



Datum van inontvangstneming : 30/11/2015

Zaak C-553/15

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

26 oktober 2015

Verwijzende rechter:

Consiglio di Stato / Italië

Datum van de verwijzingsbeslissing:

25 juni 2015

Verzoekende partij:

Undis Servizi Srl

Verwerende partij:

Comune di Sulmona

ITALIAANSE REPUBLIEK

De Consiglio di Stato

Afdeling rechtspraak (Vijfde kamer)

heeft de navolgende

BESCHIKKING

gegeven op het hoger beroep [OMISSIS] ingesteld door Undis Servizi Srl,
[OMISSIS]

tegen

Comune di Sulmona, [OMISSIS]

in aanwezigheid van

Co.ge.sa SpA [OMISSIS]

tegen

het tussen partijen gewezen vonnis nr. 929/2014 van het Tribunale amministrativo regionale Abruzzo, Sede di L'Aquila (regionale bestuursrechter van de Abruzzo, afdeling L'Aquila; hierna: „TAR Abruzzo”), betreffende de inhousegunning van de integrale dienst stedelijk afvalbeheer.

[OMISSIS]

[Or. 2]

[OMISSIS]

- 1 De onderhavige zaak komt voort uit het beroep tot nietigverklaring nr. [OMISSIS], ingesteld door Undis Servizi Srl bij het TAR Abruzzo, van beslissing nr. 60 van 30 september 2014 van de gemeenteraad van Sulmona, waarbij de gemeente heeft beslist dat voldaan was aan de voorwaarden voor de inhousegunning van de integrale dienst stedelijk afvalbeheer aan Co.ge.sa SpA (hierna: „Co.ge.sa”) en het gemeentebestuur en de administratie heeft opgedragen de overeenkomst te sluiten.
- 2 Het TAR Abruzzo heeft het beroep verworpen en geoordeeld dat tussen de gemeentelijke overheid en Co.ge.sa alle voorwaarden waren vervuld om de dienst inhouse te gunnen.
- 3 Verzoekster in eerste aanleg heeft hoger beroep ingesteld tegen dat vonnis wegens onjuistheid ervan.

Met een eerste reeks grieven voert verzoekster aan dat er geen enkele vorm van „toezicht zoals op de eigen diensten” is, aangezien:

a) de Comune di Sulmona minderheidsvennoot is van Co.ge.sa. en de vennootschapsstatuten bepalen dat de fundamentele beslissingen door de algemene vergadering worden genomen, zonder dat de deelname van de minderheidsvennoot daar invloed op heeft;

b) de overeenkomst met Co.ge.sa. die door alle deelnemende lichamen is ondertekend (goedgekeurd door de Comune di Sulmona bij beslissing nr. 59/2014 van de raad) en die naar het oordeel van het TAR Abruzzo beslissend was om de vereiste „toezicht zoals op de eigen diensten” vast te stellen, is „van latere datum” dan de bestreden handelingen, waardoor ze niet door het TAR Abruzzo mocht worden onderzocht;

b) de beslissing in eerste aanleg wordt bovendien weersproken door de omstandigheid dat de vennootschapsstatuten de vennootschapsorganen belasten met een autonome bevoegdheid die onverzoenbaar is met het begrip „toezicht zoals op de eigen diensten”, en door artikel 3, lid 5, van de bedoelde

overeenkomst, luidens hetwelke de vennootschapsorganen het advies over de vennootschapsstatuten van het comité waarin alle deelnemende lichamen zetelen, gemotiveerd naast zich mogen neerleggen.

Verzoekster heeft bovendien aangevoerd dat de vereiste van de „hoofdactiviteit” die wordt verricht ten behoeve van de lichamen (bij artikel 12 van richtlijn 2014/24/EU vastgesteld op 80 %) 50 % bedraagt op basis van de jaarrekeningen van 2011, 2012, en 2013, omdat ook rekening moet worden gehouden met de activiteiten verricht ten behoeve van de gemeenten die geen vennoot zijn, opgelegd aan Co.ge.sa. door de geïntegreerde milieuvergunning nr. 9/11, die Co.ge.sa. in samenhang met het regionaal besluit toestaat afvalverwerkende activiteiten te verrichten, maar dat niet oplegt.

