



Datum van inontvangstneming : 19/02/2019

Zaak C-3/19

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:

3 januari 2019

Verwijzende rechter:

Consiglio di Stato (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

20 september 2018

Appellante:

Asmel società consortile a r.l.

Geïntimeerde:

A.N.A.C. - Autorità Nazionale Anticorruzione

In tegenwoordigheid van:

A.N.A.C.A.P. - Associazione Nazionale Aziende Concessionarie Servizi entrate enti locali

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Hoger beroep ingesteld door Asmel s.c.a.r.l. tegen vonnis nr. 2339/2016 van de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Lazio, Italië; hierna „T.A.R. Lazio”) tot verwerping van haar beroep tegen besluit nr. 32 van de Autorità nazionale anticorruzione (nationale dienst voor corruptiebestrijding; hierna: „A.N.A.C.”) van 2015, waarbij is verklaard dat Asmel s.c.a.r.l. en Consorzio Asmez de in artikel 33, lid 3-bis, van decreto legislativo (wetsbesluit) nr. 163 van 12 april 2006 vermelde organisatiemodellen voor aankoopcentrales niet in acht hebben genomen.

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

De vraag of artikel 33, lid 3-bis, van decreto legislativo nr. 163/2006 verenigbaar is met het verbod van beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Europese Unie, dat is verankerd in artikel [56] van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, en met het Unierecht inzake overheidsopdrachten, voor zover die bepaling, gelezen in samenhang met artikel 3, lid 25, van dat decreto legislativo, de organisatorische autonomie van kleine gemeenten beperkt tot slechts twee modellen aankoopcentrales, die kleine gemeenten voorschrijft om uitsluitend publiekrechtelijke organisatiemodellen te gebruiken, en het werkterrein van de aankoopcentrale beperkt tot het grondgebied van de gemeenten die deel uitmaken van de vereniging van gemeenten of die het consortium oprichten.

Prejudiciële vragen

„Staat het Unierecht in de weg aan een nationale regeling zoals die van artikel 33, lid 3-bis, van decreto legislativo nr. 163 van 12 april 2006, dat de keuzemogelijkheid van gemeenten bij het gebruik van een aankoopcentrale beperkt tot slechts twee organisatiemodellen, te weten een reeds bestaande vereniging van gemeenten of een op te richten consortium van gemeenten?

Hoe het ook zij, staat het Unierecht, inzonderheid de beginselen van vrij verkeer van diensten en maximale openstelling voor mededinging in het kader van openbare aanbestedingen van diensten, in de weg aan een nationale regeling zoals die van artikel 33, lid 3-bis, van decreto legislativo nr. 163 van 12 april 2006, dat, gelezen in samenhang met artikel 3, lid 25, van datzelfde decreto legislativo, ten aanzien van het organisatiemodel van consortia van gemeenten bepaalt dat deze geen privaatrechtelijke rechtsvorm mogen hebben, zoals een consortium naar gemeen recht waaraan ook particulieren deelnemen?

Tot slot, staat het Unierecht, inzonderheid de beginselen van vrij verkeer van diensten en maximale openstelling voor mededinging in het kader van openbare aanbestedingen van diensten, in de weg aan een nationale regeling zoals die van artikel 33, lid 3-bis, dat, indien het aldus wordt uitgelegd dat consortia van gemeenten die als aankoopcentrale fungeren een werkterrein hebben dat overeenkomt met het grondgebied van de daarbij aangesloten gemeenten, als één geheel beschouwd – en dat dus ten hoogste het grondgebied van een provincie beslaat –, het werkterrein van deze aankoopcentrales beperkt?”

