CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
van 13 september 2018 [1]

Gevoegde zaken C-266/17 en C-267/17

Rhein-Sieg-Kreis
tegen
Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH,
BVR Busverkehr Rheinland GmbH (C-266/17),
in tegenwoordigheid van:
Regionalverkehr Köln GmbH
en
Rhenus Veniro GmbH & Co. KG
tegen
Kreis Heinsberg (C-267/17),
in tegenwoordigheid van:
WestVerkehr GmbH

[verzoek van het Oberlandesgericht Düsseldorf (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Noordrijn-Westfalen, Düsseldorf, Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële procedure – Vervoer – Openbaar personenvervoer over de weg – Onderhandse gunning van openbaredienstcontracten: interne exploitant – Voorwaarden voor de toepassing van verordening (EG) nr. 1370/2007 – Vergelijkbare zeggenschap – Verdere onderhandse gunning door de interne exploitant – Moment waarop de voorwaarden voor de onderhandse gunning moeten worden beoordeeld”

1. Deze twee prejudiciële verwijzingen vinden hun oorsprong in twee contracten voor de exploitatie van openbare personenvervoersdiensten per bus, die door Duitse plaatselijke overheden onderhands zijn gegund aan hun respectieve „interne exploitanten” (of waarvoor de procedure tot gunning aan die interne exploitanten nog loopt). De verwijzende rechter onderstreept dat geen van beide contracten de rechtsvorm aanneemt van een concessieovereenkomst voor vervoersdiensten.

2. De steeds ruimere toepassing van onderhandse gunningen, die de vrijemarktwerking buitenspel zetten en gemeentelijke vervoersbedrijven bevoordelen, baart de overige – particuliere – bedrijven in de sector zorgen, aangezien zij hun marktaandeel zien krimpen terwijl de overheidsbedrijven hun marktaandeel behouden of zelfs vergroten.

1 Oorspronkelijke taal: Spaans.

3. De verwijzende rechter wenst eerst en vooral te vernemen of de onderhandse gunning van deze contracten aan de desbetreffende interne exploitanten onder de lex specialis valt, in dit geval artikel 5 van verordening nr. 1370/2007 [2], dan wel onder de algemene aanbestedingsrichtlijnen of de regels van het VWEU. Naast deze hoofdvraag formuleert hij vragen over andere aspecten van de betrekkingen tussen plaatselijke overheden en hun interne exploitanten.

I. Toepasselijke bepalingen van Unierecht: verordening nr. 1370/2007

4. Artikel 2 bepaalt:

„Voor de toepassing van deze verordening gelden de volgende definities:

[...]

b) ‚bevoegde instantie': overheid of groepering van overheden van één of meer lidstaten die bevoegd is/zijn om op te treden in het openbaar personenvervoer in een bepaald geografisch gebied, of elke andere entiteit die over deze bevoegdheid beschikt;

c) ‚bevoegde plaatselijke overheid': elk bevoegd overheidslichaam dat niet bevoegd is voor het volledige grondgebied van een land;

[...]

h) ‚onderhandse gunning': gunning van een openbaredienstcontract aan een bepaalde exploitant van openbare diensten zonder voorafgaande openbare aanbestedingsprocedure;

i) ‚openbaredienstcontract': een of meer juridisch bindende overeenkomsten tussen een bevoegde instantie en een exploitant van openbare diensten waarbij de exploitant van openbare diensten in het kader van de openbaredienstverplichtingen wordt belast met het beheer en de exploitatie van openbare personenvervoersdiensten; [...]

j) ‚interne exploitant': een juridisch onafhankelijke entiteit waarover een bevoegde plaatselijke overheid – of in geval van een groepering van overheden, ten minste één bevoegde plaatselijke overheid – net als over haar eigen diensten zeggenschap uitoefent;

[...]"

5. Artikel 4 van de verordening bepaalt:

„[...]

7. [...] Indien onderaannemers worden ingeschakeld, is de exploitant die overeenkomstig deze verordening belast is met het beheer en de verrichting van diensten op het gebied van openbaar personenvervoer, verplicht een aanzienlijk deel van deze diensten zelf uit te voeren. [...]"

2 Verordening (EG) van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad (PB 2007, L 315, blz. 1) (hierna: „verordening").

