

**VLAAMSE OVERHEID**  
**DEPARTEMENT BESTUURSZAKEN**  
**AFDELING OVERHEIDSOPDRACHTEN**

**'IN-HOUSE'**  
**EUROPESE RECHTSPRAAK**

jur. Roeland Scheepers  
Adjunct van de directeur

tweede versie 8.7.2008

## Voorafgaande opmerkingen

*Merk op dat er enige begripsverwarring kan optreden: soms spreekt men van 'in-house' in geval van uitvoering van een opdracht met eigen middelen (m.a.w. uitvoering 'in eigen beheer' of 'in regie'), terwijl er bij gunning aan een afgescheiden rechtspersoon (slechts) sprake zou zijn van 'quasi-interne gunning' of 'quasi-in-house' (zie bv. de conclusie van de advocaat-generaal in de zaak Teckal). In termen van dit onderscheid gewaagt men soms ook van 'in-house sensu stricto' en 'in-house sensu lato' (zie bv. de conclusie van de advocaat-generaal in de zaak Parking Brixen).*

*Voor alle duidelijkheid: in dit document wordt verkozen om het begrip 'in-house' in brede zin te hanteren (d.w.z. gunning aan een afgescheiden rechtspersoon).*

*Reeds in de zaken BFI Holding (C-360/96) en RI.SAN (C-108/98) heeft de desbetreffende advocaat-generaal zich over de in-house problematiek gebogen, maar finaal deed het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen er geen uitspraak over.*

## Arrest Teckal van 18/11/1999 (C-107/98)

(...) De gemeente Viano is als territoriaal lichaam een aanbestedende dienst in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 93/36. De nationale rechter dient dus na te gaan, of de betrekking tussen die gemeente en de AGAC ook aan de andere door **richtlijn 93/36** gestelde voorwaarden voldoet om van een overheidsopdracht voor leveringen te kunnen spreken. (...)

Wat het bestaan van een overeenkomst betreft, moet de nationale rechter nagaan, of er een overeenkomst is gesloten tussen twee afzonderlijke personen.

Volgens artikel 1, sub a, van richtlijn 93/36 volstaat daartoe in beginsel, dat de overeenkomst is gesloten tussen een territoriaal lichaam en een persoon die daar rechtens van onderscheiden is. Dit zou slechts anders zijn wanneer het territoriale lichaam op de betrokken persoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen.

Richtlijn 93/36 is van toepassing wanneer een aanbestedende dienst, zoals een territoriaal lichaam, een schriftelijke overeenkomst ten bezwarende titel over de levering van goederen wenst te sluiten met een lichaam dat formeel van hem gescheiden is en zelfstandig beslissingen kan nemen, ongeacht of dat lichaam zelf een aanbestedende dienst is. (...)

- ➔ *Eerste formulering van de in-house uitzondering (bij overheidsopdrachten van leveringen).*
- ➔ *In casu gunde de gemeente Viano een levering aan de Azienda Gas-Aqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, een samenwerkingsverband van (45) gemeenten, dat rechtspersoonlijkheid bezit en beheersautonomie geniet, waarin zij voor 0,9 % deelneemt. Dit samenwerkingsverband kan ook leveringen verrichten aan gemeenten, particulieren of overheidslichamen die geen lid ervan zijn.*
- ➔ *Ondanks het gegeven dat de levering hoofdzakelijk volgens eenzijdig door de gemeente vastgelegde instructies diende te gebeuren (zo ook kon de overeenkomst op haar verzoek worden verlengd), concludeerde de advocaat-generaal dat het niet vast staat dat de gemeente hiërarchisch toezicht uitoefent op het samenwerkingsverband (zoals een lichaam op een intern orgaan), noch vast staat dat de relatie tussen beide partijen geen betrekking heeft op de gunning van een opdracht omdat ze in feite geen derden ten opzichte van elkaar zouden zijn. Het Hof zelf heeft zich hier niet over uitgesproken.*

## **Arrest ARGE Gewässerschutz van 7/12/2000 (C-94/99)**

(...) Ten overvloede zij opgemerkt, dat het Hof een gelijkaardige vraag heeft onderzocht in zijn arrest van 18 november 1999, Teckal, met betrekking tot richtlijn 93/36 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen. Daarin heeft het Hof voor recht verklaard, dat deze richtlijn van toepassing is, wanneer een aanbestedende dienst, zoals een territoriaal lichaam, een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel over de levering van goederen wenst te sluiten met een lichaam dat formeel van haar onderscheiden is en zelfstandig beslissingen kan nemen, ongeacht of dat lichaam zelf een aanbestedende dienst is. (...)

- *Eerste (indirecte) bevestiging van de in-house uitzondering.*
- *Het Hof is er in casu niet verder op ingegaan omdat (het onderdeel van) de desbetreffende prejudiciële vraag haar inziens niet diende te worden beantwoord. Deze zaak betrof evenwel de uitlegging van richtlijn 92/50 (overheidsopdrachten van diensten).*

## **Arrest Spanje/Commissie van 8/5/2003 (C-349/97)**

(...) Wat de gevolgen betreft van het feit dat Tragsa moet worden beschouwd als deel uitmakend van de overheid, zij in herinnering gebracht dat het Hof één uitzondering op de toepassing van de richtlijnen voor het plaatsen van overheidsopdrachten heeft toegestaan, de zogenaamde In House Providing, betreffende contracten tussen een aanbestedende dienst en een aantal met haar verbonden overheidsorganen. De grenzen van die uitzondering zijn met name vastgelegd in de arresten van 18 november 1999, Teckal, en 7 december 2000, ARGE Gewässerschutz. Blijkens die arresten is er, bij gebreke van een uitdrukkelijke uitzondering, in beginsel al sprake van een overheidsopdracht wanneer het contract is gesloten tussen een territoriaal lichaam en een persoon die daar rechtens los van staat. Dit zou slechts anders zijn wanneer het territoriale lichaam op de betrokken persoon hetzelfde toezicht uitoefent als op zijn eigen diensten en deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht met het lichaam of de lichamen die hem beheersen.

Dit is in casu het geval. Ingevolge (*de kwestieuze Spaanse wetgeving*) is Tragsa als instrumenteel middel en technische dienst van de Spaanse overheid gehouden, zelf of via haar dochterondernemingen uitsluitend de werkzaamheden uit te voeren die de centrale overheid, de autonome regio's en de daarvan afhankelijke overheidsorganen haar toewijzen. Volgens (*de kwestieuze Spaanse wetgeving*) is Tragsa een overheidsvennootschap, in het maatschappelijk kapitaal waarvan de autonome overheden kunnen deelnemen door de verwerving van aandelen.

De Spaanse autoriteiten hadden bijgevolg het recht de werkzaamheden inzake de oprichting van het olijventeeltkadaster aan Tragsa toe te wijzen zonder de aanbestedingsprocedure te volgen. (...)

- *Tweede bevestiging van de in-house uitzondering. Eerste keer dat het Hof oordeelt dat aan de (twee) voorwaarden is voldaan.*
- *Mede gelet op het voorwerp van de procedure (de beoordeling van een concreet dossier) en de beknoptheid van de motivering van het Hof, lijken voor het overige weinig tot geen algemene principes met een zekere precedentwaarde uit dit arrest te kunnen worden afgeleid (zie in die zin de conclusie van de advocaat-generaal in de zaak Asemfo: zie evenwel verder, arrest Asemfo).*

## Arrest Stadt Halle van 11/1/2005 (C-26/03)

(...) In de geest van een met de gemeenschapsregels nagestreefde openstelling van de overheidsopdrachten voor een zo ruim mogelijke concurrentie heeft het Hof in verband met richtlijn 93/36 geoordeeld, dat deze richtlijn van toepassing is wanneer een aanbestedende dienst een overeenkomst onder bezwarende titel wenst te sluiten met een lichaam dat juridisch van hem onderscheiden is, ongeacht of dat lichaam zelf een aanbestedende dienst is (arrest van 18/11/1999, Teckal). Het is relevant dat de medecontractant in die zaak een samenwerkingsverband van verschillende aanbestedende diensten was, waaraan ook de betrokken aanbestedende dienst deelnam.

Een overheidsorgaan, dat een aanbestedende dienst is, kan zijn taken van algemeen belang vervullen met zijn eigen administratieve, technische en andere middelen, zonder dat hij een beroep hoeft te doen op externe lichamen die niet tot zijn diensten behoren. In dat geval kan er geen sprake zijn van een overeenkomst onder bezwarende titel met een lichaam dat juridisch van de aanbestedende dienst onderscheiden is. De gemeenschapsregels inzake overheidsopdrachten behoeven dan ook niet te worden toegepast.

Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof is het niet uitgesloten dat er andere omstandigheden kunnen zijn waarin de oproep tot inschrijving niet verplicht is, zelfs indien de medecontractant een lichaam is dat juridisch van de aanbestedende dienst onderscheiden is. Dit is het geval wanneer het overheidsorgaan, dat een aanbestedende dienst is, op het betrokken onderscheiden lichaam toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en dit lichaam tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het overheidsorgaan of de overheidsorganen die hem beheersen (zie in die zin arrest Teckal). In het genoemde geval was het onderscheiden lichaam geheel in handen van overheidsorganen. De deelneming, ook al is het slechts voor minder dan de helft, van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap waarin ook de betrokken aanbestedende dienst deelneemt, sluit daarentegen hoe dan ook uit dat die aanbestedende dienst op die vennootschap toezicht kan uitoefenen zoals op zijn eigen diensten.

Dienaangaande moet allereerst worden opgemerkt dat de verhouding tussen een overheidsorgaan, dat een aanbestedende dienst is, en zijn eigen diensten wordt beheerst door specifieke overwegingen en eisen verband houdend met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang. De plaatsing van privé-kapitaal in een onderneming beantwoordt daarentegen aan specifieke overwegingen verband houdend met particuliere belangen en streeft andere doelstellingen na.

In de tweede plaats zou de gunning van een overheidsopdracht aan een gemengde onderneming zonder oproep tot inschrijving ingaan tegen de doelstelling van een vrije en onvervalste mededinging en tegen het in **richtlijn 92/50** bedoelde beginsel van gelijke behandeling van de belanghebbenden, met name omdat een dergelijke procedure een particuliere onderneming die deelneemt in het kapitaal van die onderneming zou bevoordelen tegenover haar concurrenten.