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Richtlijn 2004/18, inzonderheid: overweging 15, overweging 16, artikel 1, leden 9 en 10, artikel 11

Artikel [56] van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Decreto legislativo nr. 163 van 12 april 2006, inzonderheid: artikel 3, lid 25, waarin aanbestedende diensten als volgt worden gedefinieerd: „bestuurslichamen van de Staat; territoriale lichamen; andere openbare lichamen zonder winstoogmerk, publiekrechtelijke instellingen; door de genoemde entiteiten opgerichte verenigingen, unies, consortia, ongeacht de benaming daarvan”; artikel 3, lid 34, volgens welke bepaling als aankoopcentrale wordt aangemerkt „een aanbestedende dienst die: – voor aanbestedende diensten of andere aanbestedende instanties bestemde leveringen of diensten verwerft, of – overheidsopdrachten gunt of raamovereenkomsten sluit met betrekking tot voor aanbestedende diensten of andere aanbestedende instanties bestemde werken, leveringen of diensten”; artikel 33, lid 3-bis, dat is ingevoegd bij artikel 23, lid 4, van decreto legge (voorlopig wetsbesluit) nr. 201 van 6 december 2011, omgezet bij wet nr. 214 van 22 december 2011, dat als volgt luidt: „Gemeenten met ten hoogste 5 000 inwoners binnen het grondgebied van elke provincie dienen de verwerving van werken, leveringen en diensten toe te vertrouwen aan één enkele aankoopcentrale, binnen het kader van de verenigingen van gemeenten als bedoeld in artikel 32 van de geconsolideerde tekst van decreto legislativo nr. 267 van 18 augustus 2000, indien deze bestaan, of door een speciale consortiumovereenkomst tussen de gemeenten te sluiten en een beroep te doen op de bevoegde diensten”; artikel 33, lid 3-bis, in de versie van artikel 9, lid 4, van decreto legge nr. 66 van 24 april 2014, omgezet bij wet nr. 89 van 23 juni 2014, dat als volgt luidt: „Gemeenten die geen provinciehoofdstad zijn verwerven werken, leveringen en diensten binnen het kader van de verenigingen van gemeenten als bedoeld in artikel 32 van decreto legislativo nr. 267 van 18 augustus 2000, indien deze bestaan, of door een speciale consortiumovereenkomst tussen deze gemeenten te sluiten en een beroep te doen op de bevoegde diensten, dan wel door een beroep te doen op een aggregator of op de provincies, overeenkomstig wet nr. 56 van 7 april 2014. Als alternatief kunnen deze gemeenten hun eigen aankopen doen via elektronische aankoopinstrumenten die worden beheerd door Consip S.p.A. of een andere als referentie fungerende aggregator.”

Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, Testo unico degli enti locali (wetsbesluit nr. 267 van 18 augustus 2000 houdende de gecoördineerde wet inzake lokale overheden; hierna: „T.U.E.L.”), inzonderheid: artikel 30, dat als volgt luidt: „Teneinde bepaalde taken en diensten gecoördineerd te verrichten, kunnen de lokale overheden onderling daartoe strekkende overeenkomsten sluiten”; artikel 31, dat het volgende bepaalt: „Lokale overheden kunnen voor het gezamenlijk beheer van een of meer diensten en voor de gezamenlijke uitoefening van functies een consortium oprichten volgens de voorschriften voor speciale bedrijven als bedoeld in artikel 114, voor zover verenigbaar. Aan het consortium kunnen andere openbare lichamen deelnemen, indien zij daartoe toestemming hebben, volgens de wetten waaraan zij onderworpen zijn”; artikel 32, dat als volgt luidt: „Een vereniging van gemeenten is een lokale overheid die door een of meer,

doorgaans aangrenzende, gemeenten is opgericht met het oog op de gezamenlijke uitoefening van functies en diensten.”