6. Artikel 5 bepaalt:

„1. Openbaredienstcontracten worden gegund volgens de voorschriften van deze verordening. Wat betreft openbaar personenvervoer per bus of tram zoals gedefinieerd in [richtlijn] 2004/17/EG [van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB 2004, L 134, blz. 1)] of [richtlijn] 2004/18/EG [van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB 2004, L 134, blz. 114)] [hierna tezamen: „aanbestedingsrichtlijnen"] worden opdrachten of overheidsopdrachten gegund overeenkomstig de procedures van die richtlijnen, voor zover deze opdrachten niet de vorm aannemen van contracten voor dienstenconcessies zoals gedefinieerd in die richtlijnen. Wanneer opdrachten moeten worden gegund overeenkomstig [richtlijn 2004/17] of [richtlijn 2004/18], zijn de leden 2 tot en met 6 van dit artikel niet van toepassing.

2. Als de nationale wetgeving het niet verbiedt, kan een bevoegde plaatselijke overheid, ongeacht of het gaat om een afzonderlijke overheid dan wel een groepering van overheden die geïntegreerde diensten voor openbaar personenvervoer aanbiedt, besluiten zelf openbare personenvervoersdiensten aan te bieden of onderhands een openbaredienstcontract te gunnen aan een juridisch onafhankelijke entiteit waarover de bevoegde plaatselijke overheid – of in geval van een groepering van overheden, ten minste één bevoegde plaatselijke overheid – net als over haar eigen diensten zeggenschap uitoefent. Wanneer een bevoegde plaatselijke overheid een dergelijk besluit neemt, geldt het volgende:

a) de vraag of de bevoegde plaatselijke overheid een dergelijke zeggenschap uitoefent, wordt beoordeeld op basis van onder meer de mate van vertegenwoordiging in de bestuurs-, beheers- of toezichtsorganen, de bepalingen ter zake in de statuten, de eigendomsstructuur en de daadwerkelijke invloed op en de daadwerkelijke zeggenschap over strategische en individuele beheersbeslissingen. In overeenstemming met het gemeenschapsrecht behoeft een bevoegde overheidsinstantie, met name in het geval van publiek-private partnerschappen, niet voor 100 % eigenaar te zijn om zeggenschap in de zin van dit lid uit te oefenen, mits de overheid een overheersende invloed heeft en die zeggenschap op grond van andere criteria kan worden uitgeoefend;

b) voorwaarde voor de toepassing van dit lid is dat de interne exploitant en elke entiteit waarop deze exploitant een, zelfs minimale, invloed heeft hun openbare personenvervoersdiensten exploiteren op het grondgebied van de bevoegde plaatselijke overheid – uitgaande lijnen of andere kleinere elementen van die activiteit die het grondgebied van naburige bevoegde plaatselijke overheden binnenkomen daargelaten – en niet deelnemen aan openbare aanbestedingen voor het verrichten van openbare personenvervoersdiensten buiten dit grondgebied;

c) niettegenstaande het bepaalde onder b) mag een interne exploitant vanaf twee jaar voordat zijn onderhandse gegunde contract afloopt, meedoen aan eerlijke openbare aanbestedingen op voorwaarde dat onherroepelijk is besloten tot een eerlijke openbare aanbesteding van de openbare personenvervoersdiensten die onder het contract van de interne exploitant vallen, en dat de interne exploitant geen andere onderhands gegunde openbaredienstcontracten heeft gesloten;

[...]

e) wanneer onderaanneming als bedoeld in artikel 4, lid 7, wordt overwogen, is de interne exploitant gehouden de openbare personenvervoersdienst grotendeels zelf uit te voeren.

3. Een bevoegde instantie die een beroep doet op een andere derde partij dan een interne exploitant, gunt openbaredienstcontracten via een openbare aanbestedingsprocedure, behoudens de in de leden 4, 5 en 6 bedoelde gevallen. De openbare aanbestedingsprocedure staat open voor alle exploitanten en verloopt open en eerlijk, met inachtneming van de beginselen van transparantie en niet-discriminatie. Na de indiening van de inschrijvingen en een eventuele eerste selectie kan, met inachtneming van deze beginselen, worden onderhandeld over de meest geschikte manier om te voldoen aan specifieke of complexe behoeften.

[...]"

7. Artikel 7 schrijft het volgende voor:

„[...]

