelein van de vennootschap nooit aan derden kunnen worden tegenoverworpen⁶³, aangezien de aandeelhouders van de vennootschap met de statuten alleen het interne kader vaststellen waarbinnen zij actief mag zijn.

80. Indien men derhalve beslissend belang zou hechten aan de doorgaans relatief ruime domeinen waarop een aandelenvennootschap of een vennootschap met beperkte

62 — Zie voor meer bijzonderheden punt 19 van deze conclusie.

63 — Artikel 9, leden 1 en 2, van richtlijn 68/151.

aansprakelijkheid in zuiver juridische zin (volgens de wet en de statuten van de vennootschap) actief mag zijn, zou het praktisch uitgesloten zijn dat dergelijke ondernemingen aan het tweede Teckal-criterium voldoen. In dat geval zouden aanbestedende diensten voor het sluiten van overeenkomsten met hun dochterondernemingen steeds de vereisten van het aanbestedingsrecht in acht moeten nemen, voorzover deze laatste de vorm hebben van een aandelenvennootschap of een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Dit zou de keuze voor de rechtsvorm van de aandelenvennootschap of de vennootschap met beperkte aansprakelijkheid duidelijk minder aantrekkelijk maken.⁶⁴ Een dermate verregaande ingreep in de organisatiebevoegdheid van de lidstaten en in het bijzonder in het lokaal zelfbestuur van vele gemeenten is wellicht niet vereist voor het doel van het recht inzake overheidsopdrachten om de markt open te stellen voor concurrentie.

81. Het volstaat integendeel om zich op de *daadwerkelijke activiteiten* van de betrokken onderneming te richten.⁶⁵ Onafhankelijk van de rechtsvorm, geven de daadwerkelijke activiteiten van een onderneming er namelijk het beste uitsluitsel over, of zij op dezelfde wijze op de markt actief is als andere ondernemingen, dan wel zo sterk met de overheid verbonden is, dat overeenkomsten tussen haar en de aanbestedende dienst met interne verrichtingen gelijkgesteld kunnen worden en daarom een uitzondering op de vereisten van het aanbestedingsrecht rechtvaardigen.

82. In dit verband moet er rekening mee worden gehouden, dat een uitzondering op de vereisten van het aanbestedingsrecht volgens het tweede Teckal-criterium al mogelijk is, indien de betrokken onderneming *het merendeel* van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van de aanbestedende dienst of diensten die haar beheersen. Eventuele werkzaamheden in opdracht van derden kunnen derhalve geen kwaad, zolang zij maar van ondergeschikt belang zijn.

83. Om dit uit te maken, dient men, zoals reeds aan het begin is uiteengezet, alle omstandigheden van het geval gezamenlijk te beoordelen. Van een interne opdracht kan slechts sprake zijn indien de zakenpartner van de aanbestedende dienst zijn werkzaamheden zowel in *kwantitatief* als in *kwalitatief* opzicht voor het merendeel verricht ten behoeve van de aanbestedende dienst of diensten die hem beheersen.⁶⁶ Een eerste aanknopingspunt kan in dit opzicht worden gevormd door het aandeel van de omzet dat deze onderneming met de opdrachten van haar publiekrechtelijke aandeelhouder behaalt. Indien een onderneming — zoals bijvoorbeeld Stadtwerke Brixen AG — op meerdere domeinen actief is, moet er verder

64 — Zie in dit verband ook punten 68-71 van deze conclusie.

65 — Ook advocaat-generaal Stix-Hackl benadrukt in punt 83 van haar conclusie in de zaak Stadt Halle en RPL Lochau, aangehaald in voetnoot 3, dat de daadwerkelijke activiteiten doorslaggevend zijn, niet de activiteiten die volgens de wet of de statuten mogen worden verricht.