Artikel 4, punt 3, van de statuten bepaalt bovendien dat de deelname aan aanbestedingsprocedures tot de lijst van activiteiten behoort die de vennootschap mag verrichten.

[Or. 3]

Verzoekster heeft ook geklaagd dat niet aan de vereisten van de inhouse relatie is voldaan ook omdat met betrekking tot de vereiste van de „hoofdactiviteit” geen rekening kan worden gehouden met de gunningen aan Co.ge.sa. voorafgaand aan de overeenkomst van 30 oktober 2014, omdat het om een entiteit gaat die niet als in house kan worden aangemerkt. Hieruit volgt dat de omzet die hierop betrekking heeft, niet in aanmerking kan worden genomen om te voldoen aan de vereiste van „hoofdactiviteit”.

3.1. Verzoekster heeft betreffende de laatste grieven verzocht om een prejudiciële verwijzing naar het Hof van Justitie overeenkomstig artikel 267 VWEU.

- 4 Verweerster in het hoofdgeding, Co.ge.sa., heeft geargumenteed dat de in het beroepsschrift vermelde grieven ongegrond zijn en onder meer aangevoerd dat de voornoemde overeenkomst is gesloten voorafgaand aan de dienstenovereenkomst met de Comune di Sulmona voor de gunning die in het geding aan de orde is.
- 5 In het vervolg van haar verweerschrift heeft verzoekster benadrukt hoe het „toezicht zoals op de eigen diensten”, zoals voorzien in de overeenkomst, nog niet ten uitvoer was gelegd.

Co.ge.sa. heeft hierop geantwoord door te argumenteren dat het gaat om een dienst die enkel de taak heeft om het comité van de deelnemende entiteiten te ondersteunen, waardoor de omstandigheid die verzoekster inroept irrelevant is.

- 6 De gemeentelijke overheid heeft op 19 juni 2015 een verweerschrift ingediend.

[OMISSIS] [te late memorie]

- 7 De Consiglio di Stato (Italiaanse Raad van State) maakt voorafgaand aan het onderzoek van de grieven in het verzoekschrift in hoger beroep de volgende opmerkingen van algemene aard.

7.1. Het nationale recht kent geen bepaling die de vereisten van de inhouserelatie vaststelt.

Artikel 113, lid 5, van decreto legislativo (wetsdecreet; hierna: „d.lgs.”) nr. 267/2000 inzake plaatselijke openbare diensten van economisch belang:

– bepaalde: „De dienst wordt verricht volgens de sectorregelingen en met inachtneming van het Unierecht, waarbij de dienst wordt gegund: [...] c) aan vennootschappen waarvan het kapitaal volledig in handen van de overheid is, mits het openbare lichaam of de openbare lichamen die het maatschappelijk kapitaal in handen hebben, op de vennootschap toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten en deze vennootschap het merendeel van haar activiteiten verricht ten behoeve van het openbare lichaam of de openbare lichamen die haar controleren;

– is ingetrokken bij artikel 23 bis [lid 3] van decreto legge (voorlopig wetsdecreet; hierna: „d.l.”) nr. 112/2008, dat bepaalt: „In afwijking van de gewone gunningsmodaliteit in lid 2 kan de opdracht in uitzonderlijke omstandigheden die wegens **[Or. 4]** buitengewone economische, sociale, milieu- en geomorfologische kenmerken van betrokken territoriale context geen efficiënt en nuttig beroep op de markt toelaten, worden gegund aan een vennootschap met een volledig publiek kapitaal met deelname van een plaatselijk lichaam die voldoet aan de vereisten van het Unierecht voor het zogeheten inhousebeheer en hoe dan ook op voorwaarde dat de beginselen van het gemeenschapsrecht inzake toezicht op de vennootschap zoals op de eigen diensten en uitoefening van de activiteit van die vennootschap hoofdzakelijk met het openbare lichaam of de openbare lichamen die er toezicht op uitoefenen, in acht worden genomen”.

