



Datum van
inontvangstneming

:

21/05/2018

Zaak C-253/18

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

12 april 2018

Verwijzende rechter:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

7 maart 2018

Verzoekende partij:

Stadt Euskirchen

Verwerende partij:

Rhenus Veniro GmbH & Co. KG

[OMISSIS]

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

BESLISSING

In de beroepsprocedure inzake het plaatsen van opdrachten tussen

Stadt Euskirchen, [OMISSIS],

appellante en verweerster [voor de Vergabekammer],

[OMISSIS]

en

RHENUS VENIRO GmbH & Co. KG, [OMISSIS] Moers,

geïntimeerde en verzoekster [voor de Vergabekammer],

[OMISSIS]

in tegenwoordigheid van: **[Or. 2]**

SVE Stadtverkehr Euskirchen GmbH, [OMISSIS] Euskirchen

eerste medegedaagde,

RVK Regionalverkehr Köln GmbH, [OMISSIS] Keulen,

tweede medegedaagde,

[OMISSIS]

heeft de Vergabesenat (voor overheidsopdrachten bevoegde kamer) van het Oberlandesgericht Düsseldorf (hoogste rechterlijke instantie Düsseldorf) na de terechtzitting op 31 januari 2018 [OMISSIS]

beslist:

De behandeling van de zaak wordt geschorst.

Aan het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt ter uitlegging van verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van verordeningen (EEG) nr. 1191/69 en (EEG) nr. 1107/70 van de Raad [OMISSIS] in aanvulling op de prejudiciële vragen in de bij de Senat aanhangige procedures VII-Verg 17/16, 18/16 en VII-Verg 51/[16] de volgende vraag voorgelegd met het verzoek om een prejudiciële beslissing:

Sluit artikel 5, lid 2, tweede zin, onder e), van verordening (EG) nr. 1370/2007, met de verplichting om de openbare **[Or. 3]** personenvervoersdiensten grotendeels zelf uit te voeren, uit dat de interne exploitant deze diensten grotendeels door een onderneming laat uitvoeren waarin hij 2,5 % van de aandelen houdt en de overige aandelen direct of indirect worden gehouden door andere bevoegde overheidsinstanties?

Motivering

I.

- 1 Appellante is een middelgrote, onder een district ressorterende gemeente en het verantwoordelijke overheidsorgaan overeenkomstig § 8, lid 3, PBefG (Personenbeförderungsgesetz [Duitse wet op het personenvervoer], in de versie die is bekendgemaakt op 8 augustus 1990, [OMISSIS] laatstelijk gewijzigd bij artikel 5 van de wet van 29 augustus 2016 [OMISSIS]) juncto § 3 ÖPNVG NRW (Gesetz über den öffentlichen Personennahverkehr in Nordrhein-Westfalen (wet op het openbare personenvervoer in de deelstaat Noordrijn-Westfalen) van 7 maart 1995, [OMISSIS] laatstelijk gewijzigd bij wet van 15 december 2016 [OMISSIS]), alsmede binnen haar werkterrein de bevoegde overheidsinstantie in de zin van verordening (EG) nr. 1370/2007.