Derhalve moet een aanbestedende dienst die van plan is om met een vennootschap die juridisch van hem is onderscheiden, maar waarvan hij met een of meer particuliere ondernemingen in het kapitaal deelneemt, een overeenkomst onder bezwarende titel te sluiten met betrekking tot diensten die vallen binnen de materiële werkingssfeer van richtlijn 92/50, steeds de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten waarin die richtlijn voorziet, toepassen. (...)

- ➔ *In-house uitzondering ook toepasselijk bij overheidsopdrachten van diensten.*
- ➔ *Er kan nooit sprake zijn van in-house in geval van private deelname in het kapitaal van de persoon waarmee de aanbestedende overheid contracteert.*

## Arrest Commissie/Spanje van 13/1/2005 (C-84/03)

(...) Aangezien de definitie van een opdracht in de richtlijnen 93/36 en 93/37, afgezien van het voorwerp van de betrokken opdracht, dezelfde elementen omvat, moet de in het arrest Teckal gekozen oplossing op de onder **richtlijn 93/37** vallende overeenkomsten tussen overheidsinstanties worden toegepast.

Voor zover de betrokken regeling de verhoudingen die zijn aangegaan tussen overheidsinstanties, hun openbare organen, en in het algemeen niet-commerciële publiekrechtelijke lichamen, ongeacht de aard van deze verhoudingen, a priori uitsluit van de werkingssfeer van de gecoördineerde wet, vormt zij geen juiste omzetting van de richtlijnen 93/36 en 93/37. (...)

→ *In-house uitzondering ook toepasselijk bij overheidsopdrachten van werken.*

## Arrest Coname van 21/7/2005 (C-231/03)

(...) Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de artikelen 43 en 49 van het EG-Verdrag zich ertegen verzetten dat een gemeente een **concessie voor het beheer van de openbare dienst** van gasdistributie rechtstreeks, dit wil zeggen zonder aanbestedingsprocedure, toewijst aan een vennootschap waarvan het kapitaal overwegend in handen van de overheid is, en waarin zij een deelneming van 0,97 % bezit.

De toewijzing van een dergelijke concessie valt niet onder de richtlijnen waarmee de communautaire wetgever de materie van de overheidsopdrachten heeft geregeld. Bij gebreke van een dergelijke regeling moeten de gevolgen van het gemeenschapsrecht voor de toewijzing van dergelijke concessies worden onderzocht tegen de achtergrond van het primaire recht en, inzonderheid, van de door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden. (...)

Vaststaat dat de vennootschap Padania niet kan worden gelijkgesteld met een constructie waarmee een gemeente of een stad een openbare dienst intern beheert. Blijkens de stukken is Padania immers een vennootschap die, althans ten dele, openstaat voor privé-kapitaal, zodat zij niet kan worden beschouwd als een 'interne' constructie die de deelnemende gemeenten gebruiken voor het beheer van een openbare dienst. (...)

- *In dit arrest onderzoekt het Hof of er een objectieve rechtvaardiging bestaat voor de ongelijke behandeling in kwestie, zijnde een indirecte discriminatie op grond van nationaliteit doordat er geen transparantie in acht is genomen bij de gunning van een concessie voor openbare dienst (een onderneming in een andere lidstaat zou immers in zulke concessie geïnteresseerd kunnen zijn).*
- *De enkele omstandigheid dat de commune di Cingia de' Botti een deelneming van 0,97 % in het kapitaal van de concessiehouder (Padania Acque SpA) bezit, levert volgens het Hof geen objectieve rechtvaardiging op. Daarnaast stelt het Hof dat zelfs al zou een objectieve rechtvaardiging kunnen worden gevonden in de noodzaak voor een gemeente om controle uit te oefenen op de concessiehouder die een openbare dienst beheert, de deelneming van 0,97 % in het kapitaal van de concessiehouder te klein is om zulke controle mogelijk te maken. Gelet op de achtergrond waartegen het Hof deze redenering maakt (zie ook vorig punt), lijkt de betekenis ervan voor de toepassing van de eerste in-house voorwaarde (toezichtscriterium) niet te mogen worden overschat. In ieder geval lijkt de recentere rechtspraak dergelijke redenering niet aan te houden (zie verder arrest Asemfo).*

## Arrest Parking Brixen van 13/10/2005 (C-458/03)

(...) Het Hof heeft in het arrest Teckal voor recht verklaard dat richtlijn 93/36 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, van toepassing is wanneer een aanbestedende dienst, zoals een territoriaal lichaam, een schriftelijke overeenkomst ten bezwarende titel over de levering van goederen wenst te sluiten met een lichaam dat formeel van haar onderscheiden is en zelfstandig beslissingen kan nemen.

Wat het bestaan van een dergelijke overeenkomst betreft, heeft het Hof in het aangehaalde arrest Teckal gepreciseerd dat volgens artikel 1, sub a, van richtlijn 93/36 daartoe in beginsel volstaat, dat de overeenkomst is gesloten tussen een territoriaal lichaam en een persoon die daar rechtens van onderscheiden is. Dit zou slechts anders zijn wanneer het territoriale lichaam op de betrokken persoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen.

Het Hof heeft bevestigd dat deze overwegingen ook gelden voor de richtlijnen 92/50 betreffende overheidsopdrachten voor dienstverlening en 93/37 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (zie respectievelijk arrest Stadt Halle d.d. 11/1/2005 en Commissie/Spanje d.d. 13/1/2005).

Bij deze overwegingen wordt ervan uitgegaan dat voor de toepassing van de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37 een overeenkomst tussen twee onderscheiden personen moet bestaan (zie arrest Teckal d.d. 18/11/1999). De toepassing van de artikelen 12, 43 en 49 van het EG-Verdrag, alsmede van de daarmee samenhangende beginselen van gelijkheid, non-discriminatie en transparantie, hangt evenwel niet af van het bestaan van een overeenkomst. Bijgevolg gelden de overwegingen uit de (*hiervoor*) aangehaalde rechtspraak niet automatisch voor deze verdragsbepalingen en evenmin voor deze beginselen.

Niettemin zij vastgesteld dat deze overwegingen kunnen worden getransponeerd naar de verdragsbepalingen en de beginselen met betrekking tot **openbare dienstenconcessies** die van de werkingssfeer van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten zijn uitgesloten. Op het gebied van overheidsopdrachten en openbare dienstenconcessies zijn het beginsel van gelijke behandeling en de bijzondere uitdrukkingen daarvan – met name het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en de artikelen 43 en 49 van het EG-Verdrag – van toepassing wanneer een overheidsinstantie een derde belast met de verrichting van economische activiteiten. De gemeenschapsregels inzake overheidsopdrachten of openbare dienstenconcessies zijn evenwel niet van toepassing indien een overheidsinstantie de op haar rustende taken van algemeen belang vervult met haar eigen administratieve, technische en andere middelen, zonder een beroep te doen op externe lichamen (zie in die zin arrest Stadt Halle).

Bijgevolg is op het gebied van openbare dienstenconcessies de toepassing van de in artikelen 12, 43 en 49 van het EG-Verdrag neergelegde regels, alsmede van de algemene beginselen waarvan zij de bijzondere uitdrukking vormen, uitgesloten, indien de concessieverlenende overheidsinstantie op de concessiehouder toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten én deze concessiehouder bovendien het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van de instantie die hem beheerst.

De twee in het voorgaande punt geformuleerde voorwaarden zijn een uitzondering op de algemene regels van gemeenschapsrecht; zij moeten derhalve eng worden uitgelegd en wie zich erop wil beroepen, dient te bewijzen dat de uitzonderlijke omstandigheden die de afwijking rechtvaardigen, daadwerkelijk bestaan (zie arrest Stadt Halle).

In de eerste plaats dient te worden onderzocht of de concessieverlenende overheidsinstantie op de concessiehouder toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten.

Bij deze beoordeling moet rekening worden gehouden met alle relevante wetsbepalingen en omstandigheden. Uit dit onderzoek moet volgen dat de betrokken concessiehouder onder een zodanig toezicht staat dat de concessieverlenende overheidsinstantie zijn beslissingen kan beïnvloeden. Het moet gaan om een doorslaggevende invloed zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen. (...)

De artikelen 43 en 49 van het EG-Verdrag, alsmede de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen de gunning, zonder oproep tot mededinging, van een concessie voor openbare diensten door een overheidsinstantie aan een uit de omzetting van een speciale onderneming van deze overheidsinstantie ontstane aandelenvennootschap, waarvan het maatschappelijk doel tot belangrijke nieuwe gebieden is verruimd, het kapitaal op korte termijn verplicht moet worden opengesteld voor ander kapitaal, het territoriale werkterrein is uitgebreid tot geheel het land en het buitenland en de raad van bestuur bijzonder ruime beheersbevoegdheden heeft die hij zelfstandig kan uitoefenen. (...)

