



Datum van
inontvangstneming

:

03/09/2020

Zaak C-332/20

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

Datum van indiening:

22 juli 2020

Verwijzende rechter:

Consiglio di Stato (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

13 februari 2020

Verzoekende partijen:

Roma Multiservizi s.p.a.

Rekeep s.p.a.

Verwerende partijen:

Roma Capitale

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Voorwerp van het hoofdgeding

Het geschil betreft de rechtmatigheid van het besluit van een publiekrechtelijke aanbestedende dienst die van een aanbesteding voor de keuze van een particuliere aandeelhouder in een op te richten nieuwe gemengde vennootschap met openbaar en particulier kapitaal (hierna: „gemengde vennootschap”) een groepering van twee vennootschappen heeft uitgesloten op grond van het feit dat haar indirecte deelneming in een van die twee vennootschappen ertoe zou leiden dat het plafond voor de deelneming van de aanbestedende dienst in de nieuwe gemengde vennootschap, dat op 51 % is vastgesteld, werd overschreden.

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

Uitlegging van richtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU en artikel 107 VWEU, onder verwijzing naar de Italiaanse wettelijke regeling die grenzen stelt aan de deelname van de overheid in gemengde vennootschappen.

Artikel 267 VWEU

Prejudiciële vragen

1) Is het in overeenstemming met het recht [van de Europese Unie] en de juiste uitlegging van de overwegingen 14 en 32 en de artikelen 12 en 18 van richtlijn 24/2014/EU en artikel 30 van richtlijn 23/2014/EU, ook onder verwijzing naar artikel 107 VWEU, dat voor de vaststelling van de minimumgrens van 30 % van de deelneming van de particuliere aandeelhouder in een op te richten gemengde vennootschap met openbaar en particulier kapitaal – een grens die de nationale wetgever ter uitvoering van de in de communautaire rechtspraak vastgelegde beginselen [van het recht van de Unie] passend acht – uitsluitend rekening moet worden gehouden met de formele samenstelling van deze aandeelhouder, zoals die uit de stukken volgt, of kan dan wel moet de overheidsinstantie die de aanbesteding uitschrijft, rekening houden met haar eigen indirecte deelneming in de concurrerende particuliere aandeelhouder?

2) Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, is het dan verenigbaar en in overeenstemming met de beginselen [van het recht van de Europese Unie], en in het bijzonder met de beginselen van mededinging, evenredigheid en geschiktheid, dat de overheidsinstantie die de aanbesteding uitschrijft de concurrerende particuliere aandeelhouder, wiens daadwerkelijke deelneming aan de gemengde vennootschap met openbaar en particulier kapitaal als gevolg van de vastgestelde directe of indirecte overheidsdeelneming in feite minder dan 30 % bedraagt, van de aanbesteding kan uitsluiten?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Richtlijn 2014/24/EU, met name overwegingen 14 en 32, artikelen 12 en 18

Richtlijn 23/2014/EU, met name artikelen 3 en 30

Arrest van het Hof van 15 oktober 2009, C-196/08, Acoset

Arrest van het Hof van 22 december 2010, C-215/09, Mehiläinen Oy

Interpretatieve mededeling van de Europese Commissie van 12 april 2008

Groenboek van de Europese Commissie van 30 april 2004

Artikel 106 VWEU

Aangevoerde nationale bepalingen

Decreto legislativo del 19 agosto 2016, n. 175, „Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica” (wetsbesluit nr. 175 van 19 augustus 2016 houdende de geconsolideerde tekst betreffende vennootschappen waarin de overheid participeert), in het bijzonder de volgende artikelen.

Artikel 4 stelt de doeleinden vast die door de overheid kunnen worden nagestreefd door middel van de oprichting van vennootschappen waarin wordt belegd: enerzijds moeten dit vennootschappen zijn waarvan de activiteiten strikt noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van de institutionele doelstellingen van de entiteit; anderzijds moeten de uit te voeren activiteiten vallen onder de activiteiten die uitdrukkelijk zijn genoemd in het tweede lid van die bepaling: a) het leveren van een dienst van algemeen belang, waaronder het aanleggen en het beheer van netwerken en de installaties die voor dergelijke diensten worden gebruikt; b) het ontwerp en de uitvoering van een openbaar werk op basis van een programmaovereenkomst tussen overheidsdiensten; c) de bouw en het beheer van een openbaar werk of de organisatie en het beheer van een dienst van algemeen belang door middel van een aandeelhouderschapsovereenkomst.

Artikel 7, lid 5, schrijft voor dat particuliere aandeelhouders vooraf moeten worden geselecteerd op basis van een openbare aanbestedingsprocedure, in overeenstemming met artikel 5, lid 9, van decreto legislativo del 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) [wetsbesluit nr. 50 van 18 april 2016 (wetboek overheidsopdrachten)], terwijl artikel 17, lid 2, bepaalt: „De particuliere aandeelhouder moet voldoen aan de kwalificatie-eisen die in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen worden gesteld aan de dienst waarvoor de vennootschap is opgericht”, welke kwalificatie-eisen (algemene en bijzondere, technische en economisch-financiële eisen) in de aankondiging van de aanbesteding moeten worden gespecificeerd.”

