



Datum van inontvangstneming : 05/02/2025

Zaak C-856/24**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:**

11 december 2024

Verwijzende rechter:

Consiglio di Stato (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

10 december 2024

Verzoekende partij:

Sad Trasporto Locale SpA

Verwerende partij:

Provincia autonoma di Bolzano

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Hoger beroep ingesteld bij de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) tegen het vonnis van de Tribunale regionale di giustizia amministrativa del Trentino-Alto Adige – Sezione Autonoma di Bolzano (bestuursrechter in eerste aanleg Trentino-Alto Adige, autonome afdeling Bolzano, Italië; hierna: „TRGA”) houdende verwerping van het beroep tot nietigverklaring van een besluit van de Provincia autonoma di Bolzano (autonome provincie Bolzano; hierna: „Provincia”) waarbij de lokale openbare vervoerdienst per bus, die verdeeld is in meerdere percelen, gedeeltelijk inhouse is gegund.

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

De verwijzende rechter legt de volgende vraagstukken aan het Hof voor: Werkingssfeer van artikel 5, lid 2, van verordening nr. 1370/2007 in verband met een onderhandse gunning door de Provincia waarbij het „operationeel risico” niet is overgegaan op de inhousevennootschap. Twijfel bij de uitlegging of die

bepaling van toepassing is op alle openbaredienstcontracten voor personenvervoer die onderhands aan een interne exploitant zijn gegund. Aard en omvang van de beperkingen die het nationale recht aan inhousegunning kan stellen.

Prejudiciële vragen

„1 Moet artikel 5, leden 1 en 2, van verordening nr. 1370/2007, aldus worden uitgelegd dat de in artikel 5, lid 2, vervatte regeling betreffende de onderhandse gunning van openbaredienstcontracten voor personenvervoer aan een inhousevennootschap vereist dat wordt nagegaan of het operationeel risico overgaat op de interne exploitant waaraan de opdracht is gegund en niet van toepassing is indien dat risico niet overgaat, of staat deze bepaling geheel los van de analyse van de overgang van het operationeel risico omdat de inhousevennootschap – waarvan sprake is indien is voldaan aan het vereiste dat die overheidsdienst daarover zeggenschap als over haar eigen diensten uitoefent – niet onafhankelijk is van de overheidsdienst?

2 Staat het [Unie]recht, en met name artikel 5, lid 2, [van] verordening [nr. 1370/2007], met betrekking tot de onderhandse gunning aan een interne exploitant van een openbaredienstcontract voor personenvervoer, voor zover daarin is bepaald dat die gunning mogelijk is „[a]ls de nationale wetgeving het niet verbiedt”, in de weg aan een nationale regeling als die van artikel 192, lid 2, [van decreto legislativo nr. 50/2016], die „inhousegunning” weliswaar niet volledig verbiedt, maar toestaat met beperkingen, en in het bijzonder de aanbestedende dienst uitsluitend toestaat om opdrachten op deze wijze te gunnen indien marktfalen is aangetoond en niet op de enkele grond van de beoordeling van de economische-bestuurlijke opportuniteit?”

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

- Artikel 106, lid 2, VWEU;
- Verordening (EG) nr. 1370/2007, met name overweging 18; artikel 5, leden 1 en 2,
- Richtlijn 2014/23/EU, met name de artikelen 5, lid 1, onder b), artikel 10, lid 3, en artikel 2, lid 1;
- Richtlijn 2014/24/EU, met name artikel 2, lid 1, punt 5, en artikel 12;
- Richtlijn 2014/25/EU, met name overweging 35, artikel 2, lid 1, punt 5, en artikel 28.

Rechtspraak van het Hof

Arresten van 10 oktober 2023, Sad Trasporto locale (C-186/22, EU:C:2023:795), en 2 oktober 2019, Irgita (C-285/18, EU:C:2019:829); beschikking van 6 februari 2020, Rieco; (gevoegde zaken C-89/19–C-91/19, EU:C:2020:8); arresten van 8 mei 2019, Rhenus Veniro (C-253/18, EU:C:2019:386); 18 november 1999, Teckal, (C-107/98, EU:C:1999:562); 11 mei 2016, Carbotermo en Consorzio Alisei (C-340/04, EU:C:2006:308), en 18 juni 2020, Porin kaupunki (C-328/19, EU:C:2020:483).

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Nationale regelgeving

Legge n. 99 recante disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia (wet nr. 99 houdende regels voor de ontwikkeling en internationalisering van ondernemingen en op het gebied van energie) van 23 juli 2009, met name artikel 61: „1 Met het oog op de harmonisatie van het liberaliserings- en mededingingsproces in de sector van het regionaal en lokaal openbaar vervoer met de communautaire regelgeving, kunnen de instanties die bevoegd zijn tot de gunning van dienstcontracten, eventueel in afwijking van sectorale regelingen, artikel 5, leden 2, 4, 5 en 6, en artikel 8, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 toepassen. De uitsluiting op grond van artikel 18, lid 2, onder a), van wetsbesluit nr. 42 van 19 november 1997 geldt niet voor ondernemingen, in Italië of in het buitenland, waaraan dienstencontracten zijn gegund in de zin van voornoemde verordening (EG) nr. 1370/2007.”

Decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici (wetsbesluit nr. 50 – wetboek betreffende overheidsopdrachten) van 18 april 2016 (hierna: „wetsbesluit nr. 50/2016”), met name de volgende artikelen:

- Artikel 5, lid 1: „1 Een concessie of een overheidsopdracht die in de algemene of bijzondere sectoren door een aanbestedende dienst of instantie wordt gegund aan een privaat- of publiekrechtelijke rechtspersoon valt buiten het toepassingsgebied van dit wetboek indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan: a) de aanbestedende dienst of instantie oefent op de betrokken rechtspersoon toezicht uit zoals op de eigen diensten; b) meer dan 80 % van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon wordt uitgeoefend in de vorm van taken die haar zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende dienst of instantie of door andere, door diezelfde aanbestedende dienst of instantie gecontroleerde rechtspersonen; c) er is geen directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon, met uitzondering van geen controle of blokkerende macht opleverende vormen van participatie van privékapitaal, vereist krachtens de

nationale regelgeving, in overeenstemming met de verdragen, die geen beslissende invloed uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon”;

- Artikel 18, lid 1, onder a): „Dit wetboek is niet van toepassing: a) op [...] concessies voor openbare personenvervoersdiensten in de zin van verordening (EG) nr. 1370/2007”;
- Artikel 192, lid 2: „Ten behoeve van de inhousegunning van een overeenkomst voor diensten die onder concurrerende marktvoorwaarden beschikbaar zijn, beoordelen de aanbestedende diensten vooraf de economische opportuniteit van het aanbod van de inhouse-entiteiten in het licht van het doel en de waarde van de dienst, en vermelden zij in de motivering van het gunningsbesluit de redenen waarom er geen beroep wordt gedaan op de markt alsmede de maatschappelijke voordelen van de gehanteerde beheerwijze, mede onder verwijzing naar de doelstellingen van universaliteit en maatschappelijke verantwoordelijkheid, efficiëntie, betaalbaarheid en kwaliteit van de dienst, alsmede optimaal gebruik van de publieke middelen.”

Decreto legislativo n. 175 – Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (wetsbesluit nr. 175 betreffende codificatiewetgeving inzake vennootschappen met overheidsdeelneming) van 19 augustus 2016

- Artikel 16 (met het opschrift „Inhousevennootschappen”), lid 7: „De in dit artikel bedoelde vennootschappen zijn gehouden om werken, goederen en diensten te verwerven overeenkomstig de regels van [wetsbesluit nr. 50/2016], onverminderd het bepaalde in de artikelen 5 en 192 [wetsbesluit nr. 50/2016].”

Regelgeving van de Provincia

Legge provinciale (provinciale wet) nr. 15 van 23 november 2015

- Artikel 20: „De diensten kunnen, in overeenstemming met het Unierecht, worden verricht door de overheden zelf of door een entiteit waarover de bevoegde plaatselijke overheid, of in geval van een groepering van overheden, ten minste één bevoegde plaatselijke overheid, net als over haar eigen diensten zeggenschap uitoefent.”

Legge Provinciale n. 16 in materia di appalti pubblici (provinciale wet nr. 16 inzake overheidsopdrachten) van 17 december 2015, zoals ingevoerd bij artikel 4, lid 2, van legge provinciale nr. 3 van 9 juli 2019.

- Artikel 7, lid 9: „De lokale openbaarvervoerdienst wordt hoofdzakelijk gewaarborgd door de [Provincia], ook op grond van een model van openbaar beheer inhouse of door een speciale onderneming, volgens de beginselen van duurzame mobiliteit, in overeenstemming met het

[Unie]recht. Totdat de vennootschap of de speciale onderneming zal zijn geselecteerd waarborgt de Provincia met eigen maatregelen de voortzetting van de dienst voor de gebruikers. Gunningen met aankondiging voor kleine en aanvullende vervoerslijnen in het kader van een geïntegreerd mobiliteitssysteem alsmede interventies ter bevordering van het midden- en kleinbedrijf in het plaatselijk vervoer, blijven onverlet.”