2. Elke bevoegde instantie neemt de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat ten minste één jaar vóór de bekendmaking van de uitnodiging tot inschrijving of een jaar vóór de onderhandse gunning ten minste de volgende informatie in het *Publicatieblad van de Europese Unie* wordt bekendgemaakt:

a) de naam en het adres van de bevoegde instantie;

b) de beoogde wijze van gunning;

c) de diensten en de gebieden waarop de gunning potentieel betrekking heeft.

[...]"

8. In artikel 8 is bepaald:

„[...]

2. Onverminderd lid 3 verloopt de gunning van openbaredienstcontracten voor vervoer per spoor en over de weg volgens artikel 5, en wel vanaf 3 december 2019. Tijdens deze overgangsperiode nemen de lidstaten maatregelen om geleidelijk te voldoen aan artikel 5, teneinde te vermijden dat zich ernstige structurele problemen voordoen, in het bijzonder wat betreft de vervoerscapaciteit.

Binnen zes maanden na de eerste helft van de overgangsperiode leggen de lidstaten de Commissie een voortgangsverslag voor over de invoering van het geleidelijk gunnen van openbaredienstcontracten volgens artikel 5. Aan de hand van de voortgangsverslagen van de lidstaten kan de Commissie passende, op de lidstaten gerichte maatregelen voorstellen.

3. Bij de toepassing van lid 2 wordt geen rekening gehouden met openbaredienstcontracten die volgens gemeenschapsrecht en nationale wetgeving zijn gegund:

a) vóór 26 juli 2000 op grond van een eerlijke openbare aanbestedingsprocedure;

b) vóór 26 juli 2000 op grond van een andere procedure dan een eerlijke openbare aanbestedingsprocedure;

c) vanaf 26 juli 2000 en vóór 3 december 2009, op grond van een eerlijke openbare aanbestedingsprocedure;

d) vanaf 26 juli 2000 en vóór 3 december 2009, op grond van een andere procedure dan een eerlijke openbare aanbestedingsprocedure.

De onder a) bedoelde contracten kunnen doorlopen tot zij verstrijken. De onder b) en c) bedoelde contracten kunnen doorlopen tot zij verstrijken, maar niet langer dan gedurende 30 jaar. De onder d) bedoelde contracten kunnen doorlopen tot zij verstrijken, op voorwaarde dat het gaat om contracten van beperkte duur met een looptijd die vergelijkbaar is met de in artikel 4 vermelde looptijden.

Openbaredienstcontracten mogen doorlopen tot zij verstrijken indien de beëindiging ervan ongewenste juridische of economische gevolgen zou hebben en op voorwaarde dat de Commissie ermee instemt.

[...]"

II. Feiten en prejudiciële vragen

A. Zaak C-266/17

9. De Rhein-Sieg-Kreis (district Rhein-Sieg) is een plaatselijke overheid van de Duitse deelstaat Noordrijn-Westfalen die uit hoofde van het nationale recht als binnen haar geografisch gebied bevoegde overheid wordt beschouwd in de zin van de verordening.

10. De Rhein-Sieg-Kreis beschikt over een interne exploitant (Regionalverkehr Köln GmbH; hierna: „RV Köln"), die eigen rechtspersoonlijkheid heeft.[3] Volgens de verwijzende rechter heeft de Kreis een zeggenschap over RV Köln „die overeenstemt met de zeggenschap over zijn eigen diensten, in de vorm van gemeenschappelijke zeggenschap samen met de overige aandeelhouders".[4]

11. Voorts heeft de Rhein-Sieg-Kreis samen met andere plaatselijke overheden een beheersconsortium opgezet (Verkehrsverbund Rhein-Sieg), dat in het bijzonder belast is met de vaststelling van tarieven, maar geen vervoersactiviteiten verricht.