- ➔ *In-house uitzondering ook toepasselijk bij concessies van openbare diensten, en geldt dus m.a.w. tevens m.b.t. de toepassing van het 'primaire' gemeenschapsrecht.*
  
- ➔ *In casu had de gemeente Brixen voor het beheer van bepaalde onder haar bevoegdheid vallende plaatselijke openbare diensten een beroep gedaan op een speciale onderneming waarvan zij eigenaar was. Deze onderneming was volgens haar statuten een gemeentelijke instelling met als specifieke functie het uniform en geïntegreerd verrichten van de plaatselijke openbare diensten. De gemeenteraad stelde het algemene beleid vast, wees het werkkapitaal toe, zorgde voor dekking van eventuele sociale lasten, onderzocht de bedrijfsresultaten en oefende het strategische toezicht uit, waarbij de onderneming verzekerd was van de nodige zelfstandigheid. Deze speciale onderneming werd omgezet in een aandelenvennootschap. Het Hof oordeelt dat deze vennootschap (i.t.t. haar voorganger) een marktgerichte onderneming is, zodat het toezicht van de gemeente wordt afgezwakt, en leidt dit af uit:*
  - *de omzetting naar een naamloze vennootschap en de aard van dit vennootschapstype (het toezicht van de gemeente wordt in wezen beperkt door de handelingsvrijheid waarover de meerderheid van de vennoten krachtens het vennootschapsrecht beschikt);*
  - *de verruiming van het maatschappelijk doel;*
  - *de verplichte openstelling, op korte termijn, van de vennootschap voor ander kapitaal;*
  - *de territoriale uitbreiding van de activiteiten van de vennootschap;*
  - *de aanzienlijke bevoegdheden van de raad van bestuur, waarvan het beheer door de gemeente nauwelijks wordt gecontroleerd. Het Hof verwijst in dit verband naar het feit dat de raad van bestuur:*
    - *elke handeling kan stellen die het ter bereiking van het doel van de vennootschap noodzakelijk acht;*
    - *de bevoegdheid heeft zekerheden tot vijf miljoen euro of andere verrichtingen te stellen zonder voorafgaande toestemming van de aandeelhoudersvergadering.*
  
- ➔ *Wanneer een concessiehouder over dergelijke mate van zelfstandigheid beschikt, is het uitgesloten dat de concessieverlenende overheidsinstantie op de concessiehouder toezicht uitoefent als op haar eigen diensten. In dergelijke omstandigheden, en zonder dat behoeft te worden onderzocht of de concessiehouder het merendeel van zijn werkzaamheden ten behoeve van de concessieverlenende overheidsinstantie verricht, kan de gunning van een openbardienstenconcessie door een overheidsinstantie aan een dergelijke*

*concessiehouder niet worden beschouwd als een interne verrichting van deze instantie, waarop de gemeenschapsregels niet van toepassing zijn.*

## **Arrest Commissie/Oostenrijk van 10/11/2005 (C-29/04)**

(...) Zonder dat behoeft te worden nagegaan of het feit dat de gemeente Mödling op het moment van de gunning van de overheidsopdracht voor dienstverlening het gehele kapitaal van de AbfallGmbH (*een door haar opgerichte juridisch zelfstandige instelling, nvdr*) bezat, op zich reeds aantoonde dat dit lichaam (*de gemeente, nvdr*) op AbfallGmbH een toezicht uitoefende zoals op haar eigen diensten, moet worden opgemerkt dat niet de datum van de daadwerkelijke gunning van de betrokken overheidsopdracht de in casu relevante datum is om te bepalen of **richtlijn 92/50** van toepassing was. Zelfs indien om redenen van rechtszekerheid de eventuele verplichting van de aanbestedende dienst om een openbare aanbesteding te organiseren in het algemeen moet worden beoordeeld op basis van de op het moment van de gunning van de betrokken overheidsopdracht heersende omstandigheden, vereisen de bijzondere omstandigheden van onderhavige zaak dat rekening wordt gehouden met gebeurtenissen die zich daarna hebben voorgedaan.

De overdracht van 49 % van de aandelen van AbfallGmbH vond plaats kort nadat deze vennootschap, exclusief en voor onbepaalde duur, de afvalinzameling en -verwerking in de gemeente Mödling is opgedragen. Bovendien werd deze onderneming pas operationeel nadat Saubermacher AG (*een particuliere onderneming, nvdr*) een deel van haar aandelen had overgenomen.

Aldus staat vast dat via een kunstmatige constructie die uit verschillende onderscheiden fasen bestond, te weten de oprichting van AbfallGmbH, de sluiting van de overeenkomst voor afvalverwijdering met haar en de overdracht van 49 % van de aandelen van haar aan Saubermacher AG, een overheidsopdracht voor dienstverlening werd gegund aan een gemengde onderneming waarvan 49 % van de aandelen in het bezit zijn van een particuliere onderneming.

De gunning van deze opdracht moet dan ook worden beoordeeld rekening houdend met al deze fasen alsook met het doel ervan en niet op basis van de louter chronologische volgorde ervan.

Een onderzoek van de gunning van de overheidsopdracht, uitsluitend op basis van de datum waarop deze plaats vond, zonder rekening te houden met de overdracht kort nadien van 49 % van de aandelen van AbfallGmbH aan Saubermacher AG, zou afbreuk doen aan het nuttig effect van richtlijn 92/50. Het door deze richtlijn nagestreefde doel, namelijk het vrij verkeer van diensten en de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten, zou in het gedrang komen indien de aanbestedende diensten hun toevlucht zouden kunnen nemen tot kunstgrepen die de gunning van overheidsopdrachten voor dienstverlening aan gemengde ondernemingen dienen te maskeren. (...)

→ *Het Hof lijkt hier dus een derde voorwaarde aan de in-house uitzonderingsleer toe te voegen: met name de vereiste dat voortdurend aan de twee 'Teckal-criteria' moet worden voldaan (vgl. de conclusie van de advocaat-generaal in de zaak ANAV).*

## **Arrest ANAV van 6/4/2006 (C-410/04)**

(...) Op het gebied van **openbaredienstconcessies** is de toepassing van de in de artikelen 12, 43 en 49 van het EG-Verdrag neergelegde regels, alsmede van de algemene beginselen waarvan zij de bijzondere uitdrukking vormen, evenwel uitgesloten, indien de concessieverlenende

overheidsinstantie op de concessiehouder toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten én deze concessiehouder bovendien het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van de instantie die hem beheerst (arrest van 13/10/2005, Parking Brixen).

Een nationale wettelijke regeling die de formulering van de (*hiervoor*) genoemde voorwaarden letterlijk overneemt, is in beginsel in overeenstemming met het gemeenschapsrecht, met dien verstande dat de uitlegging van die wettelijke regeling eveneens in overeenstemming moet zijn met de vereisten van het gemeenschapsrecht. (...)

Indien het kapitaal van AMTAB Servizio (*de concessiehouder, nvdr*) tijdens de looptijd van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst wordt opengesteld voor particuliere aandeelhouders, zou dit betekenen dat een concessie voor openbare diensten zonder oproep tot mededinging aan een gemengde vennootschap wordt gegund, hetgeen tegen de doelstellingen van het gemeenschapsrecht zou ingaan (zie in die zin arrest van 10/11/2005, Commissie/Oostenrijk).

De deelneming, ook al is het slechts voor minder dan de helft, van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap waarin ook de concessieverlenende overheidsinstantie deelneemt, sluit immers hoe dan ook uit dat deze instantie op een dergelijke vennootschap toezicht kan uitoefenen zoals op haar eigen diensten (zie in die zin arrest van 11/1/2005, Stadt Halle).

Voor zover de concessiehoudende vennootschap een vennootschap is die, zelfs ten dele, openstaat voor privé-kapitaal, belet deze omstandigheid derhalve dat zij wordt beschouwd als een interne constructie die het territoriale lichaam dat haar beheerst gebruikt voor het beheer van een openbare dienst (zie in die zin arrest van 21/7/2005, Coname).

De artikelen 43, 49 en 86 van het EG-Verdrag alsmede de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie op grond van nationaliteit en transparantie, verzetten zich niet tegen een nationale regeling op grond waarvan een overheidslichaam een openbare dienst rechtstreeks kan gunnen aan een vennootschap waarvan het kapitaal volledig in zijn handen is, op voorwaarde dat het overheidslichaam op die vennootschap toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en die vennootschap het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam dat haar beheerst. (...)

- ➔ *In voorliggend geval had de gemeente Bari besloten om 80 % van haar aandelen in het kapitaal van de concessiehouder (vennootschap op aandelen) over te dragen, en daartoe een aanbestedingsprocedure in te leiden met het oog op de selectie van de particuliere meerderheidsaandeelhouder. Op de terechtzitting had de gemeente Bari betoogd dat zij had afgezien van haar plan tot privatisering van AMTAB Servizio SpA. Het Hof liet het antwoord op de vraag of de gemeente Bari al dan niet van plan is het kapitaal van de concessiehouder open te stellen voor particuliere aandeelhouders, over aan de bodemrechter.*
- ➔ *Het Hof lijkt met dit arrest dus te bevestigen dat de gunning, zonder oproep tot inschrijving, aan een (voor of na die gunning) gemengde onderneming niet door de beugel kan, zelfs wanneer voor de keuze van zulke particuliere aandeelhouder de mededinging heeft gespeeld of zal spelen (vgl. hoger, arrest Commissie/Oostenrijk). De vraag is of het Hof met dit arrest de theoretische openstelling voor particulier kapitaal heeft willen aanduiden als voldoende argument om te kunnen besluiten dat niet aan het toezichtscriterium is voldaan. Op het eerste zicht lijkt dit misschien inderdaad zo. Maar de verwijzing naar het arrest Coname lijkt dan niet volledig terecht, aangezien het Hof in dat arrest vaststelt dat het gaat om "een vennootschap waarvan het kapitaal overwegend in handen van de overheid is", en er bijgevolg effectief een particuliere deelname in het kapitaal voorhanden is (zie ook verder, arrest Carbotermo).*

## Arrest Carbotermo van 11/5/2006 (C-340/04)

- ➔ *In casu bezit de aanbestedende dienst (de gemeente Busto Arsizio) 99,98 % van het kapitaal van een holdingvennootschap (AGESP Holding SpA), terwijl de overige 0,02 % in handen is van andere territoriale lichamen (zes andere gemeenten hebben elk één aandeel). Deze holding is ontstaan uit de omvorming van een speciale onderneming van de gemeente Busto Arsizio.  
Haar statuten bepalen o.a.: "De raad van bestuur beschikt over de ruimste bevoegdheden die nodig zijn om het gewone en het buitengewone beheer van de vennootschap te verzekeren en kan, met uitzondering van de handelingen die wettelijk of statutair formeel aan de algemene vergadering worden voorbehouden, alle handelingen stellen die hij ter uitvoering en verwezenlijking van het maatschappelijk doel noodzakelijk acht."  
Daarnaast kunnen particuliere aandeelhouders onder twee voorwaarden in deze holdingvennootschap een belang nemen: de meerderheid van de aandelen moet in handen van de gemeente Busto Arsizio blijven, en geen enkele particuliere aandeelhouder mag meer dan 10 % van het maatschappelijk kapitaal bezitten.*
- ➔ *De holding zelf heeft 100 % van het kapitaal van een door haar opgerichte aandelenvennootschap (AGESP SpA) in handen.  
Volgens de statuten van deze vennootschap heeft de raad van bestuur "onbeperkte bevoegdheden ter verzekering van het gewone en het buitengewone beheer van de vennootschap".  
Daarnaast kunnen particuliere aandeelhouders inschrijven op haar kapitaal, maar buiten de holding mag geen enkele aandeelhouder meer dan één tiende van het kapitaal van deze vennootschap bezitten.*
- ➔ *De gemeente Busto Arsizio beslist een opdracht voor de levering van brandstoffen, evenals voor het onderhoud en de aanpassing van de verwarmingsinstallaties van de gemeentelijke gebouwen aan de wettelijke en technische normen, rechtstreeks aan AGESP SpA te gunnen.  
Op haar beurt schrijft deze vennootschap voor de levering in kwestie een aanbesteding uit.*

*Wat betreft het eerste criterium stelt het Hof:*

(...) Of de aanbestedende dienst toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten moet worden beoordeeld aan de hand van alle relevante wetsbepalingen en omstandigheden. Uit dit onderzoek moet blijken dat de vennootschap waaraan de opdracht wordt toegewezen onder een zodanig toezicht staat dat de aanbestedende dienst haar beslissingen kan beïnvloeden. Het moet gaan om een doorslaggevende invloed zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van deze vennootschap (zie arrest van 13/10/2005, Parking Brixen).