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 De onderhavige procedure betreft de gunning van bepaalde lokale openbaarvervoerdiensten per bus door de Provincia. Bij besluit van 27 oktober 2020 heeft de Provincia voor lokale openbaarvervoerdiensten per bus bepaald dat een „gemengd transportmodel [wordt gebruikt] waarbij een deel inhouse en een deel door middel van een openbare aanbesteding wordt gegund”. Voor de diensten, die in 10 verschillende percelen moesten worden gegund, was bepaald dat „het ecologisch duurzame netwerk wordt gegund aan een inhousevennootschap van de Provincia” (de vennootschap SASA s.p.a.).
- 2 De vennootschap Sad Trasporto Locale s.p.a. (hierna: „SAD”) is tegen dit besluit opgekomen bij de TRGA voor zover daarin is bepaald dat een deel van de lokale openbaarvervoerdienst per bus onderhands wordt gegund.
- 3 In zijn vonnis heeft de TRGA verklaard dat uit de nationale regeling volgt dat beherende entiteiten de mogelijkheid hebben om, als alternatief voor beroep op de markt, tot inhousegunning over te gaan op basis van het beginsel dat openbare diensten in eigen beheer kunnen worden aangeboden; op grond daarvan worden beide vormen van gunning (inhouse en beroep op de markt) op gelijke voet geplaatst, zonder dat uit de wet voorkeur voor het ene of het andere instrument blijkt.
- 4 De TRGA is van oordeel dat de nationale regeling volgens welke op de overheidsdienst die voornemens is tot inhousegunning over te gaan een zwaardere motiveringsplicht rust, en die overheidsdienst met name moet motiveren dat wegens marktfalen tot inhousegunning moet worden overgegaan, op grond van het Unierecht niet van toepassing is op de sector van lokale openbaarvervoerdiensten. De overheidsdienst heeft dus een grote beslissingsvrijheid bij de keuze tussen inhousegunning en beroep op de markt, die los staat van het vereiste van marktfalen; de rechter kan die keuze uitsluitend onrechtmatig verklaren indien deze kennelijk onlogisch, onredelijk, irrationeel en willekeurig is, of gebaseerd is op een grove verdraaiing van de feiten.

De TRGA heeft geoordeeld dat in casu artikel 5, lid 2, van verordening nr. 1370/2007 van toepassing is: dienaangaande was de TRGA het niet eens met het argument van SAD dat het volgens die bepaling uitsluitend mogelijk is om beroep te doen op een vennootschap waarover „net als over haar eigen diensten zeggenschap” wordt uitgeoefend indien een „operationeel risico” overgaat op de

inhouse-entiteit. Die rechter heeft eveneens geoordeeld dat de keuze voor inhousegunning toereikend is gemotiveerd. Bijgevolg heeft die rechter het beroep verworpen. SAD heeft tegen dit vonnis van de TRGA hoger beroep ingesteld bij de Consiglio di Stato, de verwijzende rechter in de onderhavige zaak.

Voornaamste argumenten van de partijen in het hoofdgeding

- 5 Verzoekster komt in wezen op tegen de inhousegunning door de Provincia aan SASA. SAD voert tegen het bestreden vonnis dezelfde argumenten aan als in eerste aanleg, en met name dat in casu artikel 192, lid 2, van wetsbesluit nr. 50/2016 van toepassing is, volgens welke bepaling de overheidsdienst als motivering voor de keuze voor inhousegunning marktfaalen dient aan te voeren.
- 6 In het bijzonder betwist SAD de door de TRGA gegeven reconstructie van het rechtskader met de volgende argumenten:
 - artikel 106, lid 2, VWEU staat niet in de weg aan de toepassing van artikel 192, lid 2, van wetsbesluit nr. 50/2016 aangezien de regeling van het VWEU uitsluitend bepaalt: *„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 de Verdragen, met name onder de mededingingsregels, voor zover 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 Unie.”* Dit artikel 192 stelt daarentegen slechts grenzen die ertoe strekken misbruik van inhousegunning te voorkomen.
- 7 SAD voert opnieuw aan dat artikel 192, lid 2, van wetsbesluit nr. 50/2016 van toepassing is, en wijst er daarbij op dat dit wetboek weliswaar niet wordt toegepast op „concessies voor openbare personenvervoersdiensten in de zin van verordening (EG) nr. 1370/2007” [artikel 18, lid 1, onder a), van wetsbesluit nr. 50/2016], maar er in casu geen sprake is van een concessie, aangezien het risico niet is overgegaan op de inhouse-entiteit waaraan de opdracht is gegund.
- 8 Dat artikel 192, lid 2, van wetsbesluit nr. 50/2016 van toepassing is blijkt volgens verzoekster hoe dan ook uit een aantal andere bepalingen:
 - artikel 16, lid 7, van wetsbesluit nr. 175 van 19 augustus 2016 – de nationale regeling die op overheidsondernemingen van toepassing is – bepaalt in de regeling die voor inhousevennootschappen geldt dat de artikelen 5 en 192 van wetsbesluit nr. 50/2016, waarin overheidscontracten zijn geregeld en de mogelijkheid van inhousegunning is beperkt, hoe dan ook van toepassing zijn („onverminderd het bepaalde in de artikelen 5 en 192 van [wetsbesluit nr. 50/2016]”).
 - artikel 5, lid 2, van verordening nr. 1370/2007 bepaalt dat inhousegunning mogelijk is „[a]ls de nationale wetgeving het niet verbiedt”, en hoe dan ook „[o]nder voorbehoud van de toepasselijke nationale wettelijke bepalingen”

(overweging 18) en laat dus toe dat een nationale bepaling als artikel 192, lid 2, van wetsbesluit nr. 50/2016 wordt toegepast.

- 9 Verzoekster stelt dat ook indien artikel 192, lid 2, van wetsbesluit nr. 50/2016 niet van toepassing zou zijn, het litigieuze besluit hoe dan ook onrechtmatig is aangezien daarin geen marktvergelijking heeft plaatsgevonden, vooraf geen beoordeling van de economische opportuniteit van inhousebeheer is uitgevoerd, en geen vergelijkende analyse is verricht van de door de markt geboden kosten/baten, vooral voor de gebruikers, en er bijgevolg geen enkele geldige reden is om geen beroep op de markt te doen.

Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing

- 10 De verwijzende rechter verzoekt het Hof om te verduidelijken of daadwerkelijk onderscheid kan worden gemaakt tussen contracten voor overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten in geval van een onderhandse gunning aan een interne exploitant in de zin van artikel 5, lid 2, van verordening nr. 1370/2007.
- 11 De eerste vraag die aan de Unierechter wordt voorgelegd betreft de werkingssfeer van artikel 5, lid 2, van verordening nr. 1370/2007.
- 12 In de onderhavige zaak betoogt verzoekster dat deze bepaling niet van toepassing is omdat de onderhandse gunning door de Provincia niet tot gevolg heeft dat het operationeel risico op de inhousevennootschap overgaat. Die bepaling heeft uitsluitend betrekking op concessies, waarbij het risico per definitie op de exploitant overgaat, en kan daarom geen toepassing vinden.
- 13 Bijgevolg moet allereerst worden vastgesteld of de in artikel 5, lid 2, van verordening nr. 1370/2007 vervatte regeling betreffende de onderhandse gunning aan een interne exploitant zonder onderscheid van toepassing is op inhousegunningen, dan wel vereist dat wordt nagegaan of het operationeel risico is overgegaan op de interne exploitant waaraan de opdracht is gegund en niet van toepassing is op inhousegunningen waarbij dat risico niet op de exploitant is overgegaan.
- 14 Aan de hand van het antwoord dat het Hof zal geven kan worden bepaald of artikel 5, lid 2, van verordening nr. 1370/2007 van toepassing is op inhousegunningen waartoe de overheidsdienst heeft besloten zonder vooraf uitdrukkelijk een formele concessie te verlenen die ertoe strekt het risico op de inhousevennootschap over te dragen en zonder specifiek het falen van de markt te analyseren.
- 15 De formulering van de vraag is vergelijkbaar met een van de meerdere vragen die de verwijzende rechter in een andere zaak aan het Hof heeft voorgelegd en die in het betrokken arrest (van 19 oktober 2023, C-186/22) niet is beantwoord.

- 16 Verordening nr. 1370/2007 voorziet, als vormen van gunning van openbaredienstcontracten voor lokale openbaarvervoersdiensten, zowel in de onderhandse gunning aan een interne exploitant [artikel 2, onder j), en artikel 5, lid 2] als in het beroep op de markt door gunning (na een aanbestedingsprocedure of onderhands) aan een derde (artikel 5, leden 3 en 4). Onder interne exploitant wordt verstaan een „juridisch onafhankelijke entiteit waarover een bevoegde plaatselijke overheid – of in geval van een groepering van overheden, ten minste één bevoegde plaatselijke overheid – net als over haar eigen diensten zeggenschap uitoefent” [artikel 2, onder j) van verordening nr. 1370/2007], en de voorwaarden voor een dergelijke onderhandse gunning zijn vastgesteld in artikel 5, lid 2, van die verordening.
- 17 Deze wijze van gunning is vergelijkbaar met de wijze die is omschreven in de rechtspraak en het Unierecht op het gebied van inhousegunning (artikel 28 van richtlijn 2014/25 en artikel 12 van richtlijn 2014/24). Artikel 5, lid 1, van verordening nr. 1370/2007 maakt in de regeling betreffende de gunning van openbaredienstcontracten voor personenvervoer per bus of tram onderscheid tussen de op die gunningen toepasselijke regeling door te bepalen dat op bepaalde overeenkomsten de richtlijnen op het gebied van de plaatsing van overheidsopdrachten van toepassing zijn, en op andere overeenkomsten de in de artikel 5, leden 2 tot en met 6, bedoelde regeling van toepassing is.
- 18 Voor de vaststelling van het begrip „dienstenconcessie” (en dus ook voor het begrip „overheidsopdracht”) verwijst artikel 5, lid 1, van verordening nr. 1370/2007 naar de voornoemde richtlijnen 2014/23, 2014/24 en 2014/25 op het gebied van aanbestedingen.

Volgens artikel 2 van de richtlijnen 2014/24 (lid 1, punt 5) en 2014/25 (lid 1, punt 5) zijn overheidsopdrachten schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een aanbestedende dienst en een ondernemer zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten. Volgens artikel 5, punt 1, onder b), van richtlijn 2014/23 wordt onder „concessie voor diensten” daarentegen verstaan een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel waarbij één of meer aanbestedende diensten of aanbestedende instanties de verrichting van diensten laten uitvoeren door één of meer ondernemers, waarvoor de tegenprestatie bestaat hetzij uitsluitend in het recht de diensten die het voorwerp van het contract vormen, te exploiteren, hetzij in dit recht en een betaling. De gunning van een concessie voor werken of voor diensten brengt met zich dat het operationeel risico aan de concessiehouder wordt overgedragen, zoals bepaald in artikel 5, punt 1, onder b), van richtlijn 2014/23.