- 2 Op 8 december 2016 publiceerde appellante in het Supplement bij het Publicatieblad van de Europese Unie een vooraankondiging zonder oproep tot mededinging over de voorgenomen onderhandse gunning van openbare personenvervoersdiensten met bussen en overige motorvoertuigen overeenkomstig artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 (2016/S 195-351806).
- 3 De personenvervoersdiensten zullen op grond daarvan door onderhandse gunning aan eerste medegedaagde als interne exploitant worden gegund. De opdracht zal op 1 januari 2019 een aanvang nemen en voor 120 maanden worden verleend. **[Or. 4]**
- 4 Eerste medegedaagde is een 100 %- dochteronderneming van appellante en houdster van de vergunningen op het gebied van het personenvervoer voor de in punt III 1.5) van de bekendmaking van 8 december 2016 genoemde buslijnen.
- 5 Eerste medegedaagde is verbonden aan Zweckverband Verkehrsverbund Rhein-Sieg (hierna: „VRS”) middels een samenwerkingsovereenkomst van 25 september 2001, welke in § 2, lid 3, de verplichting bevat het gemeenschappelijke tarief toe te passen dat door Verkehrsverbund Rhein Sieg GmbH – een 100 %- dochteronderneming van Zweckverband – voor Zweckverband is vastgesteld. Leden van Zweckverband zijn de steden Bonn, Köln, Leverkusen en Monheim alsmede de districten Rhein-Erft Kreis, Oberbergische Kreis, Rheinisch Bergische Kreis en Kreis Euskirchen.
- 6 Appellante heeft ingestemd met het sluiten van de samenwerkingsovereenkomst.
- 7 Eerste medegedaagde, die zelf niet beschikt over eigen voertuigen en bestuurders, is voornemens de personenvervoersdiensten te laten uitvoeren door tweede medegedaagde, en wel op grond van een onderaannemingsovereenkomst.
- 8 Tweede medegedaagde verricht vervoersdiensten in het gehele gebied van VRS. De aandelen van tweede medegedaagde zijn voor telkens 12,5 % in handen van Kölner Verkehrsbetriebe AG, Kreisholding Rhein Sieg GmbH, Rhein-Erft Verkehrsgesellschaft mbH, Elektrische Bahn der Stadt Bonn und des Rhein Sieg Kreises SBB GmbH (hierna: SBB GmbH), Stadtwerke Bonn Verkehrs GmbH alsmede van de districten Kreis Euskirchen en Rheinisch-Bergische Kreis. Verder is 2,5 % van de aandelen in handen van het district Oberbergische Kreis en 10 % in handen van tweede medegedaagde zelf.
- 9 Op 19 juli 2016 bood SBB GmbH – onder voorbehoud van toestemming van de raad van de Stadt Bonn - 2,5 % van haar aandelen in tweede medegedaagde aan eerste medegedaagde te koop aan. Eerste medegedaagde reageerde hierop bij schrijven van 25 augustus 2016 en gaf aan **[Or. 5]** het aanbod te willen aanvaarden en de aankoop van de aandelen per het begin van de exploitatie op 1 januari 2019 te willen realiseren. Ondertussen heeft de raad van appellante ingestemd met de aankoop van de aandelen.