De omstandigheid dat de aanbestedende dienst alleen of tezamen met andere overheidsdiensten het volledige kapitaal van de vennootschap waaraan de opdracht wordt gegund in handen heeft, is niet beslissend, maar lijkt er toch op te wijzen dat zij op deze vennootschap toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten in de zin van het arrest Teckal.

Blijkens de processtukken in de zaak verlenen de statuten van AGESP Holding en van AGESP de raad van bestuur van elk van deze vennootschappen de ruimste bevoegdheden ter verzekering van het gewone en het buitengewone beheer van de vennootschap. Deze statuten verlenen de gemeente geen bijzondere controlebevoegdheid of bijzonder stemrecht waarmee zij de handelingsvrijheid van deze raden van bestuur zou kunnen beperken. Haar toezicht op deze twee vennootschappen komt in wezen overeen met de marge waarover de meerderheid van

aandeelhouders krachtens het vennootschapsrecht beschikt, wat de mogelijkheid voor haar om de beslissingen van deze vennootschappen te beïnvloeden aanzienlijk beperkt.

Verder oefent de gemeente Busto Arsizio haar eventuele invloed op de beslissingen van AGESP uit middels een holdingvennootschap. Een dergelijke tussenpersoon kan, naar gelang van de omstandigheden, tot een verzwakking leiden van het eventuele toezicht dat de aanbestedende dienst op een aandelenvennootschap uitoefent door het enkele feit van haar deelneming in het kapitaal daarvan.

In dergelijke omstandigheden – behoudens toetsing hiervan door de bodemrechter in het hoofdgeding – oefent de aanbestedende dienst op de vennootschap waaraan de overheidsopdracht wordt toegewezen dus geen toezicht uit zoals op haar eigen diensten. (...)

**Richtlijn 93/36** verzet zich tegen de rechtstreekse gunning van een opdracht voor leveringen en voor diensten, waarbij de leveringen de hoogste waarde hebben, aan een aandelenvennootschap waarvan de raad van bestuur ruime beheersbevoegdheden heeft die hij zelfstandig kan uitoefenen, en waarvan het kapitaal thans volledig in handen is van een andere aandelenvennootschap (*de holding, nvdr*) waarvan de hoofdaandeelhouder tevens de aanbestedende dienst is. (...)

*Wat betreft het tweede criterium stelt het Hof:*

(...) Artikel 13 van richtlijn 93/38 kan niet worden toegepast om uit te maken of is voldaan aan de voorwaarde voor de niet-toepasselijkheid van richtlijn 93/36, te weten dat de onderneming waaraan een opdracht voor leveringen rechtstreeks is gegund, het merendeel van haar werkzaamheden verricht voor het overheidslichaam dat haar controleert. (...)

De vereiste dat de betrokken persoon het merendeel van zijn werkzaamheden verricht voor het overheidslichaam dat hem controleert of de overheidslichamen die hem controleren, heeft inzonderheid tot doel te waarborgen dat richtlijn 93/36 van toepassing blijft ingeval een door een of meer overheidslichamen gecontroleerde onderneming op de markt werkzaam is en dus met andere ondernemingen kan concurreren.

Een onderneming verliest immers niet noodzakelijk haar handelingsvrijheid vanwege het enkele feit dat het overheidslichaam dat haar controleert toezicht uitoefent op de beslissingen die haar aangaan, indien zij althans een belangrijk deel van haar economische activiteit voor andere marktdeelnemers kan uitoefenen.

Daarnaast is dus nog vereist dat deze onderneming het merendeel van haar werkzaamheden uitsluitend voor dit lichaam verricht. Binnen deze grenzen lijkt het gerechtvaardigd dat de dwingende bepalingen van richtlijn 93/36, die bedoeld zijn ter bescherming van de mededinging, op deze onderneming niet van toepassing zijn, omdat er in dat geval toch geen mededinging meer is.

Onder toepassing van deze beginselen kan de betrokken onderneming slechts worden geacht het merendeel van haar werkzaamheden te verrichten voor het lichaam dat haar controleert, in de zin van het arrest Teckal, wanneer de activiteit van deze onderneming zich hoofdzakelijk toespitst op dit lichaam en elke andere activiteit marginaal is.

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.

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

toezichhoudende lichaam, met inbegrip van de omzet die bij de uitvoering van dergelijke besluiten voortvloeit uit het verrichten van werkzaamheden voor gebruikers.

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.

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. (...)

Het Hof heeft gepreciseerd dat de betrokken rechtens onderscheiden persoon het merendeel van zijn werkzaamheden moet verrichten voor “het lichaam of de lichamen die hem beheersen” (zie arrest van 18/11/1999, Teckal). Het Hof heeft dus rekening gehouden met de mogelijkheid dat de bedoelde uitzondering niet alleen toepassing kan vinden wanneer één enkel lichaam een dergelijke rechtspersoon controleert, maar ook ingeval meerdere lichamen hem controleren.

Indien meerdere lichamen een onderneming controleren, kan aan de voorwaarde betreffende het merendeel van haar activiteiten worden voldaan wanneer deze onderneming het merendeel van haar werkzaamheden verricht, niet noodzakelijk voor het ene of het andere van de bedoelde lichamen, maar voor al deze lichamen in hun geheel beschouwd.

In het geval dat een onderneming door meerdere lichamen wordt gecontroleerd, dient dus rekening te worden gehouden met de activiteit die zij verricht voor al deze lichamen tezamen. (...)

- ➔ *Het Hof acht de theoretische openstelling voor particulier aandeelhouderschap van het kapitaal van de vennootschappen in kwestie dus niet doorslaggevend. Zij gaat integendeel voort op de voorliggende effectieve situatie, nl. dat het kapitaal volledig in publieke handen is (zie de 2<sup>de</sup> alinea van de hierboven geciteerde passus). Vergelijk in dit verband het arrest Parking Brixen: daar is “de verplichte openstelling, op korte termijn, van de vennootschap voor ander kapitaal” een (van de vijf) in overweging genomen aanwijzing(en) om te besluiten dat er in dat specifiek geval geen sprake kan zijn van toezicht zoals op de eigen diensten, maar dus op zich eveneens niet doorslaggevend (hetgeen ook logisch lijkt: zelfs een statutaire verplichting tot openstelling van kapitaal voor particulier aandeelhouderschap is geen garantie dat er – al dan niet binnen het voorziene tijdsbestek – effectief aandelen zullen kunnen worden verkocht en overgedragen, zie in die zin de conclusie van de advocaat-generaal in de zaak Parking Brixen). Vergelijk ook de arresten Stadt Halle, Coname en Commissie/Oostenrijk: in die zaken neemt het Hof het feit dat het kapitaal effectief gedeeltelijk in private handen is in rekening. Er lijkt dus te kunnen worden besloten dat de potentiële overdracht van aandelen aan een particulier op zich niet voldoende is om te oordelen dat niet aan het toezichtscriterium is voldaan. Dergelijk oordeel zou mogelijk anders kunnen zijn indien zulke overdracht met zekerheid voorzienbaar is, d.w.z. indien zulke overdracht op handen is (zie in die zin de conclusie van de advocaat-generaal in de zaak Parking Brixen en in onderhavige zaak; vgl. ook hoger, arresten Commissie/Oostenrijk en ANAV).*
- ➔ *Het Hof lijkt voornamelijk te vallen over het gegeven dat de gemeente geen bijzonder stemrecht of bijzondere controlebevoegdheid heeft t.a.v. het gewone en buitengewone beheer van de vennootschappen door hun respectievelijke raad van bestuur, wanneer die laatste hiervoor over de “ruimste” bevoegdheden beschikt.*

*Enkel het toezicht waarover een meerderheidsaandeelhouder krachtens het vennootschapsrecht - althans i.g.v. een naamloze vennootschap naar Italiaans recht - beschikt, lijkt onvoldoende voor een "toezicht zoals op de eigen diensten".*

- ➔ *Inzake de (mogelijk) in overweging te nemen elementen bij de beoordeling van het toezichtscriterium, voegt het Hof, in vergelijking met het arrest Parking Brixen, het element 'tussenpersoon' (en de daaruit eventueel af te leiden verzwakking van het toezicht) toe.*

## **Arrest Jean Auroux van 18/1/2007 (C-220/05)**

(...) Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of een aanbestedende dienst voor de sluiting van een overeenkomst als die in het hoofdgeding is vrijgesteld van de verplichting om de in **richtlijn 93/37** vastgestelde procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken toe te passen, op grond dat deze overeenkomst naar nationaal recht enkel kan worden aangegaan met bepaalde rechtspersonen die zelf aanbestedende diensten zijn en op hun beurt deze procedures moeten toepassen voor het plaatsen van eventuele verdere opdrachten. (...)