Artikel 17, lid 1, bepaalt: „In gemengde vennootschappen met openbaar en particulier kapitaal mag het aandeelhouderschap van de particuliere entiteit niet minder dan 30 % bedragen en de selectie van deze laatste geschiedt op basis van een openbare aanbestedingsprocedure [...] en is tegelijkertijd gericht op de inschrijving op of de aankoop van de deelneming van de vennootschap door de particuliere aandeelhouder en de gunning van de aanbestedings- of concessieovereenkomst die het exclusieve voorwerp van de activiteit van de gemengde vennootschap vormt”.

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure

- 1 De gemeente Rome, genoemd Roma Capitale, heeft een aanbesteding uitgeschreven voor de keuze van de particuliere aandeelhouder en voor het toevertrouwen van de geïntegreerde schooldienst waarvoor Roma Capitale bevoegd is, aan een gemengde vennootschap op aandelen, waarbij de deelneming van Roma Capitale op 51 % en die van de particuliere aandeelhouder op 49 % is

vastgesteld en waarbij is bepaald dat deze laatste het volledige operationele risico moet dragen.

- 2 Een van de deelnemers aan de aanbesteding was de op te richten groepering tussen Roma Multiservizi s.p.a. en Rekeep s.p.a., die echter is uitgesloten omdat Roma Multiservizi s.p.a. voor 51 % in handen is van de vennootschap AMA s.p.a., waarvan het kapitaal volledig in handen is van de aanbestedende dienst zelf, Roma Capitale. Als de directe en indirecte deelnemingen bij elkaar zouden worden opgeteld, zou Roma Capitale dus uiteindelijk een daadwerkelijke deelneming van 73,5 % in de op te richten gemengde vennootschap hebben gehad, waarmee de voor deze aanbesteding vastgestelde grens van 51 % zou worden overschreden.
- 3 In twee afzonderlijke beroepen hebben Roma Multiservizi s.p.a. en Rekeep s.p.a. bij de Tribunale amministrativo regionale del Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Lazio, Italië; hierna: „T.A.R.”) verzocht om nietigverklaring van het besluit tot uitsluiting. Beide vennootschappen hebben ook, subsidiair, gevorderd dat het Hof van Justitie wordt verzocht om een prejudiciële beslissing, zodat het de nationale wettelijke regeling betreffende de keuze van de particuliere aandeelhouder in een op te richten gemengde vennootschap correct kan uitleggen.
- 4 De T.A.R. heeft beide beroepen ongegrond verklaard. Beide vennootschappen hebben bij de verwijzende rechter hoger beroep ingesteld en hun verzoek om een prejudiciële beslissing aan het Hof herhaald.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

Verzoekende partijen hebben soortgelijke middelen aangevoerd. In het bijzonder heeft Roma Multiservizi s.p.a. aangevoerd dat:

- a) wat de particuliere aandeelhouder betreft, in de aankondiging van de aanbesteding niet uitdrukkelijk was vermeld dat het aandeel van 49 % van de particuliere aandeelhouder niet mede door middel van een indirecte overheidsdeelneming mocht worden bereikt;
- b) het besluit tot uitsluiting in ieder geval is aangetast door de schending van het beginsel dat uitsluitingsclausules exhaustief zijn.

Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing

- 5 Om te beginnen schetst de verwijzende rechter de Italiaanse wettelijke regeling die uitvoering geeft aan richtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU en die onder meer gemengde vennootschappen regelt. In die regeling is bepaald dat de overheid voor het beheer van bepaalde activiteiten kan kiezen tussen een „in-house” beheer via een vennootschap die volledig in handen is van de overheid en de oprichting van een gemengde vennootschap, waarbij voor dit laatste model

gedetailleerde regels worden vastgesteld om het in overeenstemming te brengen met het recht van de Europese Unie. Daarbij is rekening gehouden met de punten van kritiek die in de rechtspraak van de Europese Unie aan de orde zijn gesteld met betrekking tot de vroegere nationale wettelijke regeling, die de mogelijkheid om – bij ontstentenis van een aanbesteding – overeenkomsten met de overheid te sluiten over activiteiten of diensten, direct of indirect voorbehield aan ondernemingen met een overheersende of volledige directe of indirecte overheidsdeelneming. De kritiek was gebaseerd op het feit dat het rechtstreeks toevertrouwen van de dienst aan de gemengde vennootschap een manier zou kunnen zijn om het beginsel van vrije mededinging te omzeilen: uitzonderingen daarop zijn slechts toegestaan als deze voldoende worden gerechtvaardigd door de noodzaak om een taak van algemeen economisch belang te vervullen, d.w.z. met het oog op een winstgevende samenwerking tussen de overheid en de particuliere sector, zoals aangegeven in het Groenboek van de Europese Commissie van 30 april 2004.