12. De Kreis kondigde aan[5] te zullen overgaan tot de onderhandse gunning van de openbare personenvervoersdiensten „op zijn grondgebied, met uitgaande lijnen naar naburige gebieden", overeenkomstig artikel 5, lid 2, van de verordening.[6]

13. RV Köln verricht openbare personenvervoersdiensten op het grondgebied van de Kreis, met uitzondering van uitgaande lijnen of andere nevendiensten die het grondgebied van naburige bevoegde plaatselijke overheden binnenkomen.[7]

14. De aankondiging van de gunning werd door Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH en BVR Busverkehr Rheinland GmbH aangevochten bij de Vergabekammer Rheinland (voor overheidsopdrachten bevoegde kamer Rijnland, Duitsland), die de onderhandse gunning van het contract aan de interne exploitant verbood omdat niet was voldaan aan de voorwaarden voor de toepassing van artikel 5, lid 2, van de verordening: de plaatselijke overheid oefende geen zeggenschap uit over de exploitant en de openbare personenvervoersdienst werd op een ander grondgebied geëxploiteerd dan dat van de aanbestedende dienst.

3 Het gaat om een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid naar Duits recht, waarin verschillende overheidsinstellingen deelnemen samen met de Rhein-Sieg-Kreis (die indirect deelneemt via een 100 %-dochteronderneming).

4 Punt 20 van de verwijzingsbeslissing.

5 Mededeling gepubliceerd in het *Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie* van 30 september 2015.

6 Punt 10 van de verwijzingsbeslissing.

7 Ibidem, punt 22.

15. De beslissing van de Vergabekammer Rheinland werd aangevochten bij de verwijzende rechter. Die wijst erop dat er in Duitsland uiteenlopende rechtsopvattingen heersen met betrekking tot opdrachten voor personenvervoer over de weg die niet de vorm van een dienstenconcessie aannemen:

– volgens sommige rechters mag de verordening alleen worden toegepast op concessies. Indien er geen sprake is van een concessie, geldt de algemene regeling van de aanbestedingsrichtlijnen;

– volgens andere rechters voorziet artikel 5, lid 2, van de verordening in een bijzondere regeling die voorrang heeft op de algemene regels. De verwijzing naar de aanbestedingsrichtlijnen in artikel 5, lid 1, is zonder voorwerp in situaties zoals deze, aangezien die richtlijnen niet van toepassing zijn op inhousegunningen.

16. Binnen deze context verzoekt het Oberlandesgericht Düsseldorf (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Noordrijn-Westfalen, Düsseldorf, Duitsland) het Hof om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Is artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 van toepassing op opdrachten die overeenkomstig artikel 5, lid 1, eerste zin, ervan niet de vorm aannemen van contracten voor dienstenconcessies zoals gedefinieerd in richtlijn 2004/17/EG of richtlijn 2004/18/EG?

Ingeval de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord:

2) Is het, wanneer een afzonderlijke bevoegde overheid overeenkomstig artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 een openbaredienstcontract onderhands gunt aan een interne exploitant, in strijd met de door deze overheid samen met de overige aandeelhouders van de interne exploitant uitgeoefende gemeenschappelijke zeggenschap, dat de bevoegdheid om op te treden in het openbaar personenvervoer in een bepaald geografisch gebied [artikel 2, onder b) en c), van verordening (EG) nr. 1370/2007] is verdeeld tussen de afzonderlijke bevoegde overheid en een groepering van overheden die geïntegreerde diensten voor openbaar personenvervoer aanbiedt, bijvoorbeeld doordat de bevoegdheid voor het gunnen van openbaredienstcontracten aan een interne exploitant berust bij de afzonderlijke bevoegde overheid, maar de vaststelling van tarieven wordt toevertrouwd aan een publiekrechtelijk lichaam zoals de ‚Zweckverband Verkehrsverbund', waartoe naast de afzonderlijke overheid andere in hun geografische gebieden bevoegde overheden behoren?

3) Is het, wanneer een afzonderlijke bevoegde overheid overeenkomstig artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 een openbaredienstcontract onderhands gunt aan een interne exploitant, in strijd met de door deze overheid samen met de overige aandeelhouders van de interne exploitant uitgeoefende gemeenschappelijke zeggenschap, dat volgens diens statuten bij besluiten over de totstandkoming, de wijziging of de beëindiging van een openbaredienstcontract overeenkomstig het voornoemde artikel 5, lid 2, alleen die aandeelhouder stemgerechtigd is welke zelf of wiens directe of indirecte eigenaar een openbaredienstcontract op grond van datzelfde artikel 5, lid 2, aan de interne exploitant gunt?