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure

- 1 Het voorwerp van het geding is de activiteit die Asmel s.c.a.r.l. als aankoopcentrale voor lokale overheden heeft verricht.
- 2 Asmel s.c.a.r.l. is op 23 januari 2013 opgericht en bestaat uit Consorzio Asmez, de niet-erkende vereniging Asmel en de gemeente Caggiano, elk met een aandeel van respectievelijk 24 %, 25 % en 51 %.
- 3 Het voornoemde Consorzio Asmez, dat op 25 maart 1994 te Napels is opgericht, bestaat zelf uit meerdere particuliere ondernemingen, de vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Selene Service, die een akkoord heeft gesloten met de Associazione nazionale comuni italiani (nationale vereniging van Italiaanse gemeenten, A.N.C.I.) – afdeling Campania, alsook uit meerdere gemeenten, ook in de regio's Basilicata en Calabria. De vereniging Asmel is daarentegen op 26 mei 2010 opgericht door de ondernemingsconsortia met beperkte aansprakelijkheid Asmenet Campania en Asmenet Calabria, door Consorzio Asmez en Associazione nazionale piccoli comuni italiani (nationale vereniging van kleine Italiaanse gemeenten, A.N.P.C.I.).
- 4 Na meerdere klachten heeft de A.N.A.C. een onderzoek ingesteld naar Asmel s.c.a.r.l. Aansluitend heeft zij bij besluit nr. 32 van 30 april 2015 vastgesteld dat noch Asmel s.c.a.r.l., noch Consorzio Asmez de organisatiemodellen voor aankoopcentrales als vermeld in artikel 33, lid 3-bis, van decreto legislativo nr. 163/2006, in de versie van decreto legge nr. 201/2011, in acht heeft genomen.
- 5 Meer in het bijzonder heeft de A.N.A.C. vastgesteld dat Asmel s.c.a.r.l. een privaatrechtelijk karakter heeft, aangezien zij een particuliere vennootschap is die zelf door andere verenigingen is opgericht, terwijl de Italiaanse rechtsorde voor de definitie van aankoopcentrales altijd heeft verwezen naar openbare lichamen of verenigingsvormen van lokale overheden, zoals de vereniging van gemeenten en het consortium van gemeenten die zijn ontstaan uit akkoorden als bedoeld in artikel 30 T.U.E.L. De A.N.A.C. heeft daarnaast gepreciseerd dat ook indien privaatrechtelijke entiteiten worden toegelaten, dit hoe dan inhouse-organen zouden moeten zijn waarvan de activiteiten beperkt blijven tot het grondgebied van de oprichtende gemeenten, terwijl in casu niet aan het vereiste inzake die controle was voldaan en de verrichte activiteit evenmin territoriaal was afgebakend.
- 6 Bij hetzelfde besluit heeft de A.N.A.C. vervolgens vastgesteld dat dit ondernemingsconsortium zijn activiteit louter verrichtte met het oog op de aankoopbehoeften van de aangesloten lokale overheden en niet om te voorzien in absoluut noodzakelijke behoeften van algemeen belang, en dat de lokale overheden slechts een indirecte deelneming in deze aankoopcentrale hadden. De

lokale overheden hebben zich immers eerst aangesloten bij de niet-erkende vereniging Asmel, die op haar beurt deel uitmaakte van Asmel s.c.a.r.l., en daarna pas hebben zij de aankooptaken bij besluit van de gemeenteraad aan het voornoemde ondernemingsconsortium toevertrouwd.