- 6 In dit verband moet het (winstgevende) doel van de gemengde vennootschap worden gespecificeerd en moet het worden onderscheiden van dat van de overheid, dat ontegenzeggelijk openbaar is, met als gevolg dat de activiteit van de gemengde vennootschap en de diensten die zij aanbiedt, onderworpen zijn aan voorwaarden van toegankelijkheid die een uitsluitend particuliere entiteit niet als voordelig zou beschouwen. De bovengrens van 70 % van de overheidsdeelneming in gemengde vennootschappen geeft dus de drempel aan waarboven de activiteit van een dergelijke vennootschap de mededinging op de markt zou verstoren, aangezien dit niet alleen die specifieke marktsector onaantrekkelijk zou maken, maar de particuliere aandeelhouder van de gemengde vennootschap ook in staat zou stellen het economische risico van deelneming in de onderneming zelf buitensporig te beperken (tot minder dan 30 %). Bovendien is de gemengde vennootschap met een particuliere aandeelhouder die via een tweeledige aanbestedingsprocedure is geselecteerd, het resultaat van de rechtspraak van de Consiglio di Stato, de verwijzende rechter in de onderhavige zaak, die door het Hof van Justitie als juist is erkend (arrest van 15 oktober 2009, Acoset, C-196/08, EU:C:2009:628).
- 7 Voorts mag, mede in het licht van het vigerende Unierecht, worden aangenomen dat:
 - a) de keuze van een overheidsinstantie om een gemengde vennootschap op te richten een typische uiting is van de discretionaire bevoegdheid die de wet aan die instantie geeft om de door haar te beschermen openbare belangen te behartigen;
 - b) de particuliere aandeelhouder, die op basis van een openbare aanbesteding moet worden gekozen, operationeel moet zijn en niet louter een kapitaalvennootschap mag zijn, gezien de specifieke rol die hij moet spelen bij de verwezenlijking van het bedrijfsdoel: bovendien wordt de betrokkenheid van de particuliere aandeelhouder bij het

nastreven van doelstellingen van algemeen belang juist gerechtvaardigd door het feit dat de overheid niet beschikt over de nodige vaardigheden en de particuliere aandeelhouder wel;

- c) de deelneming van de operationele aandeelhouder passend moet zijn, d.w.z. geschikt om het ondernemingsdoel te helpen verwezenlijken; deze geschiktheid is door de nationale wetgever, juist met het oog op de naleving van de Unierechtelijke beginselen, vastgesteld op de minimale deelnemingsdrempel van 30 %, met als gevolg dat een deelname onder deze drempel op zich niet geschikt is om het ondernemingsdoel daadwerkelijk te helpen verwezenlijken;
 - d) de overheidsdeelneming in de gemengde vennootschap dienovereenkomstig niet meer dan 70 % mag bedragen.
- 8 Voor de beslechting van het geschil moet worden bepaald of, om de billijke drempel voor deelname aan de op te richten gemengde vennootschap (niet meer dan 70 % voor de overheidsdeelneming, niet minder dan 30 % voor de particuliere aandeelhouder) in acht te nemen, uitsluitend rekening moet worden gehouden met de juridische aard van de particuliere aandeelhouder (die vanuit „formeel” oogpunt een privaatrechtelijke naamloze vennootschap is), of, indien er sprake is van een overheidsdeelneming, ook rekening moet worden gehouden met het „inhoudelijke” aspect van die deelneming. In het eerste geval wordt – zoals verzoeksters stellen – voorrang gegeven aan de gelijke behandeling van concurrenten en aan het beginsel van non-discriminatie, alsook aan het meer algemene beginsel van de vrijheid van particulier economisch initiatief; in het tweede geval bestaat het gevaar dat de nationale wettelijke regeling wordt omzeild doordat geen rekening wordt gehouden met de deelneming van overheidskapitaal, kan er een situatie van marktinefficiëntie ontstaan en wordt het beginsel van mededinging geschonden, aangezien een particuliere aandeelhouder ten onrechte de voordelen van overheidsdeelneming kan genieten. Vanuit dit laatste oogpunt moet een besluit van een overheidsinstantie (zoals in het onderhavige geval Roma Capitale) waarbij de samenstelling van aandeelhouders die wensen deel te nemen aan de selectie van de aandeelhouder van een op te richten gemengde vennootschap, specifiek wordt beoordeeld en wordt besloten een concurrent, waarin die overheidsinstantie in aanzienlijke mate deelneemt in het kapitaal, uit te sluiten, worden geacht in overeenstemming te zijn met de nationale grondwettelijke beginselen en met de Unierechtelijke beginselen van efficiëntie, doeltreffendheid, geschiktheid en evenredigheid, met betrekking tot het beginsel van mededinging, gelijke behandeling en non-discriminatie. Kiezen voor de ene of de andere uitlegging kan leiden tot een beslechting in een bepaalde zin of juist in de tegenovergestelde zin, zodat het relevant is om een prejudiciële uitleggingsvraag aan het Hof voor te leggen.