- 10 Reeds in boekjaar 2015 heeft eerste medegedaagde bij de exploitatie van het openbaar personenvervoer verliezen geleden, omdat de opbrengsten van de exploitatie van de stadsbussen (ca. 3,22 miljoen EUR) duidelijk lager waren dan de operationele uitgaven voor personeel en materieel (ca. 5,34 miljoen EUR).
- 11 Zoals in het verleden gebruikelijk was, is men ook in de toekomst voornemens om dergelijke verliezen via winstuitkeringen van een deelneming van eerste medegedaagde te compenseren, zoals appellante aan geïntimeerde heeft laten weten naar aanleiding van haar desbetreffende vraag bij schrijven van 7 november 2016, waarbij werd gewezen op het voordeel van zogenoemde „steuerliche Querverbundeffekte” (fiscale gevolgen van een samenwerkingsverband).
- 12 Bij de deelneming gaat het om e-regio GmbH & Co KG, een lokaal energie- en waterleidingbedrijf waarin eerste medegedaagde deelneemt met een aandeel van 50 %. Enige aandeelhouder van de beherende vennoot/GmbH is e-regio GmbH & Co. KG zelf.
- 13 Geïntimeerde kwam op tegen de voorgenomen onderhandse gunning aan eerste medegedaagde bij schrijven van 7 november 2016 wegens strijdigheid met het aanbestedingsrecht en stelde, nadat appellante niet op haar bezwaar was ingegaan, beroep in bij de bevoegde Vergabekammer (rechterlijke instantie in eerste aanleg in aanbestedingszaken).
- 14 Bij besluit van 16 mei 2017 heeft de Vergabekammer appellante verboden om de opdracht aan eerste medegedaagde te gunnen. Ter motivering heeft deze instantie in wezen geoordeeld dat de voorgenomen onderhandse gunning weliswaar valt binnen het toepassingsgebied van artikel 5, lid 2, eerste en tweede zin, van verordening (EG) nr. 1370/2007 en verder dat bij de beoordeling van de vraag of is voldaan aan de voorwaarden van een onderhandse gunning, het tijdstip waarop de onderhandse gunning effectief wordt, en niet het tijdstip van de openbare bekendmaking van belang is. **[Or. 6]** Volgens de Vergabekammer is evenwel niet voldaan aan het criterium bedoeld in artikel 5, lid 2, eerste en tweede zin, onder b), noch aan het vereiste om zelf de diensten te verrichten overeenkomstig artikel 5, lid 2, eerste en tweede zin, onder e), van verordening (EG) nr. 1370/2007. Tweede medegedaagde, op wie eerste medegedaagde een minimale invloed heeft, verricht ook buiten het grondgebied van appellante openbare personenvervoersdiensten, en wel binnen het gehele gebied van Verkehrsverbund Rhein-Sieg (VRS). Op grond van artikel 5, lid 2, eerste en tweede zin, onder b), van verordening (EG) nr. 1370/2007 moet het grondgebied van de afzonderlijke overheidsinstantie – hier appellante – overeenstemmen met het geografische werkerrein van de interne exploitant. Aan deze voorwaarde is in het onderhavige geval niet voldaan, aldus de Vergabekammer. Evenmin is voldaan aan de vereisten van artikel 5, lid 2, eerste en tweede zin, onder e), van verordening (EG) nr. 1370/2007. Het staat vast dat eerste medegedaagde voornemens is de litigieuze vervoersdiensten voor meer dan 80 % te laten uitvoeren door tweede medegedaagde. De vervoersdiensten van tweede medegedaagde kunnen niet als eigen vervoersdiensten aan eerste medegedaagde worden toegerekend, omdat zij

per 1 januari 2019 slechts 2,5 % van de aandelen verwerft. Een dergelijk gering minderheidsbelang kan volgens de Vergabekammer niet tot gevolg hebben dat de rechtspersoonlijkheid van eerste medegedaagde die van tweede medegedaagde omvat.

- 15 Tegen dit besluit is het hoger beroep van appellante gericht.

Zij is van mening dat in het kader van artikel 5, lid 2, eerste en tweede zin, onder b), van verordening (EG) nr. 1370/2007 het gebied van belang is van de bevoegde overheidsinstanties die zeggenschap uitoefenen over de deels publieke exploitant – hier tweede medegedaagde. Aan de toerekening van de vervoersdiensten van tweede medegedaagde als eigen vervoersdiensten van eerste medegedaagde staat niet in de weg dat de diensten door een onderneming worden verricht waarover meerdere publieke opdrachtgevers gezamenlijk zeggenschap uitoefenen. De toerekening van vervoersdiensten van een andere onderneming is toelaatbaar volgens zogenoemde „in house”-criteria overeenkomstig § 108 GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; Duitse wet ter bestrijding van mededingingsbeperkingen), in de versie die is bekendgemaakt op 26 juni 2013 [OMISSIS]. De [Or. 7] onderneming waarin de deelneming wordt aangehouden, is volgens de „in house”-beginselen materieel gezien geen vreemde onderneming. Eerste medegedaagde oefent over tweede medegedaagde gezamenlijk zeggenschap uit conform § 108, lid 5, punt 1, GWB, zoals zij over haar eigen instanties zou uitoefenen.

II.

- 16 Of het rechtsmiddel slaagt, hangt naar de opvatting van de Senat af van de beantwoording van meerdere vragen.