- 7 De A.N.A.C. heeft derhalve de mogelijkheid uitgesloten om ASMEL s.c.a.r.l. aan te merken als een publiekrechtelijke instelling, heeft deze entiteit verboden om te bemiddelen bij overheidsaankopen en heeft de door haar uitgeschreven aanbestedingen nietig verklaard.
- 8 Asmel s.c.a.r.l. is bij de T.A.R. Lazio tegen het besluit van de A.N.A.C. opgekomen.
- 9 In de eerste plaats heeft Asmel s.c.a.r.l. betoogd dat zij ten onrechte niet als „publiekrechtelijke instelling” is aangemerkt. Daarbij voerde zij aan dat zij wel degelijk rechtspersoonlijkheid heeft, aangezien niet relevant is dat dit een rechtspersoonlijkheid naar gemeen recht betreft. Verder heeft zij gesteld dat zij beantwoordt aan het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, dat zij wordt gefinancierd door de aangesloten lokale overheden, die een overheersende invloed uitoefenen op haar werking. Aangezien zij naar haar aard een publiekrechtelijke instelling is, is zij een aanbestedende dienst in de zin van artikel 3, lid 25, van decreto legislativo nr. 163/2006 en moet zij als „aankoopcentrale” worden gekwalificeerd in de zin van artikel 3, lid 34, van dit decreto legislativo. Dat decreto legislativo definieert aankoopcentrales immers als „aanbestedende diensten”, los van de in artikel 33, lid 3-bis, vastgestelde organisatiemodellen.
- 10 Met een ander middel heeft Asmel s.c.a.r.l. vervolgens gesteld dat noch uit de eerdere versie van artikel 33, lid 3-bis, noch uit de daaropvolgende versie volgt dat aankoopcentrales verplicht zijn om op subregionaal niveau actief te zijn.
- 11 Tot slot heeft Asmel s.c.a.r.l. aangevoerd dat de A.N.A.C. het begrip „consortiumovereenkomst tussen gemeenten” in artikel 33, lid 3-bis, onjuist heeft uitgelegd. Volgens deze vennootschap verwijst die bepaling niet naar de akkoorden waarin artikel 30 van decreto legislativo nr. 267/2000 voorziet, maar naar een willekeurige wijze waarop activiteiten in het belang van lokale overheden in coöperatieve vorm kunnen worden uitgevoerd – ook door middel van een privaatrechtelijk consortium.
- 12 In het geding bij de T.A.R. Lazio heeft de A.N.A.C. verweer gevoerd, en verwerping van het beroep van Asmel s.c.a.r.l. gevorderd. Bij vonnis nr. 2339 van 22 februari 2016 heeft dat gerecht die vordering toegewezen op grond dat het „Asmel-stelsel” niet in overeenstemming is met het wettelijke model voor aankoopcentrales als bedoeld in artikel 3, leden 25 en 34, juncto artikel 33, leden 1, 2, 3-bis, van decreto legislativo nr. 163/2006.
- 13 Meer bepaald werd in dat vonnis uitgesloten dat Asmel s.c.a.r.l. als een publiekrechtelijke instelling kan worden aangemerkt, gelet op de wijze van

financiering en het toezicht op het management. Voorts heeft de T.A.R. Lazio opgemerkt dat het „Asmel-stelsel” met geen van de organisatiemodellen van artikel 33, lid 3-bis, in de versie die op de datum van het litigieuze besluit gold, in overeenstemming is, omdat de niet-erkende vereniging Asmel aandeelhouder was van Asmel s.c.a.r.l., en de consortiumovereenkomst niet tussen „gemeenten” was gesloten, aangezien deze slechts indirect een deelneming in de aankoopcentrale hadden. Daarnaast moet de aankoopcentrale volgens het betrokken vonnis haar activiteiten beperken tot het grondgebied van de oprichtende gemeenten of dat van de provincie. Tot slot heeft de T.A.R. Lazio toepassing van richtlijn 2014/24/EU op het betrokken geding uitgesloten, aangezien volgens de rechtspraak van de Consiglio di stato (hoogste bestuursrechter, Italië) de nationale rechter, indien een Europese richtlijn is vastgesteld die nog niet in nationaal recht is omgezet en die de regeling van de materie die voorwerp is van het geding, herzielt, als enige verplichting heeft geen afwijkende, mogelijk nadelige uitlegging te geven.