- 19 In het licht van de regeling in artikel 5 van verordening nr. 1370/2007 zou kunnen worden gesteld dat de leden 2 tot en met 6 van datzelfde artikel van toepassing kunnen zijn op de gunning van concessies voor openbare personenvervoersdiensten per bus, maar niet tevens op de gunning van overheidsopdrachten voor die diensten.

- 20 Dat ook in gevallen van onderhandse gunning aan een interne exploitant onderscheid tussen openbaredienstcontracten moet worden gemaakt op basis van hun vorm (concessie of overheidsopdracht) lijkt te zijn bevestigd in de rechtspraak van de Unie, waarin het Hof heeft geoordeeld dat wat opdrachten betreft die normaliter binnen de materiële en temporele werkingssfeer van richtlijn 2004/17 of richtlijn 2004/18 vallen, onderhandse gunningen van contracten betreffende openbaar personenvervoer per bus die niet de vorm aannemen van concessieovereenkomsten in de zin van deze richtlijnen, niet onderworpen zijn aan artikel 5, lid 2, van verordening nr. 1370/2007, maar aan de regeling voor onderhandse gunningen die op basis van die richtlijnen is ontwikkeld (zie in die zin arresten van 21 maart 2019, Rhenus Veniro, gevoegde zaken C-266/17 en C-267/17, EU:C:2019:241, punten 73-76, en 8 mei 2019, Rhenus Veniro, C-253/18, EU:C:2019:386, punt 26).
- 21 De verwijzende rechter verzoekt het Hof evenwel om te verduidelijken of daadwerkelijk onderscheid kan worden gemaakt tussen contracten voor overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten wanneer er sprake is van een onderhandse gunning aan een interne exploitant in de zin van artikel 5, lid 2, van verordening nr. 1370/2007. Dit vraagstuk is namelijk niet uitdrukkelijk onderzocht in de motivering van het voornoemde arrest van het Hof in de zaak C-253/13.
- 22 In dat geval lijken ten eerste de contractpartijen in wezen niet onafhankelijk van elkaar zijn en lijkt er evenmin sprake te zijn van een uitwisseling van prestaties onder bezwarende titel, die daarentegen ten grondslag ligt aan de definitie van aanbestedingsovereenkomsten en concessieovereenkomsten. Bovendien lijkt het operationeel risico niet over te gaan op de begunstigde – zoals bij concessies doorgaans het geval is – aangezien het gaat om investeringen en risico's die worden gedragen door de exploitant die, ook als is hij formeel een andere entiteit, zich gedraagt als een onderdeel van de organisatie van de aanbestedende entiteit, voor wier rekening de eventuele financiële gevolgen van slecht beheer en de tekorten zullen komen.
- 23 Ten tweede lijken de richtlijnen 2014/24 en 2014/25 hoe dan ook niet van toepassing op de onderhandse gunning van openbaredienstcontracten voor personenvervoer per bus, aangezien er sprake is van een betrekking tussen aanbestedende diensten als bedoeld in artikel 28 van richtlijn 2014/25 of tussen entiteiten in de overheidssector als bedoeld in artikel 12 van richtlijn 2014/24, waarop de bepalingen van afgeleid recht op het gebied van overheidsopdrachten niet van toepassing zijn, met als gevolg dat aangezien die richtlijnen niet van toepassing zijn, het ook niet nodig lijkt om de werkingssfeer van artikel 5, lid 2, verordening nr. 1370/2007 te beperken.
- 24 Normaal gesproken vormt de overeenkomst een instrument voor het oplossen van een belangenconflict van vermogensrechtelijke aard tussen wederpartijen die niet alleen formeel, maar ook materieel onafhankelijk van elkaar zijn, waarbij elke partij een unitair en autonoom centrum van belangen vertegenwoordigt.

Inhousegunning vormt daarentegen een organisatiemodel dat gebaseerd is op de capaciteit van de aanbestedende dienst om de diensten in eigen beheer aan te bieden, door middel van structuren die alleen in formeel opzicht onafhankelijk zijn van de aanbestedende instantie, die daarover net als over haar eigen diensten zeggenschap uitoefent.