Het hierboven aangehaalde artikel 23 bis is op zijn beurt ingetrokken [OMISSIS] *[nationale bepalingen]*

Het wettelijke vacuüm dat zo is ontstaan, is gedeeltelijk opgevuld door artikel 4, lid 13, van d.l. nr. 138/2011 (omgezet bij wet nr. 148/2011), dat de gunning toestond aan inhousevennootschappen met een volledig publiek kapitaal, als uitzonderlijke keuze enkel in die gevallen waarin de economische waarde van de te gunnen dienst gelijk was aan of lager was dan een totaalbedrag van 200 000 EUR per jaar (bedrag zoals gewijzigd bij artikel 25 van d.l. nr. 1 van 24 januari 2012).

Het hier genoemde artikel 4, lid 13 – dat al geen verwijzing meer bevatte naar de elementen die noodzakelijk waren om van een inhouselichaam te kunnen spreken – is bij arrest nr. 199/2012 van de Corte costituzionale (grondwettelijk hof) ongrondwettig verklaard.

7.2. Binnen het huidige nationale wettelijke kader is er dus geen bepaling die aangeeft welke de constitutieve elementen zijn van een inhouselichaam.

De nationale wetgever heeft in verschillende sectorale regelingen [OMISSIS] het inhousebegrip genoemd en voor de juiste afbakening ervan naar het Unierecht verwezen.

Een mooi voorbeeld hiervan is de tekst van de tweede zin van artikel 149 bis, lid 1, van d.lgs. nr. 152 van 3 april 2006, dat luidt: „Een opdracht kan rechtstreeks worden gegund aan volledig publieke vennootschappen die voldoen aan alle vereisten van het Unierecht voor het inhousebeheer, waarin hoe dan ook plaatselijke lichamen deelnemen die binnen het gebied vallen waar een geïntegreerde openbare dienst wordt verricht”.

- 8 In het Europese recht is de inhousegunning ontstaan in de rechtspraak met het oog op het onderzoek in welke gevallen het noodzakelijk is om een aanbesteding uit te schrijven (vanaf het arrest Teckal van 18 november 1999, C-107/98).

De richtlijnen 2014/23/EU (artikel 17), 2014/24/EU (artikel 12) en 2014/25/EU (artikel 28) bepalen de constitutieve elementen ervan teneinde het toepassingsgebied van de richtlijnen inzake aanbestedingen en concessies af te bakenen.

[Or. 5]

Die richtlijnen zijn *ratione temporis* echter niet van toepassing op de onderhavige zaak, aangezien niet kan worden onderzocht of ze rechtstreeks werken – de termijn voor hun omzetting is immers nog niet verstreken.

De betrokken bepalingen hebben echter wel een juridisch belang, ook al is dat kleiner dan in geval van rechtstreekse werking of de regel van de „richtlijnconforme uitlegging door de rechterlijke instanties”.

Het beginsel van de loyale samenwerking behelst een standstillverplichting in die zin dat de nationale wetgever zich in de periode tussen de publicatie van de richtlijn in het PB EU en het verstrijken van de gestelde termijn voor omzetting dient te onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van het voorgeschreven resultaat ernstig in het gedrang zouden brengen (arrest van 18 december 1997, C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie*), net zoals de rechter elke vorm van uitlegging of toepassing van het nationale recht moet vermijden waardoor het door de richtlijn voorgeschreven resultaat na het verstrijken van de termijn voor omzetting in gevaar zou kunnen komen (arrest van 15 april 2008, C-268/06, *Impact*).

Geen van beide hypothesen is in de onderhavige zaak van toepassing, aangezien de zogeheten hoofdactiviteit hoe dan ook moet worden bepaald op basis van het Unierecht zoals het van toepassing was op het ogenblik van het vaststellen van de

bestreden handeling, aangezien niet kan worden verwezen naar een nationale regeling die duidelijk maakt welke de termijnen zijn waarbinnen de voornoemde vereiste moet worden beoordeeld, maar enkel naar een nationale bepaling – artikel 2 van d.lgs. nr. 163/2006 – die de verplichting oplegt om de dienst die aan de orde is in dit geschil te gunnen door middel van een openbare aanbesteding, tenzij er tussen de aanbestedende dienst en de opdrachtnemer een inhouderrelatie in de zin van het Unierecht bestaat.