Het is juist dat overeenkomstig de rechtspraak van het Hof een oproep tot inschrijving niet verplicht is voor overeenkomsten die worden aangegaan tussen een territoriaal lichaam en een persoon die daar rechtens van onderscheiden is, wanneer het territoriale lichaam op de betrokken persoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam dat hem controleert of de lichamen die hem controleren (zie arrest Teckal d.d. 18/11/1999 en Commissie/Spanje d.d. 13/1/2005).

Nu SEDL een gemengde vennootschap is waarvan het kapitaal gedeeltelijk uit particuliere middelen bestaat, kan de gemeente Roanne evenwel niet worden geacht op deze vennootschap toezicht uit te oefenen zoals op haar eigen diensten. Het Hof heeft namelijk geoordeeld dat de plaatsing van privé-kapitaal in een onderneming beantwoordt aan specifieke overwegingen verband houdend met particuliere belangen en andere doelstellingen nastreeft dan die van een overheidsorgaan (zie arrest Stadt Halle d.d. 11/1/2005). De redenering die het Hof in voormeld arrest Stadt Halle heeft gevolgd ten aanzien van overheidsopdrachten voor dienstverlening, geldt ook voor overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken. (...)

- ➔ *Bevestiging van de uitsluiting van in-house in geval van private deelname in het kapitaal van de persoon waarmee de aanbestedende overheid contracteert (zie arresten Stadt Halle en Coname; vgl. arresten Commissie/Oostenrijk en ANAV).*

## **Arrest Asemfo van 19/4/2007 (C-295/05)**

(...) Volgens de definities van artikel 1, sub a, van de **richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37** vooronderstelt een overheidsopdracht voor dienstverlening, leveringen of de uitvoering van werken het bestaan van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tussen enerzijds een dienstverlener, leverancier of ondernemer en anderzijds een aanbestedende dienst in de zin van artikel 1, sub b, van voornoemde richtlijnen.

In casu dient om te beginnen te worden vastgesteld dat volgens (*de kwestieuze Spaanse wetgeving*) Tragsa een overheidsvennootschap is en dat ook de autonome regio's in haar maatschappelijk kapitaal kunnen deelnemen. (*De kwestieuze Spaanse wetgeving*) preciseert dat

Tragsa een instrumenteel middel en een technische dienst is van de centrale overheid en van de overheden van elk van de betrokken autonome regio's.

Voorts is Tragsa blijkens (*de kwestieuze Spaanse wetgeving*) verplicht om de opdrachten uit te voeren die haar door de centrale overheid, de autonome regio's en de daarvan afhankelijke overheidsorganen worden toegewezen op de gebieden die verband houden met haar maatschappelijk doel, en beschikt zij niet over de mogelijkheid om vrijelijk het tarief voor haar activiteiten vast te stellen.

Ten slotte bepaalt (*de kwestieuze Spaanse wetgeving*) dat de betrekkingen van Tragsa met deze overheidsinstanties niet van contractuele aard zijn, maar dat in alle opzichten sprake is van een interne, afhankelijke en ondergeschikte relatie, voor zover Tragsa een instrumenteel middel en een technische dienst van deze instanties vormt. (...)

Dienaangaande zij eraan herinnert dat het Hof in het arrest Spanje/Commissie (d.d. 8/5/2003) – in een andere context dan die van het hoofdgeding – heeft geoordeeld dat Tragsa als instrumenteel middel en technische dienst van het Spaanse bestuur gehouden is, zelf of via haar dochterondernemingen, uitsluitend de werkzaamheden uit te voeren die de centrale overheid, de autonome regio's en de daarvan afhankelijke overheidsorganen haar toewijzen.

Indien Tragsa geen enkele vrijheid zou hebben om een door de bevoegde instanties verstrekte opdracht al dan niet uit te voeren of om het op haar diensten toe te passen tarief te bepalen, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan, zou niet zijn voldaan aan de voorwaarde voor toepassing van de betrokken richtlijnen dat er sprake is van een overeenkomst.

Hoe dan ook is het vaste rechtspraak van het Hof dat een oproep tot inschrijving volgens de richtlijnen betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten niet verplicht is, zelfs niet indien de medecontractant een lichaam is dat rechtens van de aanbestedende overheid is onderscheiden, indien aan twee voorwaarden is voldaan. In de eerste plaats dient het overheidsorgaan dat een aanbestedende dienst is, op het betrokken onderscheiden lichaam toezicht uit te oefenen zoals op zijn eigen diensten en in de tweede plaats dient dit lichaam het merendeel van zijn werkzaamheden te verrichten ten behoeve van de overheidsinstantie of overheidsinstanties die dit lichaam controleren (zie arresten Teckal d.d. 18/11/1999, Stadt Halle d.d. 11/1/2005, Commissie/Spanje d.d. 13/1/2005, Commissie/Oostenrijk d.d. 10/11/2005, en Carbotermo d.d. 11/5/2006).

Derhalve dient te worden onderzocht of ten aanzien van Tragsa is voldaan aan de twee (*hiervoor*) genoemde, door de rechtspraak gestelde voorwaarden.

Wat de eerste voorwaarde – inzake het toezicht door het overheidsorgaan – betreft, volgt uit de rechtspraak van het Hof dat de omstandigheid dat de aanbestedende dienst alleen of tezamen met andere overheidsdiensten het volledige kapitaal van de vennootschap waaraan de opdracht wordt gegund in handen heeft, er in beginsel op lijkt te wijzen dat zij op deze vennootschap toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten (zie arrest Carbotermo).

Uit het dossier in het hoofdgeding kan, behoudens verificatie door de verwijzende rechter, worden afgeleid dat de Spaanse Staat zowel rechtstreeks als via een holdingvennootschap en een garantiefonds 99 % van het maatschappelijk kapitaal van Tragsa in handen heeft en dat vier autonome regio's, die elk één aandeel bezitten, 1 % van voornoemd kapitaal in handen hebben.

In dit verband kan de stelling dat aan de genoemde voorwaarde enkel wordt voldaan voor opdrachten die werden verleend door de Spaanse Staat, met uitsluiting van die welke worden verleend door de autonome regio's, ten aanzien waarvan Tragsa als een derde zou moeten worden aangemerkt, niet worden aanvaard.

Volgens (*de kwestieuze Spaanse wetgeving*) lijkt Tragsa namelijk verplicht te zijn om de opdrachten uit te voeren die haar worden toegewezen door de overheidsorganen, met inbegrip van de autonome regio's. Uit deze nationale regeling lijkt eveneens voort te vloeien dat Tragsa in het kader van de werkzaamheden die zij als instrumenteel middel en technische dienst ten behoeve van deze regio's verricht, evenmin als in haar verhouding tot de Spaanse Staat, beschikt over de mogelijkheid om vrijelijk het tarief voor haar activiteiten vast te stellen, en dat haar betrekkingen met deze regio's niet van contractuele aard zijn.

Derhalve kan Tragsa kennelijk niet worden aangemerkt als derde ten opzichte van de autonome regio's die een deel van haar kapitaal in handen hebben.

Wat de tweede voorwaarde betreft, dat het merendeel van de activiteiten van Tragsa wordt verricht ten behoeve van de overheidsinstantie of overheidsinstanties die deze vennootschap bezitten, volgt uit de rechtspraak dat in het geval dat meerdere lichamen een onderneming in handen hebben, aan deze voorwaarde voldaan kan zijn wanneer deze onderneming het merendeel van haar werkzaamheden verricht voor al deze lichamen in hun geheel beschouwd; zij hoeft deze niet noodzakelijkerwijs voor het ene of het andere van de bedoelde lichamen te verrichten (zie arrest Carbotermo).

Blijkens de stukken in het hoofdgeding verricht Tragsa gemiddeld meer dan 55 % van haar werkzaamheden ten behoeve van de autonome regio's en bijna 35 % van haar werkzaamheden ten behoeve van de Staat. Hieruit volgt dat deze onderneming het merendeel van haar werkzaamheden verricht voor de lichamen of overheidsorganen die haar controleren.

In deze omstandigheden moet, behoudens verificatie door de verwijzende rechter, worden geoordeeld dat in casu is voldaan aan de twee voorwaarden die door de in het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak worden gesteld.

Richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37 verzetten zich niet tegen een regeling als die welke geldt voor Tragsa, op grond waarvan deze als openbare onderneming, in haar hoedanigheid van instrumenteel middel en technische dienst van verscheidene overheidsinstanties, werkzaamheden kan uitvoeren zonder aan de bij voornoemde richtlijnen voorziene regeling te worden onderworpen, mits de betrokken overheidsinstanties op deze onderneming toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten en deze onderneming het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van deze instanties. (...)