- 25 Zoals het Hof heeft gepreciseerd: „Bij een inhousegunning wordt de aanbestedende dienst geacht gebruik te maken van zijn eigen middelen. Zelfs indien de opdrachtnemende entiteit juridisch onafhankelijk is van de aanbestedende dienst, maakt zij immers nagenoeg deel uit van de interne diensten daarvan, voor zover aan twee voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet de aanbestedende dienst zeggenschap over de opdrachtnemende entiteit uitoefenen zoals over zijn eigen diensten. Ten tweede moet deze entiteit het merendeel van haar werkzaamheden verrichten ten behoeve van de aanbestedende dienst of aanbestedende diensten waarvan zij in handen is” (zie in die zin arresten van 18 november 1999, Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, punt 50, en 11 mei 2006, Carbotermo en Consorzio Alisei, C-340/04, EU:C:2006:308, punt 33) (arrest van 18 juni 2020, Porin kaupunki, C-328/19, EU:C:2020:483, punt 66).
- 26 Juist het feit dat de partijen in materieel opzicht niet onafhankelijk van elkaar zijn rechtvaardigt dat de gunning aan de gecontroleerde entiteit vooraf niet wordt gescreend aan de hand van de mededingingsregels en dus niet wordt onderworpen aan de Unieregeling inzake de plaatsing van overheidsopdrachten. Er is immers geen sprake van een echte overeenkomst onder bezwarende titel, maar louter van een opdracht, althans een missie die de begunstigde niet kan weigeren, ongeacht de formele vorm die de aldus tot stand gebrachte interne betrekking aanneemt. Dit heeft tot gevolg dat, aangezien er geen sprake is van een aanbesteding, de Europese aanbestedingsprocedures voor overheidsopdrachten evenmin kunnen worden toegepast.
- 27 De mogelijkheid van inhousegunning als alternatief voor aanbesteding volgt ook uit overweging 5 van richtlijn 2014/24, waarin erop wordt gewezen dat overheidsdiensten de dienstverlening mogen organiseren „met andere middelen dan overheidsopdrachten in de zin van deze richtlijn”, dus ook door gebruik te maken van een interne juridische constructie wanneer is voldaan aan de voorwaarden van artikel 12, lid 1, van richtlijn 2014/24 (arrest van 6 februari 2020, Rieco, gevoegde zaken C-89/19–C/91/19, EU:C:2020:8, punt 35).
- 28 Aangezien contracten voor overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten naar hun aard impliceren dat de respectieve offers worden verdeeld onder de (ook) materieel onafhankelijke partijen, is het dus twijfelachtig of er in geval van een onderhandse gunning aan een interne exploitant sprake kan zijn van een aanbestedingsovereenkomst of een concessieovereenkomst in strikte zin, aangezien de overheidsdienst:
 - a) ten eerste geen uitwisseling van prestaties onder bezwarende titel tot stand brengt waarbij een vergoeding wordt betaald voor een tegenprestatie die wordt

verricht door een materieel en formeel onafhankelijke entiteit, en aan de tegenpartij evenmin enig exploitatierisico overdraagt (zoals doorgaans het geval is bij concessies), dat hoe dan ook bij de bevoegde entiteit blijft (waarvan de begunstigde louter een organisatorische eenheid vormt);

b) ten tweede slechts haar eigen middelen aanwendt om de openbare dienst in eigen beheer aan te bieden, welke dienst wordt verricht door een entiteit die deel uitmaakt van haar interne diensten en slechts in juridisch-formeel opzicht onafhankelijk van haar is.

- 29 Om die redenen lijkt het dat, wanneer in artikel 5, lid 1, van verordening nr. 1370/2007 wordt verwezen naar het onderscheid tussen openbaredienstcontracten en contracten voor dienstenconcessies, een dergelijk onderscheid kan worden gemaakt in gevallen waarin de dienst wordt gegund aan een exploitant die materieel en formeel onafhankelijk is van de aanbestedende entiteit, maar dat dat niet kan wanneer de dienst wordt gegund aan een interne exploitant als een inhousevennootschap.
- 30 Die conclusie lijkt bovendien te worden bevestigd door artikel 2, onder i), van verordening nr. 1370/2007, waarin is bepaald dat onder „openbaredienstcontract” niet alleen de bindende overeenkomst „waarbij de exploitant van openbare diensten in het kader van de openbaredienstverplichtingen wordt belast met het beheer en de exploitatie van openbare personenvervoersdiensten” wordt verstaan, maar ook, naargelang de wetgeving van de lidstaten, een „specifiek wettelijk of bestuursrechtelijk besluit” of een besluit „waarin de voorwaarden worden vastgesteld waaronder de bevoegde instantie de diensten zelf mag verzekeren of toevertrouwen aan een interne exploitant”.
- 31 Het onderscheid tussen de soorten besluiten die voldoen aan de vereisten van het openbaredienstcontract, naargelang de dienst wordt gegund aan een exploitant van een openbare dienst of een interne exploitant, bevestigt de verschillende juridische aard van de betrekkingen die tussen de partijen tot stand kunnen komen. Dit bevestigt dat er in geval van gunning aan een interne exploitant geen sprake is van een betrekking die bestaat in een wederkerige verhouding onder bezwarende titel, van een uitwisseling van prestaties tussen een bevoegde instantie en een exploitant van een openbare dienst (toegespitst op „de overeenkomst tussen een bevoegde instantie en een exploitant van openbare diensten”, de enige overeenkomst waarbij onderscheid tussen overheidsopdracht en concessie lijkt te kunnen worden gemaakt), maar van een organisatorische betrekking die voortvloeit uit een opdracht die is verleend aan een entiteit die alleen in formeel opzicht onafhankelijk is van de aanbestedende entiteit, waarmee „de voorwaarden worden vastgesteld waaronder de bevoegde instantie de diensten zelf mag verzekeren of toevertrouwen aan een interne exploitant”.
- 32 Dat artikel 5, lid 2, van verordening nr. 1370/2007 van toepassing moet zijn op de onderhandse gunning van het dienstencontract aan een interne exploitant, zonder onderscheid te kunnen maken tussen overheidsopdrachten en concessies, lijkt

eveneens voort te vloeien uit het feit dat inhousegunning (dat, zoals gezegd, vergelijkbaar is met de onderhandse gunning aan een interne exploitant in de zin van artikel 5, lid 2, van verordening nr. 1370/2007) buiten de werkingssfeer van de richtlijnen 2014/24 en 2014/25 valt.