Voornaamste argumenten van de partijen in het hoofdgeding

- 14 Asmel s.c.a.r.l. heeft tegen het vonnis van de T.A.R. Lazio hoger beroep ingesteld en daarbij vijf middelen aangevoerd, waarvan de laatste twee volgens de Consiglio di stato relevant zijn voor de onderhavige beslissing.
- 15 Zo heeft Asmel s.c.a.r.l. met haar vierde middel het litigieuze vonnis aangevochten omdat daarin was geoordeeld dat het organisatiemodel van de consortiumonderneming niet verenigbaar is met de modellen voor het verrichten van de activiteit van aankoopcentrale die zijn vastgesteld bij artikel 33, lid 3-bis. Om precies te zijn is volgens appellante in het vonnis ten onrechte geoordeeld dat de „consortiumovereenkomst tussen de gemeenten” in de zin van die bepaling uitsluitend de in artikel 30 T.U.E.L. vermelde overeenkomst kan zijn, en niet eveneens een privaatrechtelijke overeenkomst tot oprichting van een consortium volgens het gemene recht, gezien de algemene privaatrechtelijke capaciteit van openbare lichamen. Asmel s.c.a.r.l. voegt daaraan toe dat de deelneming van de gemeenten aan de betrokken consortiumovereenkomst niet indirect is, aangezien deze gemeenten haar de taken van aankoopcentrale bij besluit van de gemeenteraad toevertrouwen. In dit verband preciseert Asmel s.c.a.r.l. eveneens dat de vereniging Asmel haar aandeel in het consortium na het betrokken besluit van de A.N.A.C. heeft vervreemd.
- 16 Met haar vijfde middel betoogt appellante daarentegen dat noch de originele tekst van artikel 33, lid 3-bis, noch de meest recente versie daarvan enige territoriale beperking aan het werkterrein stelt. Volgens Asmel s.c.a.r.l. dient de verwijzing naar kleine gemeenten in de betrokken bepaling uitsluitend om de verplichting om een beroep te doen op aankoopcentrales af te bakenen.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzingsbeslissing

- 17 De Consiglio di stato zet uiteen dat de territoriale lichamen die kunnen worden aangemerkt als aanbestedende dienst in de zin van artikel 3, lid 25, van decreto legislativo nr. 163/2006, als aankoopcentrale in de zin van artikel 3, lid 34, van dit decreto legislativo kunnen fungeren. Artikel 33, lid 3-bis, bevat voor kleine gemeenten echter een afwijkende regeling, die erin resulteert dat de organisatiemodellen voor de aankoopcentrale waaraan de verwerving van leveringen en diensten wordt toevertrouwd, worden beperkt.
- 18 Volgens deze regeling moeten de gemeenten (aanvankelijk, op grond van de eerste versie, gemeenten met minder dan 5 000 inwoners en later, volgens de meest recente versie, gemeenten die geen provinciehoofdstad zijn) zich namelijk wenden tot aankoopcentrales met een specifiek organisatiemodel. Daarbij gaat het met name om de vereniging van gemeenten als bedoeld in artikel 32 T.U.E.L., voor zover deze reeds bestaat, en het consortium van gemeenten, dat gebruik maakt van de bevoegde diensten van de provincies en, volgens de meest recente bewoordingen van artikel 33, lid 3-bis, ook de mogelijkheid heeft om een beroep te doen op een aggregator of op de provincies overeenkomstig wet nr. 56 van 7 april 2014.
- 19 Volgens de Consiglio di stato lijkt de voornoemde verplichting voor kleine gemeenten in strijd te zijn met de mogelijkheid om een beroep te doen op aankoopcentrales zonder enige beperking van de samenwerkingsvormen. Deze beperking lijkt voorts niet te worden gerechtvaardigd door de aard van de prestaties, die geen uitoefening van overheidsprerogatieven behelzen.
- 20 Bovendien schrijft de nationale regeling volgens de Consiglio di stato nog een beperking voor met betrekking tot het organisatiemodel van het consortium tussen gemeenten. De definitie van „aangebestede dienst” in het genoemde artikel 3, lid 25, waarin wordt verwezen naar consortia die uitsluitend tussen overheidsinstellingen worden opgericht, refereert kennelijk aan een publiekrechtelijke vorm van samenwerking tussen gemeenten, zoals die voorzien in artikel 31 T.U.E.L., dat deelneming van particulieren uitsluit. Volgens de Consiglio di stato kan deze uitsluiting in strijd zijn met de Unierechtelijke beginselen inzake vrij verkeer van diensten en maximale openstelling voor mededinging, doordat de verrichting van een dienst die als ondernemingsactiviteit kan worden aangemerkt, uitsluitend wordt voorbehouden aan limitatief vastgestelde Italiaanse openbare lichamen, terwijl in deze optiek deze dienst beter onder vrije mededingingsvoorwaarden binnen de interne markt kan worden verricht.
- 21 Tot slot merkt de Consiglio di stato op dat in de interne regeling het werkkterrein van de aankoopcentrales noch in de algemene bepalingen noch in de bijzondere bepaling voor kleine gemeenten is omschreven. Desondanks suggereert de verwijzing naar gemeenten met minder dan 5 000 inwoners in de oorspronkelijke versie van artikel 33, lid 3-bis, en die naar gemeenten die geen provinciehoofdstad