- ➔ *Het is slechts de tweede keer dat het Hof oordeelt dat aan het toezichtscriterium is voldaan, en wel t.a.v. dezelfde entiteit, nl. 'Tragsa' (zie hoger, arrest Spanje/Commissie d.d. 8/5/2003).*
- ➔ *Het Hof lijkt in dit arrest evenwel in eerste instantie de toepasselijkheid van de overheidsopdrachtenrichtlijnen te onderzoeken buiten de in-house uitzondering om. Het Hof gaat vooreerst na of er in casu tussen de opdrachtgever(s) en de opdrachtnemer een contractuele dan wel een eerder reglementaire verhouding voorhanden is. Het Hof oordeelt dat wanneer Tragsa geen enkele vrijheid zou hebben om opdrachten vanwege de bevoegde instanties uit te voeren en het tarief voor deze prestaties te bepalen, er geen sprake zou zijn van een overeenkomst en dat de richtlijnen bijgevolg niet toepasselijk zouden zijn.*
- ➔ *Slechts in tweede instantie lijkt het Hof na te gaan of de betrekkingen tussen de Spaanse Staat en de autonome regio's enerzijds en Tragsa anderzijds voldoen aan de in-house uitzonderingsvoorwaarden. De advocaat-generaal concludeerde dat het contractuele element tussen het opdrachtgevende lichaam (de Spaanse Staat en de regio's) en de opdrachtnemende rechtspersoon (Tragsa) inderdaad volledig ontbreekt, maar dat de regio's (i.t.t. de*

*Spaanse Staat) op Tragsa geen toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten. Dit laatste omwille van het gegeven dat het publiekrechtelijk statuut van Tragsa geheel of nagenoeg geheel door de Spaanse Staat wordt bepaald, en de regio's geen (in nationale wetgeving omschreven) controlerende bevoegdheden over Tragsa zouden kunnen uitoefenen, noch dergelijke bevoegdheden aan hun (symbolisch) aandeelhouderschap zouden kunnen ontlenuen.*

*Het Hof heeft de advocaat-generaal slechts gedeeltelijk gevolgd, in die zin dat het oordeelt dat de vier autonome regio's die een (zelfs miniem) aandeel van het kapitaal in handen hebben aan het toezichtscriterium voldoen, terwijl dat voor de overige autonome regio's – die volgens de kwestieuze Spaanse wetgeving zonder aandeelhouder te zijn evenzeer een beroep kunnen doen op Tragsa als “instrumenteel middel en technische dienst van het bestuur” – niet het geval lijkt.*

- ➔ *Het Hof wijkt in dit arrest onmiskenbaar af van haar – daarvoor strikte – invulling van het toezichtscriterium, met name het hebben van “doorslaggevende invloed op zowel de strategisch doelstellingen als op de belangrijke beslissingen” (vgl. de conclusie van de advocaat-generaal in onderhavige zaak).*

*Het Hof analyseert in casu de mate van zelfstandigheid van de opdrachtnemer niet a.d.h.v. de concrete controlebevoegdheden van de opdrachtgever(s) t.a.v. de opdrachtnemer, maar a.d.h.v. de aard van de betrekkingen tussen de opdrachtgever(s) en de opdrachtnemer (vgl. de conclusie van de advocaat-generaal in de zaken BFI Holding, RI.SAN, Teckal, ARGE Gewässerschutz, Parking Brixen en Carbotermo). Wanneer uit die analyse blijkt dat de opdrachtnemer kennelijk niet als een derde t.o.v. zijn opdrachtgever(s) kan worden aangemerkt, lijkt dat tot het besluit te leiden dat er sprake is van een toezicht zoals op de eigen diensten.*

*Het Hof heeft in dit arrest de interne besluitvormingsstructuren en de meerderheidsverhouding (m.a.w. het hiërarchisch toezicht van de opdrachtgevers t.a.v. de opdrachtnemer) alleszins niet nader besproken.*

*Merk in dit verband ook op dat het Hof aangaande de tweede voorwaarde spreekt van “overheidsinstanties die deze vennootschap bezitten”, en dus “bezitten” als synoniem voor “beheersen” (vgl. arresten Teckal, Spanje/Commissie, Stadt Halle, Parking Brixen en ANAV) of “controleren” (vgl. arresten Carbotermo, Jean Auroux en onderhavig arrest) lijkt te gebruiken (zie ook verder: arresten Asociación Profesional en Commissie/Italië).*

- ➔ *De analyse van de aard van de betrekkingen tussen opdrachtgever(s) en opdrachtnemer lijkt dus zowel van belang om uit te maken of er al dan niet een overeenkomst voorhanden is, als om te beoordelen of er ja dan neen sprake is van een overeenkomst tussen de opdrachtgever(s) en een ‘derde’-opdrachtnemer (en bijgevolg of aan het toezichtscriterium van de in-house uitzondering is voldaan).*

*Opmerkelijk is dat de twee elementen die het Hof in dit arrest opsomt om te kunnen besluiten tot het ontbreken van een contractuele verhouding tussen opdrachtgever(s) en opdrachtnemer (nl. het gebrek aan vrijheid tot weigering van de opdracht en tot vaststelling van het tarief), dezelfde (twee) elementen lijken te zijn om te oordelen dat de opdrachtnemer geen ‘derde’ is t.a.v. de opdrachtgever(s).*

*Het Hof lijkt m.a.w. in casu de toepasselijkheid van de in-house uitzondering (slechts) ‘ten overvloede’ te hebben onderzocht.*

*Dit zou ook kunnen betekenen dat het Hof impliciet de mogelijkheid heeft willen opperen dat bepaalde elementen niet het besluit kunnen rechtvaardigen dat er geen contractuele relatie voorhanden is, maar dat dezelfde gegevens wel kunnen volstaan om te oordelen dat aan het toezichtscriterium is voldaan.*

## **Arrest Asociación Profesional van 18/12/2007 (C-220/06)**

(...) De verwijzende rechter wenst in wezen te vernemen of het gemeenschapsrecht aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een regeling van een lidstaat op grond waarvan

overheidsinstanties, buiten de regels inzake overheidsopdrachten om, de verrichting van zowel voorbehouden als niet voorbehouden postdiensten mogen toevertrouwen aan een openbare naamloze vennootschap waarvan het kapitaal volledig in overheidshanden is en die in die lidstaat de leverancier van de universele postdienst is. (...)

Volgens de bewoordingen van artikel 1, sub a, van **richtlijn 92/50** veronderstelt een overheidsopdracht voor dienstverlening het bestaan van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die wordt gesloten tussen een dienstverlener en een aanbestedende dienst in de zin van dat artikel 1, sub b.

Zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt in zijn conclusie, moet worden erkend dat het Ministerio een aanbestedende dienst is en Correos een dienstverlener in de zin van de in het vorige punt genoemde bepalingen. Daarnaast staat vast dat de samenwerkingsovereenkomst schriftelijk en onder bezwarende titel is gesloten. (...)

Aangenomen dat (*de financiële, nvdr*) drempel (*voor de toepasselijkheid van richtlijn 92/50, nvdr*) is bereikt, rijst vervolgens de vraag of de samenwerkingsovereenkomst wel een overeenkomst in de zin van artikel 1, sub a, van richtlijn 92/50 is. De Spaanse regering is immers van mening dat het hier niet gaat om een overeenkomst die vrijelijk tot stand komt, nu Correos de sluiting van een dergelijke overeenkomst niet kan weigeren, maar verplicht is die te aanvaarden.

In dit verband moet eraan worden herinnerd dat de definitie van een overheidsopdracht voor dienstverlening door het gemeenschapsrecht wordt beheerst, zodat de kwalificatie van de samenwerkingsovereenkomst naar Spaans recht irrelevant is voor de beoordeling of deze binnen de werkingssfeer van richtlijn 92/50 valt (zie in die zin arresten van 20 oktober 2005, Commissie/Frankrijk, C-264/03; en 18 juli 2007, Commissie/Italië, C-382/05).

Het is juist dat het Hof in zijn arrest van 19 april 2007, *Asemfo*, heeft geoordeeld dat aan de voor toepasselijkheid van de richtlijnen inzake de plaatsing van overheidsopdrachten te vervullen voorwaarde dat er sprake was van een overeenkomst, niet was voldaan indien de overheidsonderneming in de zaak die tot genoemd arrest heeft geleid, geen enkele vrijheid had om een door de bevoegde instanties verstrekte opdracht al dan niet uit te voeren of om het op haar diensten toe te passen tarief te bepalen, hetgeen de verwijzende rechter diende na te gaan.

Deze redenering dient evenwel in haar specifieke context te worden gelezen. Zij volgt immers op de vaststelling dat bedoelde overheidsonderneming naar Spaans recht een instrumenteel middel en een technische dienst van het algemene bestuur van de staat en van dat van elk van de betrokken autonome regio's is, nadat het Hof reeds in een andere context dan de zaak die heeft geleid tot het reeds aangehaalde arrest *Asemfo* had geoordeeld dat de betrokken onderneming, als instrumenteel middel en technische dienst van het Spaanse bestuur, gehouden was uitsluitend de werkzaamheden uit te voeren die het centrale bestuur, de autonome regio's en de daarvan afhankelijke overheidsorganen haar toewezen (zie arrest *Asemfo*).

Correos heeft als leverancier van de universele postdienst een geheel andere taak, die met name impliceert dat haar klantenbestand bestaat uit elke persoon die op de universele postdienst een beroep wil doen. Het enkele feit dat deze onderneming geen enkele vrijheid toekomt, noch ten aanzien van de uitvoering van een door het Ministerio geplaatste bestelling noch wat het op haar verrichtingen toe te passen tarief betreft, heeft nog niet automatisch tot gevolg dat er tussen beide entiteiten geen overeenkomst zou zijn gesloten.

Een dergelijke situatie verschilt immers niet noodzakelijkerwijs van die waarin een particuliere klant een beroep wenst te doen op de tot de universele postdienst behorende diensten van Correos, nu uit de taak van een leverancier van die dienst ipso facto volgt dat hij in een dergelijk geval ook verplicht is de gevraagde dienst te leveren en zulks, in voorkomend geval, tegen vaste of in elk geval transparante en niet discriminerende tarieven. Er bestaat geen twijfel over dat een dergelijke

betrekking als contractueel moet worden gekwalificeerd. Enkel ingeval de tussen Correos en het Ministerio gesloten overeenkomst in werkelijkheid een eenzijdige bestuurshandeling zou zijn waarbij alleen ten laste van Correos verplichtingen worden opgelegd, dus een handeling die aanzienlijk zou afwijken van de normale voorwaarden van het commerciële aanbod van deze onderneming, hetgeen de verwijzende rechter moet nagaan, zou moeten worden geconcludeerd dat een overeenkomst ontbreekt en bijgevolg dat richtlijn 92/50 geen toepassing kan vinden.

In het kader van die verificatie zal de verwijzende rechter met name moeten onderzoeken of Correos de mogelijkheid heeft om met het Ministerio te onderhandelen over de concrete inhoud van de te leveren prestaties en de daarop toepasselijke tarieven en of deze onderneming, wat de niet voorbehouden diensten betreft, zich van de uit de samenwerkingsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen kan bevrijden, op voorwaarde dat de hierin voorziene opzegtermijn worden nageleefd.

De overige argumenten die de Spaanse regering heeft ingeroepen om aan te tonen dat een samenwerkingsovereenkomst zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, ontsnapt aan de regels inzake overheidsopdrachten, moeten eveneens worden verworpen.