- 33 De toepassing van verordening nr. 1370/2007 lijkt bijgevolg alleen te kunnen worden uitgesloten voor „echte” aanbestedingen van vervoersdiensten per bus die worden gegund aan externe exploitanten met inachtneming van de bepalingen van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten, maar niet tevens voor inhousegunningen, die als zodanig moeten worden geacht volledig te zijn onderworpen aan artikel 5, lid 2, van die verordening, los van de vraag of het operationeel risico overgaat.
- 34 De Europese Commissie heeft in haar opmerkingen in de genoemde zaak C-186/22 betoogd dat artikel 5, lid 2, van verordening nr. 1370/2007 vereist dat onderscheid wordt gemaakt tussen inhousegunningen in de vorm van een aanbesteding en inhousegunningen in de vorm van een concessie, en dat die bepaling alleen moet worden toegepast in het tweede geval.
- 35 Tot slot, gezien de belangrijke verschillen tussen de gunning aan een derde exploitant en de onderhandse gunning aan een interne exploitant, vraagt de verwijzende rechter zich af of artikel 5, lid 2, van verordening nr. 1370/2007 van toepassing is op alle openbardienstcontracten voor personenvervoer die onderhands aan een interne exploitant worden gegund.
- 36 In deze zaak is ook de vraag aan de orde of artikel 192, lid 2, van wetsbesluit nr. 50/2016 van toepassing is op inhousegunning. Volgens die nationale bepaling geldt voor de keuze van de overheidsdienst om over te gaan tot inhousegunning een zwaardere motiveringsplicht.
- 37 Artikel 192, lid 2, van wetsbesluit nr. 50/2016 schrijft voor dat voor de inhousegunning van op de markt beschikbare diensten aan twee voorwaarden moet zijn voldaan – een vereiste dat niet geldt voor andere vormen van gunning van dezelfde diensten:
 - i) de eerste voorwaarde is dat moet worden gemotiveerd welke omstandigheden ertoe hebben geleid dat geen beroep is gedaan op de markt, aangezien inhousegunning wordt geacht een secundaire keuze te zijn en uitsluitend rechtmatig lijkt indien is aangetoond dat „de relevante markt faalt” wegens voorzienbare tekortkomingen betreffende „de doelstellingen van universaliteit en maatschappelijke verantwoordelijkheid, efficiëntie, betaalbaarheid en kwaliteit van de dienst, alsmede optimaal gebruik van de publieke middelen” – doelstellingen die de inhousevennootschap daarentegen wel kan bereiken.
 - ii) de tweede voorwaarde is dat moet worden aangegeven welke specifieke maatschappelijke voordelen inhousegunning biedt. Het Italiaanse recht vereist derhalve zwaardere vormen van motivering voor inhousegunningen, die moeten

worden geacht ondergeschikt te zijn aan, en een uitzondering te vormen op, de aanbesteding tussen ondernemingen.,

- 38 In wezen komt in artikel 192, lid 2, van wetsbesluit nr. 50/2016 de lang door de Italiaanse wetgever gevolgde tendens tot uitdrukking beroep op onderhandse gunningen te beperken, teneinde misbruik van dat instrument door nationale en lokale overheidsdiensten tegen te gaan.
- 39 Het Hof heeft geoordeeld dat artikel 192, lid 2, van wetsbesluit nr. 50/2016 niet in strijd is met artikel 12, lid 3, van richtlijn 2014/24, en er nogmaals op gewezen dat uit het beginsel van bestuurlijke vrijheid „[d]e vrijheid van de lidstaten om de wijze van dienstverlening te kiezen waarmee de aanbestedende diensten in hun eigen behoeften voorzien” voortvloeit, en dat dit beginsel bijgevolg betekent dat de lidstaten „het verrichten van een inhoustransactie ervan afhankelijk mogen maken dat de plaatsing van een overheidsopdracht onmogelijk is en, in ieder geval, dat de aanbestedende dienst aantoonbaar voordelen voor de samenleving specifiek zijn verbonden aan de keuze voor een inhoustransactie” (beschikking van 6 februari 2020, Rieco, gevoegde zaken C-89/19–C-91/19, EU:C:2020:8).
- 40 Indien artikel 192, lid 2, van wetsbesluit nr. 50/2016 in strijd zou zijn met de Unieregeling op het gebied van lokale openbaarvervoersdiensten, zou die bepaling niet van toepassing zijn op gunningen waarop verordening nr. 1370/2007 van toepassing is. Indien die nationale regeling daarentegen niet in strijd met het Unierecht wordt geacht, moet de verwijzende rechter nagaan of die bepaling volgens het nationale recht in concreto is nageleefd.
- 41 In dit verband moet erop worden gewezen dat diezelfde verwijzende rechter in een aantal eerdere arresten heeft geoordeeld dat indien de gunning in overeenstemming met artikel 5, lid 2, van verordening nr. 1370/2007 is verricht, in het nationale recht artikel 192, lid 2, van wetsbesluit nr. 50/2016 niet van toepassing is, en de overheidsdienst bijgevolg geen specifieke controle hoeft te verrichten met betrekking tot het falen van de markt. Afhankelijk van het antwoord dat het Hof zal geven moet worden nagegaan of de verwijzende rechter die eerdere opvatting in de onderhavige zaak moet blijven volgen.
- 42 Verordening nr. 1370/2007 voorziet, als alternatieve vorm van gunning van openbaardienstcontracten voor lokale openbaarvervoersdiensten ten opzichte van beroep op de markt, in de onderhandse gunning aan een interne exploitant. De bevoegde plaatselijke overheid kan besluiten „onderhands een openbaardienstcontract te gunnen aan een juridisch onafhankelijke entiteit waarover de bevoegde plaatselijke overheid – of in geval van een groepering van overheden, ten minste één bevoegde plaatselijke overheid – net als over haar eigen diensten zeggenschap uitoefent” (artikel 5, lid 2).
- 43 Het is toegestaan om tot die vorm van gunning over te gaan „[a]ls de nationale wetgeving het niet verbiedt” (aanvang van artikel 5, lid 2, van verordening nr. 1370/2007).