- 9 De rechtspraak van het Hof van Justitie inzake de vereiste van de „hoofdactiviteit” vermeldt als noodzakelijk element voor een inhouderrelatie dat het lichaam waarop toezicht wordt uitgeoefend „het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die [het] beheersen” (arrest Teckal, 18 november 1999, in C-107/98, punt 50).

De betrokken vereiste is vervolgens verder verduidelijkt door het Hof van Justitie in het arrest Carbotermo, 11 mei 2006, C-340/04, dat daarin als volgt heeft geoordeeld: „[63.] de betrokken onderneming [kan] slechts worden geacht het merendeel van haar werkzaamheden te verrichten voor het lichaam dat haar controleert, in de zin van het reeds aangehaalde arrest Teckal, wanneer de activiteit van deze onderneming zich hoofdzakelijk toespitst op dit lichaam en elke andere activiteit marginaal is.

64. Om uit te maken of dit het geval is, dient de bevoegde rechter alle – zowel kwalitatieve als kwantitatieve – omstandigheden van de zaak in de beschouwing te betrekken.

65. Wat de vraag betreft of in deze context enkel rekening moet worden gehouden met de omzet uit voor het toezichthoudende overheidslichaam verrichte activiteiten dan wel met de omzet die is behaald op het grondgebied van dit lichaam, moet ervan worden uitgegaan dat de beslissende omzet die is welke de betrokken onderneming behaalt krachtens gunningsbesluiten van het toezichthoudende lichaam, met inbegrip van de omzet die bij de uitvoering van dergelijke besluiten voortvloeit uit het verrichten van werkzaamheden voor gebruikers.

[Or. 6]

66. De in aanmerking te nemen werkzaamheden van een onderneming waaraan een opdracht is gegund zijn immers alle werkzaamheden die zij verricht in het kader van een gunning door de aanbestedende dienst, ongeacht of de aanbestedende dienst zelf dan wel de gebruiker van die activiteiten profiteert.

67. Het doet er niet toe wie de betrokken onderneming vergoedt – het overheidslichaam dat haar controleert of de derden-gebruikers van de diensten die worden verricht krachtens concessies die dit lichaam heeft verleend, of andere rechtsverhoudingen die het tot stand heeft gebracht. Irrelevant is eveneens op welk grondgebied deze diensten worden verricht.”

Uit deze rechtspraak blijkt dat dus dat enkel rechtstreeks door het toezichthoudende lichaam gegunde opdrachten in aanmerking kunnen worden genomen om de drempel van de hoofdactiviteit te bereiken.

Uit de voornoemde nieuwe richtlijnen kan evenwel een uitbreiding worden afgeleid van de categorie van in aanmerking te nemen gunningen, doordat deze richtlijnen opleggen om ook rekening te houden met gunningen „door andere rechtspersonen die door die aanbestedende dienst worden gecontroleerd”.

Een dergelijke bepaling vergroot het toepassingsgebied van in house providing.

Er is evenwel geen rechtspraak die verduidelijkt of er, teneinde te beoordelen of de vereiste van „hoofdactiviteit” is vervuld, onder de in aanmerking te nemen gunningen ook rekening moet worden gehouden met gunningen door overheidslichamen die geen vennoot zijn, wanneer de gunning wordt opgelegd door een maatregel van een andere overheidsdienst, in de onderhavige zaak de regio Abruzzo, die aan het lichaam waarvan de inhouse relatie wordt vermoed, afvalbeheer- en afvalverwerkingsactiviteiten oplegt voor gemeenten die geen vennoot zijn.

In het onderhavige geval kan dezelfde ratio worden gehanteerd die het Hof van Justitie ten grondslag heeft gelegd aan de vereiste van „hoofdactiviteit”, aangezien de opgelegde activiteit ten voordele van lichamen die geen vennoot zijn hoe dan ook niet het voorwerp kan zijn van mededinging met andere marktspelers.