De Spaanse regering betoogt meer bepaald dat de samenwerkingsovereenkomst hoe dan ook niet aan de regels inzake overheidsopdrachten kan worden onderworpen, aangezien aan de in de rechtspraak van het Hof ontwikkelde in-house criteria is voldaan.

Het is vaste rechtspraak van het Hof in dit verband dat een oproep tot inschrijving overeenkomstig de richtlijnen betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten niet verplicht is, zelfs niet indien de medecontractant een lichaam is dat rechtens gescheiden is van de aanbestedende dienst, indien aan twee voorwaarden is voldaan. In de eerste plaats dient het overheidsorgaan, dat een aanbestedende dienst is, op het betrokken onderscheiden lichaam hetzelfde toezicht uit te oefenen als op zijn eigen diensten en in de tweede plaats dient dit lichaam het merendeel van zijn werkzaamheden te verrichten met de overheidsinstantie of overheidsinstanties waarvan dit lichaam in handen is (zie arresten Teckal d.d. 18/11/1999, Stadt Halle d.d. 11/1/2005, Carbotermo d.d. 11/5/2006, en Asemfo d.d. 19/4/2007).

Zonder dat nader hoeft te worden onderzocht of aan de eerste van de twee in het vorige punt genoemde voorwaarden is voldaan, volstaat het vast te stellen dat in het hoofdgeding de tweede voorwaarde niet is vervuld. Het staat immers vast dat Correos, als leverancier van de universele postdienst in Spanje, het merendeel van haar werkzaamheden niet met het Ministerio of met het openbaar bestuur in het algemeen verricht, maar dat deze onderneming postdiensten levert voor een onbepaald aantal klanten van bedoelde postdienst. (...)

- ➔ *Het Hof bevestigt in dit arrest ook dat dezelfde in-house uitzondering geldt t.a.v. de toepassing van zowel de overheidsopdrachtenrichtlijn(en) als het 'primair' gemeenschapsrecht (zie arresten Parking Brixen en ANAV).*
- ➔ *Het Hof bekijkt in dit arrest, zoals in het arrest Asemfo (zie hoger), vooreerst de aard van de verhouding tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer, m.h.o. het antwoord op de vraag of er al dan niet sprake is van het afsluiten van een overeenkomst tussen beiden, zijnde een noodzakelijke voorwaarde voor de toepasselijkheid van de overheidsopdrachtenrichtlijnen. Het Hof wijst weliswaar op de specifieke context waarin de redenering van het arrest Asemfo moet worden gelezen, en stelt bovendien dat het gegeven dat de opdrachtnemer geen enkele vrijheid heeft m.b.t. de uitvoering van de opdracht en de bepaling van het tarief, niet automatisch leidt tot het besluit dat er geen overeenkomst voorhanden is. Maar het Hof stelt eveneens dat de richtlijn niet toepasselijk is indien de overeenkomst in werkelijkheid een eenzijdige bestuurshandeling zou zijn waarbij alleen ten laste van*

*de opdrachtnemer verplichtingen worden opgelegd (m.a.w. een handeling die aanzienlijk zou afwijken van de normale voorwaarden van het handelsverkeer). Vanuit dit oogpunt legt het Hof aan de bodemrechter op volgende elementen te onderzoeken: de eventuele mogelijkheid voor de opdrachtnemer om te onderhandelen met de opdrachtgever over de concrete inhoud van de te leveren prestaties en de daarop toepasselijke tarieven, en de eventuele mogelijkheid voor de opdrachtnemer om de overeenkomst op te zeggen.*

- *Het Hof meende echter niet te moeten nagaan of aan het toezichtscriterium van de in-house uitzondering is voldaan, omdat de tweede voorwaarde niet is vervuld.*

## **Arrest Commissie/Italië van 8 april 2008 (C-337/05)**

(...) Het is vaste rechtspraak van het Hof dat een oproep tot inschrijving overeenkomstig de richtlijnen betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten niet verplicht is, zelfs niet indien de medecontractant een lichaam is dat rechtens gescheiden is van de aanbestedende dienst, indien aan twee voorwaarden is voldaan. In de eerste plaats dient het overheidsorgaan, dat een aanbestedende dienst is, op het betrokken onderscheiden lichaam hetzelfde toezicht uit te oefenen als op zijn eigen diensten en in de tweede plaats dient dit lichaam het merendeel van zijn werkzaamheden te verrichten met de overheidsinstantie of overheidsinstanties waarvan dit lichaam in handen is (zie arresten Teckal d.d. 18/11/1999, Stadt Halle d.d. 11/1/2005, Commissie/Spanje d.d. 13/1/2005, Commissie/Oostenrijk d.d. 10/11/2005, Carbotermo d.d. 11/5/2006, en Asemfo d.d. 19/4/2007).

Derhalve moet worden onderzocht of wat Agusta betreft is voldaan aan de twee vereisten die zijn geformuleerd in de in het voorgaande punt genoemde rechtspraak.

Aangaande de eerste voorwaarde, inzake het toezicht van het overheidsorgaan, zij eraan herinnerd dat de deelneming, ook al is het slechts voor minder dan de helft, van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap waarin ook de betrokken aanbestedende dienst deelneemt, hoe dan ook uitsluit dat die aanbestedende dienst op die vennootschap hetzelfde toezicht kan uitoefenen als op zijn eigen diensten (zie arrest Stadt Halle).

Zoals blijkt uit de als bijlage aan het verweerschrift gehechte studie over de deelnemingen van de Italiaanse Staat in EFIM (Ente Partecipazioni e Finanziamento Industrie Manifatturiere), Finmeccanica en Agusta, is laatstgenoemde, sinds haar oprichting een privaatrechtelijke vennootschap, vanaf 1974 altijd een gemengde vennootschap geweest, dat wil zeggen een vennootschap in het kapitaal waarvan deels door de Staat en deels door particuliere aandeelhouders wordt deelgenomen.

Aangezien Agusta een vennootschap is waarin deels kan worden deelgenomen door particulier kapitaal (...), is het uitgesloten dat de Italiaanse Staat op deze vennootschap hetzelfde toezicht kan uitoefenen als op zijn eigen diensten.

In dergelijke omstandigheden moet het argument van de Italiaanse Republiek inzake het bestaan van een in-house betrekking tussen deze vennootschap en de Italiaanse Staat worden afgewezen, zonder dat behoeft te worden onderzocht of Agusta het merendeel van haar werkzaamheden verricht met het overheidsorgaan dat de opdracht plaatst. (...)

- *Bevestiging van de uitsluiting van in-house in geval van private deelname in het kapitaal van de persoon waarmee de aanbestedende overheid contracteert (zie arresten Stadt Halle, Coname en Jean Auroux; vgl. arresten Commissie/Oostenrijk en ANAV).*

- *Op het eerste zicht lijkt de voorlaatste alinea van bovenstaand citaat uit het arrest (“kan worden deelgenomen door particulier kapitaal”) de theoretische openstelling voor particulier kapitaal aan te duiden als element om te moeten besluiten dat niet aan het toezichtscriterium is voldaan (vgl. arrest ANAV). Dergelijke interpretatie zou evenwel niet stroken met de voorliggende feiten (d.i. effectieve particuliere deelname in het kapitaal) en met de zienswijze van het Hof in de arresten Parking Brixen en Carbotermo.*

## **Zaak Coditel (C-324/07)**

- *Prejudiciële vraag van de Raad van State (België).*
- *Er is vooralsnog geen uitspraak van het Hof van Justitie. De conclusie van de advocaat-generaal (d.d. 4/6/2008) is wel al beschikbaar.*
- *Gevraagd wordt of de toetreding van een gemeente als de gemeente Ukkel tot een zuiver intercommunale coöperatieve vennootschap als Brutélé en de daarmee verbonden overgang van het beheer van het gemeentelijke kabeltelevisienet op deze vennootschap als een concessieverlening moet worden beschouwd, waarop de beginselen van het communautaire aanbestedingsrecht van toepassing zijn, dan wel of het gaat om een in-house verrichting, waarvoor dus geen aanbesteding is vereist. De belangrijkste aspecten die de verwijzende rechter bezighouden, zijn de interne besluitvormingsstructuren: dus enerzijds besluiten van statutaire organen als de raad van bestuur en de sectorcommissies, en anderzijds besluiten die in wezen niet individueel, maar bij meerderheid worden genomen. Zijn deze besluitvormingsstructuren in overeenstemming met het in de rechtspraak ontwikkelde criterium ‘toezicht zoals op de eigen diensten’?*
- *De advocaat-generaal stelt o.m. het volgende:*

*“(…) Uit de verduidelijking van de rechtspraak inzake de omvang van de deelneming kan systematisch alsook reeds grammaticaal, door het gebruik van het meervoud in het tweede Teckal-criterium – ‘en deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen’ – worden afgeleid dat geen volledige individuele controlerende bevoegdheid van het publiekrechtelijke lichaam is vereist, maar dat een collectieve en door de meerderheid uitgeoefende controlerende bevoegdheid volstaat.*

*Beslissend zal zijn of de publiekrechtelijke lichamen als totaliteit toezicht uitoefenen op de betrokken persoon, in casu de coöperatieve vennootschap Brutélé, dan wel of deze vennootschap los van dit gemeenschappelijke toezicht optreedt.*

*Blijkens de juridische analyse zal een zuiver intercommunale samenwerking in de regel zonder een oproep tot mededinging mogelijk zijn, tenzij er sprake is van een aantal bijkomende bijzondere omstandigheden die aantonen dat de mate van marktgerichtheid en de mate van zelfstandigheid van het intercommunale lichaam de grenzen van een vanuit aanbestedingsrechtelijk oogpunt neutrale intercommunale samenwerking voor de vervulling van taken van algemeen belang overschrijden.*

*Ook al is er tot nu toe nog geen rechtszekerheid met betrekking tot de nauwkeurige afbakening van criteria als de ‘mate van marktgerichtheid’ en de ‘mate van zelfstandigheid’, en is het dus niet duidelijk waar precies de grens ligt van een aanbestedingsrechtelijk neutrale intercommunale samenwerking ter vervulling van taken van algemeen belang, er zijn geen aanwijzingen dat de samenwerking binnen Brutélé deze grenzen overschrijdt.*

Het is aan de nationale gerechten, in casu de verwijzende rechter, deze omstandigheden in individuele gevallen te beoordelen. In het onderhavige geval kan op basis van een dergelijke beoordeling waarschijnlijk geen van de bovengenoemde grensoverschrijdingen worden vastgesteld. De interne besluitvormingsstructuren van Brutélé worden namelijk gekenmerkt door de collectieve invloed van de deelnemende territoriale lichamen via meerderheidsbesluiten. Zij oefenen hun invloed niet alleen uit in de algemene vergadering, maar ook in de raad van bestuur, die uit vertegenwoordigers van de gemeenten bestaat. Daarmee is de kwestie van de controlerende bevoegdheid reeds voldoende en positief beantwoord. Daar komt nog bij dat in de ondersectoren de stem van individuele gemeenten zelfs een groter gewicht in de schaal legt. De marktgerichtheid van Brutélé heeft betrekking op taken van algemeen belang, zoals kabeltelevisie, telefoon en internet, en wijst er niet op dat de grenzen van aanbestedingsrechtelijke neutraliteit – bij alle vaagheid van de criteria ter zake – zijn overschreden.