Deels zijn deze vragen reeds onderwerp van de verzoeken om een prejudiciële beslissing aan het Hof van Justitie van de Europese Unie in de procedures VII-Verg 51/16 en VII-Verg 17/16 en 18/16, waarover tot dusver nog niet is beslist. Hierbij gaat het telkens om de eerste vraag van beide verwijzingsbeslissingen alsmede om de vierde en de zesde prejudiciële vraag in de procedures VII-Verg 17/16, VII-Verg 18/16 (zie onder 1.). Verder is nog een prejudiciële vraag van belang voor de beslissing van de beroepsprocedure, mocht het Hof de reeds aanhangige prejudiciële vragen bevestigend beantwoorden (zie onder 2.).

- 17 1.

De volgende vragen zijn reeds onderwerp van de verzoeken om een prejudiciële beslissing aan het Hof van Justitie van de Europese Unie in de procedures VII-Verg 51/16 en VII-Verg 17/16 en 18/16 en zijn voor de beslissing in de onderhavige procedure allemaal even relevant:

- 18 (eerste prejudiciële vraag)

Is artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 van toepassing op onderhands te gunnen openbaardienstcontracten in de zin van artikel 2, onder i), van de verordening, die overeenkomstig artikel 5, lid 1, tweede zin, van de verordening niet de vorm aannemen van contracten voor dienstenconcessies in de zin van de richtlijnen 2004/17/EG of 2004/18/EG? **[Or. 8]**

- 19 (vierde prejudiciële vraag, VII-Verg 51/16, inhoudelijk dezelfde als de zesde prejudiciële vraag, VII-Verg 17/17, VII-Verg 18/16)

Wanneer moet zijn voldaan aan de voorwaarden voor een onderhandse gunning overeenkomstig artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007: al ten tijde van de publicatie van een beoogde onderhandse gunning overeenkomstig artikel 7 van verordening (EG) nr. 1370/2007 of pas op het moment van de onderhandse gunning zelf?

- 20 (vierde prejudiciële vraag, VII-Verg 17/17, VII-Verg 18/16)

Is het op grond van artikel 5, lid 2, tweede zin, onder b), van verordening (EG) nr. 1370/2007 toegestaan dat de interne exploitant respectievelijk iedere andere onderneming waarop deze exploitant een, zelfs minimale, invloed heeft, ook voor andere bevoegde plaatselijke overheden binnen hun grondgebied (inclusief uitgaande lijnen of andere kleinere elementen van die activiteit die het grondgebied van naburige bevoegde plaatselijke overheden binnenkomen) openbare personenvervoersdiensten verricht, ingeval deze niet in het kader van openbare aanbestedingen worden gegund?

- 21 Dat deze prejudiciële vragen ook voor de beslissing in de onderhavige beroepsprocedure relevant zijn, behoeft geen nadere verduidelijking. Om herhalingen te voorkomen wordt verwezen naar de uiteenzetting van de Senat in zijn beslissingen van 3 mei 2017, VII Verg 51/16 [OMISSIS] en VII Verg 17/16 en 18/16 [OMISSIS].

Ter aanvulling dient slechts te worden vermeld dat de door appellante te gunnen opdracht niet kan worden aangemerkt als contract voor dienstenconcessies in de zin van (artikel 1, lid 4, van richtlijn 2004/17/EG respectievelijk) artikel 1, lid 4, van richtlijn 2004/18/EG juncto artikel 5, lid 5, van verordening (EG) nr. 1370/2007. Er is geen sprake van de hiervoor volgens de rechtspraak van de Senat [OMISSIS] vereiste overname van een groot deel van het tot dusver bij de opdrachtgever berustende gebruiks- en exploitatierisico in het kader van het verrichten van de vervoersdiensten. De door appellante aangehaalde zogenoemde „steuerliche Querverbundeffekte” hebben tot gevolg dat eventuele **[Or. 9]** verliezen van eerste medegedaagde bij het verrichten van de vervoersdiensten worden gecompenseerd middels winstuitkeringen van e-regio GmbH & Co. KG.