66 — In deze zin ook advocaat-generaal Stix-Hackl in punt 89 van haar conclusie in de zaak Stadt Halle en RPL Lochau, aangehaald in voetnoot 3.

rekening mee worden gehouden op hoeveel van deze domeinen de onderneming het merendeel van haar activiteiten verricht ten behoeve van publiekrechtelijke aandeelhouders en wat het belang van elk van deze domeinen voor de onderneming is.⁶⁷

84. Ook de ruimtelijke actieradius van ondernemingen als Stadtwerke Brixen AG moet diepgaand onderzocht worden. Het feit alleen, dat een gemeentelijke onderneming buiten de grenzen van een gemeente actief is of actief kan zijn, sluit namelijk niet noodzakelijkerwijs uit dat zij haar werkzaamheden voor het merendeel ten behoeve van deze gemeente verricht. Veeleer zou onderzocht moeten worden, welke plaats — kwantitatief en kwalitatief — eventuele werkzaamheden van de onderneming buiten de gemeentegrenzen innemen ten opzichte van haar werkzaamheden ten behoeve van haar publiekrechtelijke aandeelhouder(s).

85. Het feit alleen, dat het statutaire werkterrein van een aandelenvennootschap als Stadtwerke Brixen AG vanuit materieel oogpunt ruim is en vanuit ruimtelijk oogpunt ook het verrichten van werkzaamheden buiten de gemeentegrenzen toestaat, sluit in ieder geval niet uit dat deze aandelenvennootschap het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van de gemeente die haar beheerst.

67 — In een geval als het onderhavige zou bijvoorbeeld ook moeten worden onderzocht, welke plaats de nieuwe werkterreinen die in de statuten van Stadtwerke Brixen AG aan haar zijn toegewezen, naast die waarop de vroegere speciale onderneming actief was (namelijk informatica en telecommunicatie), in de totale activiteiten van deze onderneming innemen en in wiens opdracht zij in dit opzicht actief is.

c) Deelconclusie

86. Samenvattend moet het volgende worden vastgesteld.

Gunt een gemeente het beheer van een betaalde openbare parkeerplaats zonder voorafgaande aanbestedingsprocedure aan een aandelenvennootschap waarvan zij enig aandeelhoudster is, dan is dit niet in strijd met de artikelen 43 EG, 49 EG en 86 EG, indien de gemeente op deze aandelenvennootschap toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten en de aandelenvennootschap het merendeel van haar werkzaamheden ten behoeve van de gemeente verricht.

Het loutere feit dat de gemeente wettelijk verplicht is om het kapitaal van deze aandelenvennootschap binnen een bepaalde termijn in de toekomst voor deelneming van derden open te stellen of dat de organen van deze vennootschap ruime bevoegdheden met betrekking tot het lopend beheer hebben, sluit niet uit dat de gemeente op deze vennootschap toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten.

Het loutere feit dat het domein waarop deze aandelenvennootschap volgens haar statuten actief kan zijn zowel vanuit materieel als vanuit ruimtelijk oogpunt ruim is, sluit niet uit dat zij het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van de gemeente; veeleer zijn de daadwerkelijk verrichte werkzaamheden doorslaggevend.

VI — Conclusie

87. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen, te beantwoorden als volgt:

- „1) Er is geen sprake van een overheidsopdracht voor dienstverlening in de zin van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, maar van een niet onder deze richtlijn vallende concessieovereenkomst voor diensten, wanneer een aanbestedende dienst een ondernemer met het beheer van een openbare parkeerplaats belast en deze ondernemer voor het gebruik van de parkeerplaats een vergoeding mag heffen, en zich in ruil hiervoor ertoe verplicht om de aanbestedende dienst een jaarlijkse vergoeding te betalen.
- 2) Gunt een gemeente het beheer van een betaalde openbare parkeerplaats zonder voorafgaande aanbestedingsprocedure aan een aandelenvennootschap waarvan zij enig aandeelhoudster is, dan is dit niet in strijd met de artikelen 43 EG, 49 EG en 86 EG, indien de gemeente op deze aandelenvennootschap toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten en de aandelenvennootschap het merendeel van haar werkzaamheden ten behoeve van de gemeente verricht.

Het loutere feit dat de gemeente wettelijk verplicht is om het kapitaal van deze aandelenvennootschap binnen een bepaalde termijn in de toekomst voor deelneming van derden open te stellen of dat de organen van deze vennootschap ruime bevoegdheden met betrekking tot het lopend beheer hebben, sluit niet uit dat de gemeente op deze vennootschap toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten.

Het loutere feit dat het domein waarop deze aandelenvennootschap volgens haar statuten actief kan zijn zowel vanuit materieel als vanuit ruimtelijk oogpunt ruim is, sluit niet uit dat zij het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van de gemeente; veeleer zijn de daadwerkelijk verrichte werkzaamheden doorslaggevend.”