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

5) Is het op grond van artikel 5, lid 2, tweede zin, onder b), van verordening (EG) nr. 1370/2007 toegestaan dat de interne exploitant buiten het grondgebied van de overheid die hem het contract heeft gegund, openbare personenvervoersdiensten verricht voor andere met een overheidstaak belaste instellingen op grond van dienstcontracten die onder de overgangsregeling van artikel 8, lid 3, van diezelfde verordening vallen?

6) Op welk moment moet zijn voldaan aan de voorwaarden van artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007?"

B. Zaak C-267/17

17. De Kreis Heinsberg (district Heinsberg) is een plaatselijke overheid van de Duitse deelstaat Noordrijn-Westfalen. Hij is samen met de Stadt Aachen, de Städteregion Aachen en de Kreis Düren lid van het consortium Aachener Verkehrsverbund (AVV), een samenwerkingsverband dat is opgericht voor de bevordering en ondersteuning van het lokale openbare personenvervoer van de leden. [8]

18. Op 15 maart 2016 kondigde de Kreis Heinsberg aan [9] te zullen overgaan tot de onderhandse gunning, zonder oproep tot mededinging, van openbare personenvervoersdiensten met bussen en andere motorvoertuigen overeenkomstig artikel 5, lid 2, van de verordening.

19. De interne exploitant [10] waaraan de personenvervoersdiensten met ingang van 1 januari 2018 voor een periode van 120 maanden zouden worden gegund, was WestVerkehr GmbH, een onderneming die haar activiteiten grotendeels liet uitvoeren door haar 100 %-dochteronderneming, Kreisverkehrsgesellschaft Heinsberg mbH, en dit ook voor de periode na de onderhandse gunning van plan was.

20. Rhenus Veniro GmbH is tegen de gunning opgekomen bij de Vergabekammer Rheinland, die het beroep op 11 november 2016 heeft verworpen, waarop de onderneming zich tot het Oberlandesgericht Düsseldorf heeft gewend. Zij stelde a) dat artikel 5, lid 2, van de verordening niet van toepassing is, en b) subsidiair, dat de Kreis Heinsberg, als lid van de Aachener Verkehrsverbund, niet bevoegd is om het contract onderhands te gunnen, aangezien die bevoegdheid toekomt aan een afzonderlijke overheid of een groepering van overheden, en niet aan een overheid als lid van een dergelijke groepering.

21. Binnen deze context verzoekt het Oberlandesgericht Düsseldorf het Hof om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Is artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 van toepassing op onderhands te gunnen openbaredienstcontracten in de zin van artikel 2, onder i), van de verordening, die overeenkomstig artikel 5, lid 1, tweede zin, ervan niet de vorm aannemen van contracten voor dienstenconcessies in de zin van richtlijn 2004/17/EG of richtlijn 2004/18/EG?

8 Artikel 10 van de statuten van het consortium, met als opschrift „Oprichting van een groepering van overheden", bepaalt dat „de leden van de Zweckverband een groepering van overheden [vormen] in de zin van artikel 5, lid 2, eerste zin, van [de verordening]. Zijn leden zijn bevoegd openbaredienstcontracten onderhands te gunnen aan interne exploitanten. Interne exploitanten mogen openbare personenvervoersdiensten verrichten op het grondgebied van alle leden van de Zweckverband, die verder gaan dan uitgaande lijnen. Hiervoor is in elk concreet geval de toestemming vereist van het niet in het kapitaal van de interne exploitant deelnemende lid van de Zweckverband voor de openbare personenvervoersdiensten over de weg die op zijn grondgebied zullen worden verricht. Tot onderhandse gunningen zoals hierboven bedoeld wordt geacht te zijn besloten door alle leden van de Zweckverband." Voorts is in het artikel bepaald dat „overeenkomstig artikel 5, lid 2, van [de verordening] gunningsprocedures in de regel [worden] uitgevoerd door het lid dat zeggenschap uitoefent over de interne exploitant in de zin van die bepaling in de hoedanigheid van aanbestedende dienst".

9 Aankondiging gepubliceerd in het *Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie* van 15 maart 2016.

10 Tijdens de terechtzitting gaf een van de partijen aan te betwijfelen of de onderneming waaraan het contract was gegund als een interne exploitant kon worden beschouwd. Voor de verwijzende rechter staat die hoedanigheid echter niet ter discussie.