- 22 2.

Mocht het Hof alle drie vragen bevestigend beantwoorden, is de onderhavige procedure nog niet in staat van wijzen, aangezien voor de beslissing ook relevant

is welke vereisten spelen bij het criterium dat de interne exploitant gehouden is de diensten zelf uit te voeren als bedoeld in artikel 5, lid 2, tweede zin, onder e), van verordening (EG) nr. 1370/2007.

- 23 De Senat heeft in de procedure VII Verg 51/16 onder punt 3 de volgende prejudiciële vraag geformuleerd:

Sluit artikel 5, lid 2, tweede zin, onder e), van verordening (EG) nr. 1370/2007 met de verplichting de openbare personenvervoersdienst grotendeels zelf uit te voeren, uit dat de interne exploitant dit deel van de diensten door een 100 %-dochteronderneming laat uitvoeren?

- 24 In de motivering van zijn beslissing heeft de Senat uiteengezet (aldaar punt 17) dat hij geneigd is om de door een 100 %-dochteronderneming van de interne exploitant uitgevoerde dienst aan te merken als een dienst van de interne exploitant zelf. Indien het Hof bovenstaande prejudiciële vraag ontkennend beantwoordt en de opvatting van de Senat deelt, is nog niet duidelijk of ook is voldaan aan artikel 5, lid 2, tweede zin, onder e), van verordening (EG) nr. 1370/2007, als de interne exploitant de vervoersdiensten door een dochteronderneming laat uitvoeren waarin hij slechts een gering minderheidsbelang heeft, terwijl de overige aandelen direct of indirect worden gehouden door andere bevoegde overheidsinstanties.

- 25 Naar de opvatting van appellante heeft de interne exploitant de mogelijkheid om de operationele vervoersactiviteiten van een onderaannemer als eigen, zelf uitgevoerde diensten aan zichzelf toe te rekenen, mits is voldaan aan de [Or. 10] „in house”-criteria van het algemene aanbestedingsrecht. Bijgevolg kan bij de toetsing of is voldaan aan het vereiste dat de diensten zelf worden uitgevoerd, volledige zeggenschap (100 %-dochteronderneming) worden gelijkgesteld met gezamenlijke zeggenschap door verschillende territoriale openbare lichamen via een juridisch zelfstandige onderneming overeenkomstig § 108, leden 4 en 5, GWB. Dit zou niet in strijd zijn met het doel en de strekking van de bepaling die ertoe strekt een verslechtering van de sociale en kwaliteitsnormen te voorkomen. Voor die gezamenlijke zeggenschap volstaat dat eerste medegedaagde na de aankoop van 2,5 % van de aandelen in de aandeelhoudersvergadering en in de raad van commissarissen van tweede medegedaagde vertegenwoordigd zal zijn.

- 26 Naar de opvatting van geïntimeerde zou de toerekening van de vervoersdiensten van een dochteronderneming leiden tot een ontoelaatbare uitbreiding van het toepassingsgebied van een uitzondering op het algemene aanbestedingsrecht. De bewoordingen van de bepaling alsmede de systematische en teleologische overwegingen pleiten volgens haar ervoor dat de wetgever de werkzaamheden van de onderneming waarover de interne exploitant zeggenschap uitoefent, niet als werkzaamheden van de interne exploitant beschouwt. Feitelijk zou sprake zijn van een verkeerde interne exploitant. Een toerekening volgens „in house”-beginselen is volgens geïntimeerde niet mogelijk. De „in house”-criteria kunnen niet naar analogie worden toegepast op een onderhandse gunning overeenkomstig

verordening (EG) nr. 1370/2007, aangezien het gaat om twee verschillende rechtsfiguren die aan de hand van telkens andere criteria dienen te worden beoordeeld.