Derhalve pleit alles ervoor dat in een geval als het onderhavige sprake is van een samenwerking van publiekrechtelijke lichamen waarvoor geen oproep tot mededinging is vereist.

Anders dan Coditel meent, is het in de onderhavige context niet van belang dat Brutélé haar diensten commercieel aanbiedt en daarmee automatisch concurreert met andere, particuliere aanbieders.(...)”

→ *Zoals uit bovenvermeld citaat uit de conclusie van de advocaat-generaal in deze zaak blijkt, is er (vooralsnog) geen (rechtszekerheid m.b.t. de) nauwkeurige afbakening van het toezichtscriterium.*

*Wellicht is dergelijke nauwkeurige afbakening ook niet mogelijk, misschien zelfs niet wenselijk. Niettemin kan worden vastgesteld dat het Hof van Justitie het geweer van schouder lijkt te veranderen (maar voor bevestiging hiervan is het minstens wachten op het arrest in deze zaak).*

*De kritiek op een strenge kijk op de ‘interne’ organisatie van overheden is dan ook niet mals.*

*De advocaat-generaal in de zaak Parking Brixen maakte o.m. volgende overwegingen:*

*“(...) Dergelijke bevoegdheid om instructies te geven of toezicht uit te oefenen vormt ten opzichte van de bestuursorganen van openbare ondernemingen wellicht de uitzondering, in ieder geval wanneer deze ondernemingen de vorm hebben van een aandelenvennootschap of een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Indien men dus zou eisen dat de publiekrechtelijke aandeelhouder tegenover zijn handelspartner dezelfde juridische beïnvloedingsmogelijkheden heeft als tegenover zijn eigen diensten, zou het eerste Teckal-criterium ten opzichte van privaatrechtelijke kapitaalvennootschappen vrijwel nooit kunnen worden vervuld. Aanbestedende diensten zouden dan, alvorens overeenkomsten te sluiten met hun als aandelenvennootschappen of vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid georganiseerde dochtermaatschappijen, zelfs als zij daarvan enig aandeelhouder zijn, steeds de vereisten van het aanbestedingsrecht in acht moeten nemen en zouden de uitvoering van hun taken mogelijk  rwijs aan beter biedende particuliere derden moeten toevertrouwen. In deze omstandigheden zou de loutere delegatie van taken aan dergelijke vennootschappen, ook in kwetsbare sectoren zoals bijvoorbeeld de watervoorziening, uiteindelijk gelijkstaan met een gedwongen overgang naar de privatisering van deze diensten.*

*Weliswaar kan de omzetting van gemeentebedrijven in aandelenvennootschappen of in vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid in bepaalde gevallen daadwerkelijk bedoeld zijn als eerste stap in de richting van privatisering van de betrokken diensten, maar dit is niet noodzakelijk het geval. Evengoed kan het om een louter interne*

reorganisatiemaatregel gaan, waarmee bijvoorbeeld een efficiëntere, want goedkopere, dienstverlening alsmede flexibelere arbeidsvoorschriften voor de werknemers worden beoogd, zonder dat het betrokken lichaam daarmee noodzakelijkerwijs ook direct de vervulling van zijn taken wil uitbesteden. Gezien de toepasselijke balansvoorschriften kan de keuze voor de rechtsvorm van de aandelenvennootschap of de vennootschap met beperkte aansprakelijkheid tot een toe te juichen grotere transparantie leiden.

Indien men de vereisten van het aanbestedingsrecht ook op rechtshandelingen tussen aanbestedende diensten en hun 100 %-dochterondernemingen zou toepassen, zou de privaatrechtelijke rechtsvorm van de aandelenvennootschap of van de vennootschap met beperkte aansprakelijkheid voortaan niet meer voor een zuiver interne reorganisatie gebruikt kunnen worden. Het betrokken lichaam zou dan in wezen alleen nog de keus hebben tussen privatisering van zijn diensten en de interne vervulling van zijn taken door overheidsdiensten of gemeentebedrijven die met de overheidshiërarchie verweven zijn en geen noemenswaardige zelfstandigheid hebben. In sommige gevallen zouden bestaande dochterondernemingen ook nog terug in gemeentebedrijven kunnen worden omgezet.

Een dermate verregaande ingreep in de organisatiebevoegdheid van de lidstaten en in het bijzonder in het lokaal zelfbestuur van vele gemeenten lijkt mij evenwel helemaal niet vereist, zelfs niet wanneer men ervan uitgaat dat het aanbestedingsrecht tot doel heeft de markt voor concurrentie open te stellen. Het aanbestedingsrecht beoogt namelijk een transparante en niet-discriminerende selectie van medecontractanten te garanderen in alle gevallen waarin de overheid besloten heeft om haar taken met behulp van derden te vervullen. Daarentegen is het niet het doel van het aanbestedingsrecht om 'via de achterdeur' ook de privatisering van overheidsdiensten te bewerkstelligen die de overheid verder met eigen middelen wil verrichten; daarvoor zouden eerder liberaliseringsmaatregelen van de wetgever nodig zijn. (...)”

*De advocaat-generaal in onderhavige zaak stelt het o.m. als volgt:*

“(...) Indien men, zoals de verwijzende rechter, Coditel en de Commissie voorstellen, een 'volledige beslissingsvrijheid' van de betrokken gemeente zou willen eisen, en wel in die zin dat de betrokken gemeente de „controle” uitoefent over de betrokken intercommunale samenwerking (in casu: controle over de coöperatieve vennootschap), dan zou intercommunale samenwerking in de toekomst praktisch niet meer mogelijk zijn. Een belangrijk kenmerk van een echte samenwerking is namelijk de paritaire totstandkoming van besluiten, niet de controle door slechts een van de bij het samenwerkingsverband aangesloten partners. Zo is uit het betoog van Coditel en van de Commissie in de loop van het geding, ook ter terechtzitting, op te maken dat zij met de door hen ontworpen maatstaven eigenlijk verlangen dat een afzonderlijk territoriaal lichaam een samenwerkingsverband als het ware alleen moet kunnen controleren. Het ligt voor de hand dat dan niet daadwerkelijk gesproken kan worden van samenwerking.

Zoals gezegd, zou zelfs een zuiver intercommunale samenwerking daarmee praktisch onmogelijk worden gemaakt. Intercommunaal samenwerkende territoriale lichamen zouden er dan altijd op bedacht moeten zijn dat zij hun taken mogelijk aan beter biedende particuliere derden moeten overdragen, wat gelijk zou staan aan een met de middelen van het aanbestedingsrecht afgedwongen privatisering van taken van algemeen belang.

Indien men het eerste Teckal-criterium dermate eng zou opvatten, zou men een onevenredig groot gewicht toekennen aan doelstellingen van mededingingsrecht en tegelijkertijd te diep ingrijpen in de rechten van de gemeenten op zelfbestuur, en daarmee ook in de bevoegdheid van de lidstaten. (...)”

## Voorlopig besluit

*De overheidsopdrachtenrichtlijn(en) en het 'primair' gemeenschapsrecht zijn niet toepasselijk op de gunning van opdrachten door een overheid aan een 'dochterentiteit' indien:*

- *de overheid op haar dochterentiteit toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten;*
- *en die dochterentiteit tegelijkertijd het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van de overheid of de overheden die haar controleren.*

*Aan het toezichtscriterium is zeker niet voldaan in geval van een gemengd publiek-private dochterentiteit.*

*Aan het toezichtscriterium is voldaan wanneer uit de concrete omstandigheden blijkt dat de moederentiteit(en) een voldoende hiërarchisch toezicht kan/kunnen uitoefenen op de dochterentiteit. Zulk toezicht houdt in dat de moederentiteit(en) een doorslaggevende invloed moet/moeten hebben op zowel de strategisch doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van de dochterentiteit. De huidige rechtspraak is voornamelijk ontwikkeld vanuit een 'negatieve' benadering: er worden enkel elementen opgesomd die kunnen leiden tot het besluit dat geen zulk toezicht voorhanden is.*

*Aan het toezichtscriterium is ook voldaan indien de dochterentiteit niet als een 'derde' t.o.v. de – in haar kapitaal deelnemende – moederentiteit(en) kan worden beschouwd. Dit lijkt het geval te zijn indien de dochterentiteit geen handelingsvrijheid heeft m.b.t. de uitvoering van de opdracht en de bepaling van het tarief voor de prestaties.*

*Het tweede criterium is vervuld indien de totale omzet van de dochterentiteit hoofdzakelijk wordt gerealiseerd uit werkzaamheden ingevolge gunningsbesluiten van de moederentiteit(en), en bijgevolg (de omzet uit) elke andere activiteit marginaal is.*

*Het Hof heeft tot heden enkel uitspraak moeten doen over de situatie waarin de moederentiteit een opdracht gunt aan een dochterentiteit. De uitzonderingsvoorwaarden zijn dan ook op die leest geschoeid. Het is dus afwachten welk standpunt het Hof zal innemen wanneer de situatie voorligt waarin een dochterentiteit een opdracht gunt aan haar moederentiteit, of een dochterentiteit aan een andere dochterentiteit.*