zijn in de meest recente versie ervan – dat wil zeggen naar een territoriaal aspect van de aangesloten entiteiten – dat het nationale recht uitgaat van een verband tussen het grondgebied van de gemeenten die gebruikmaken van een aankoopcentrale en het werkterrein van die aankoopcentrale. Dit werkterrein zou daarom beperkt zijn tot het grondgebied van de gemeenten die deel uitmaken van de vereniging van gemeenten of de gemeenten die het consortium oprichten. Volgens de Consiglio di stato is ook deze beperking in strijd met het beginsel van vrij verkeer van diensten en dat van maximale openstelling voor mededinging, aangezien zo exclusieve zones voor de activiteiten van de aankoopcentrales worden gecreëerd.

- 22 Op grond van het voorgaande twijfelt de verwijzende rechter of het rechtskader dat kan worden afgeleid uit artikel 33, lid 3-bis, van decreto legislativo nr. 163/2006, gelezen in samenhang met artikel 3, lid 25, daarvan, verenigbaar is met het in artikel [56] VWEU verankerde verbod op de beperking van het vrij verrichten van diensten binnen de Europese Unie, en met het Unierecht inzake openbare aanbestedingen, wat de aanbesteding van diensten betreft.
- 23 Dienaangaande verwijst de Consiglio di stato in de eerste plaats naar de Unierechtelijke begrippen „onderneming” en „economische activiteit” en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie op dit gebied (zie respectievelijk arresten van 12 december 2013, C-327/12; 6 september 2011, C-108/10, en 23 april 1991, C-41/90, enerzijds, en arrest van 25 oktober 2001, C-475/99, anderzijds). In het bijzonder merkt de Consiglio di stato op dat een aankoopcentrale volgens het Unierecht een onderneming is die leveringen en diensten verwerft voor de aanbestedende diensten, en dat in casu is vastgesteld dat de door Asmel s.c.a.r.l. verrichte dienst remuneratief van aard was. De opdrachtgevende diensten preciseerden in het besluit immers dat de vergoeding voor de middels het telematicaplatform van de aankoopcentrale verrichte diensten was vastgesteld op 1,5 % van de waarde van de opdracht, en dat dit bedrag door de opdrachtnemer werd betaald.
- 24 Voorts brengt de Consiglio di stato in herinnering dat het Hof van Justitie van de Europese Unie in het arrest van 20 oktober 2005 in zaak C-264/03, „opdrachtgeving” (punt 44), te weten de aan een rechtspersoon toevertrouwde taak om in naam en voor rekening van de opdrachtgever goederen en diensten te kopen, als verrichting van diensten in de zin van het Unierecht heeft gekwalificeerd, en heeft verklaard (punt 61) dat de in die zaak onderzochte Franse wet die deze prestatie voorbehield aan limitatief opgesomde categorieën rechtspersonen naar Frans recht, in strijd is met het beginsel van gelijke behandeling van de verschillende dienstverleners.
- 25 Tot slot vermeldt de Consiglio di stato dat de Europese wetgever zich positief heeft uitgelaten over aankoopcentrales, met name in de overwegingen 15 en 16 van richtlijn 2004/18/EG, en daarbij impliciet de mogelijkheid heeft erkend om er ruimer gebruik van te maken.