Een bijkomend aspect van de afbakening van de vereiste van de hoofdactiviteit, dat relevant is voor de onderhavige zaak, betreft de gunningen die in aanmerking kunnen worden genomen wanneer aan de vereiste van toezicht zoals op de eigen diensten wordt voldaan na de gunning (of, zoals in de onderhavige zaak, alle gunningen voorafgaand aan de overeenkomst tot toezicht van 30 oktober 2014 tussen Co.ge.sa. en de openbare lichamen die vennoot zijn).

Op dit punt kan de formulering van de voornoemde nieuwe richtlijnen een aanwijzing bieden. Artikel 12, lid 5, van richtlijn 2014/24/EU bepaalt immers: „Wanneer in verband met de datum van oprichting van of aanvang van de bedrijfsactiviteiten van die rechtspersoon of aanbestedende dienst, of in verband met een reorganisatie van zijn activiteiten, de omzet of een alternatieve op activiteit gebaseerde maatstaf zoals gemaakte kosten, over de laatste drie jaren niet beschikbaar of niet langer relevant is, volstaat het om met name middels bedrijfsprognoses aan te tonen dat de meting van de activiteit aannemelijk is.”

[Or. 7]

In de rechtspraak van het Hof van Justitie is evenwel geen gelijkaardige passage terug te vinden. De regel kan niettemin worden geacht van toepassing te zijn vóór de vaststelling van de aangehaalde richtlijn, omdat ze overeenkomt met de

beginselen die kunnen worden afgeleid uit de artikelen 43 VWEU, 46 VWEU en 89 VWEU.

De gemeenschapsregeling betreffende de prejudiciële verwijzing is neergelegd in artikel 267 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) (oud artikel 234 VEG) [OMISSIS] *[tekst artikel]*.

[OMISSIS] *[stelsel van prejudiciële verwijzing]*

In de onderhavige zaak zijn de voorwaarden vervuld voor een verzoek om een prejudiciële beslissing over de juiste uitlegging in de zin van artikel 267 VWEU.

De Consiglio di Stato wijst erop dat de prejudiciële vragen die verzoekster opwerpt inzake de vereiste van de hoofdactiviteit verricht door Co.ge.sa voor de Comune di Sulmona vragen van uitlegging van de Verdragen behelzen die relevant zijn voor de beslissing van de rechter, waarover het Hof van Justitie nog geen uitspraak heeft gedaan en waarvoor het Hof van Justitie bevoegd is. Daarom dient een prejudiciële vraag in de zin van artikel 267 VWEU te worden gesteld.

- 10 De volgende prejudiciële vragen worden voorgelegd aan het Hof van Justitie:

[Or. 8]

„a) Moet bij het bepalen van de hoofdactiviteit van het lichaam waarop toezicht wordt uitgeoefend ook rekening worden gehouden met de activiteit voor plaatselijke lichamen die geen vennoten zijn, opgelegd door een overheidsdienst die geen vennoot is?

b) Moet bij het bepalen van de hoofdactiviteit van het lichaam waarop toezicht wordt uitgeoefend ook rekening worden gehouden met opdrachten die zijn gegund door overheidslichamen die vennoten zijn voordat de vereiste van het zogeheten toezicht zoals op de eigen diensten werd gesteld?”

[OMISSIS] *[aan het Hof toegezonden stukken]*

- 11 [OMISSIS] *[nationale procedure]*

DICTUM

De Consiglio di Stato, afdeling rechtspraak (Vijfde kamer) geeft geen eindbeslissing in hoger beroep en:

1. [OMISSIS] doet het Hof van Justitie van de Europese Unie krachtens artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie de processtukken toekomen [OMISSIS];
2. schorst de behandeling van de zaak.

[OMISSIS] *[nationale procedure]*

[OMISSIS] Roma [OMISSIS] 25 juni 2015 [OMISSIS]

[Or. 9]

[OMISSIS]