- 44 De twijfel over de uitlegging betreft het vraagstuk of artikel 5, lid 2, van verordening nr. 1370/2007 de nationale wetgever verplicht om tussen twee alternatieven te kiezen, en de nationale regeling inhousegunning dus tout court kan verbieden of tout court kan toestaan, dan wel de nationale wetgever tevens toestaat om een tussenweg te kiezen die de lokale autoriteiten de mogelijkheid biedt om, zij het met beperkingen, tot inhousegunning over te gaan. Deze tweede optie zou correct kunnen worden geacht met name op grond van het logische beginsel van „het meerdere omvat het mindere”, zodat de nationale autoriteiten inhousegunning volledig kunnen verbieden maar ook kunnen beperken zonder haar volledig uit te sluiten.
- 45 De verwijzende rechter blijft evenwel twijfel houden over de uitlegging, en het vraagstuk moet derhalve aan het Hof worden voorgelegd, aangezien artikel 5, lid 2, van verordening nr. 1370/2007 uitdrukkelijk bepaalt dat de lidstaten uitsluitend de mogelijkheid hebben om inhousegunning te „verbieden” en die bepaling deel uitmaakt van een verordening, dat wil zeggen een rechtsbron die de lidstaten volledig bindt en rechtstreeks toepasselijk is. In de onderhavige zaak blijkt overigens de bijzonderheid van de Unieregeling, die in plaats van de toe te staan dat de nationale rechtsbronnen door die regeling worden aangevuld, toestaat dat in die rechtsbronnen de eigen werkingssfeer wordt beperkt (dat wil zeggen, toe te staan dat inhousegunning, hoewel zij in die verordening is voorzien en geregeld, in het nationale recht wordt uitgesloten).
- 46 Indien het Hof van oordeel is dat artikel 5, lid 2, van verordening nr. 1370/2007 de lidstaten toestaat om inhousegunning te beperken zonder het volledig te verbieden, verzoekt de verwijzende rechter het Hof om een ander twijfelpunt over de uitlegging op te lossen betreffende de aard en de „omvang” van de beperkingen die het nationale recht aan inhousegunning kan stellen.
- 47 Deze twijfel rijst wegens de bijzonderheden van de regeling inzake lokale openbaarvervoersdiensten, waarop volgens de Unieregeling „gecontroleerde mededinging” van toepassing is teneinde de liberalisatie te verenigen met „de uitvoering van de aan exploitanten van openbare diensten opgedragen specifieke taken” (overweging 7 van verordening nr. 1370/2007), aangezien „[v]ele voor het algemeen economisch belang noodzakelijke personenvervoersdiensten over land [...] niet op commerciële basis [kunnen] worden geëxploiteerd” (overweging 5 van verordening nr. 1370/2007).
- 48 Uit die bijzonderheden van de sector van lokale openbaarvervoersdiensten zou – ten opzichte van de gewone regeling betreffende diensten van algemeen economisch belang – bijgevolg een groter belang kunnen voortvloeien van het Unierechtelijke „beginsel van bestuurlijke vrijheid van de overheid” waarnaar ook in verordening nr. 1370/2007 wordt verwezen (overweging 18 en artikel 5, lid 2).
- 49 Met betrekking tot de sector van lokale openbaarvervoersdiensten moet bijgevolg worden vastgesteld of artikel 5, lid 2, van verordening nr. 1370/2007 in de weg staat aan een nationale regeling als die van artikel 192, lid 2, van wetsbesluit

nr. 50/2016, die de beslissingsbevoegdheid van overheidsinstanties aanzienlijk beperkt door hen toe te staan uitsluitend tot inhousegunning over te gaan indien falen van de markt is aangetoond, en niet alleen op grond van een beoordeling van de economische-bestuurlijke opportuniteit.