2) Wordt in artikel 2, onder b), en in artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 door het gebruik van het woord „of", respectievelijk de woorden „dan wel" uitgegaan van een exclusieve bevoegdheid van ofwel een afzonderlijke overheid ofwel een groepering van overheden of kan op grond van deze bepalingen een afzonderlijke overheid ook lid zijn van een groepering van overheden en aan de groepering bepaalde taken delegeren, maar tegelijkertijd bevoegd blijven om op te treden overeenkomstig artikel 2, onder b), en de bevoegde plaatselijke overheid in de zin van artikel 5, lid 2, van de verordening zijn?

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

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

III. Procedure bij het Hof

22. De verwijzingsbeslissingen zijn op 17 mei 2017 ingekomen bij de griffie van het Hof. Er werd tot voeging van de zaken besloten.

23. Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH, Rhenus Veniro GmbH, de Rhein-Sieg-Kreis, de Kreis Heinsberg, de Oostenrijkse regering en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

24. Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH, Rhenus Veniro GmbH, BVR Busverkehr Rheinland GmbH, de Rhein-Sieg-Kreis, de Kreis Heinsberg en de Europese Commissie hebben deelgenomen aan de terechtzitting van 31 mei 2018.

IV. Analyse

A. Toepassing van de verordening (eerste prejudiciële vraag in de zaken C-266/17 en C-267/17)

25. Volgens de uiteenzetting van de verwijzende rechter moet ervan worden uitgegaan dat de rechtsverhouding tussen de aanbestedende dienst en de exploitant die belast wordt met de uitvoering van de openbare personenvervoersdienst over de weg in deze twee gedingen geen concessieovereenkomst voor openbare diensten is, maar een openbaredienstcontract.

26. Als dat zo is, is artikel 5, lid 1, van de verordening van toepassing, met als resultaat dat de desbetreffende overheidsopdracht voor diensten moet worden gegund overeenkomstig de richtlijnen 2004/17 en 2004/18. [11]

11 In die bepaling heet het dat „wat betreft openbaar personenvervoer per bus of tram zoals gedefinieerd in de richtlijnen 2004/17/EG of 2004/18/EG opdrachten of overheidsopdrachten [worden] gegund overeenkomstig de procedures van die richtlijnen, voor zover deze opdrachten *niet de vorm aannemen van contracten voor dienstenconcessies* zoals gedefinieerd in die richtlijnen. Wanneer opdrachten moeten worden gegund overeenkomstig de richtlijnen 2004/17/EG of 2004/18/EG, zijn de leden 2 tot en met 6 van dit artikel niet van toepassing". Cursivering van mij.

27. Het probleem schuilt erin dat die twee richtlijnen, in tegenstelling tot de latere richtlijnen van 2014[12], geen regels bevatten voor de onderhandse gunning van deze opdrachten aan interne exploitanten (ook inhouse-exploitanten genoemd). In deze situatie is de keuze de volgende:

– een beroep doen op de rechtspraak[13] waarin, in het licht van de rechtssituatie van vóór de aanbestedingsrichtlijnen van 2014, de grote lijnen werden geschetst voor onderhandse gunningen, wanneer het ging om een louter intern instrument ten dienste van de aanbestedende dienst die er zeggenschap over uitoefende. De Teckal-rechtspraak, die net een uitzondering vormt op de toepassing van de richtlijnen 2004/17 en 2004/18, biedt enkele richtsnoeren, van autonoom rechterlijke oorsprong, om dit soort opdrachten van overheidsinstanties aan hun uitvoerende organen mogelijk te maken;

– de specifieke regels van de verordening voor dit soort gunningen aan interne exploitanten toepassen.

28. Zoals blijkt uit het meningsverschil tussen de Duitse rechters, waarnaar wordt verwezen in de verwijzingsbeslissingen, ligt de oplossing voor dit probleem niet voor de hand en bestaan er significante verschillen tussen de rechtsregelingen die voortvloeien uit de ene dan wel de andere stelling. De situatie zou anders zijn indien in de gedingen die aanleiding hebben gegeven tot deze prejudiciële verwijzingen de richtlijnen van 2014 zouden kunnen worden toegepast, aangezien de Teckal-rechtspraak in wezen formeel is overgenomen in die richtlijnen, zij het met enige nuances.[14]

29. In dat scenario zou het geen probleem zijn te stellen dat de verwijzing naar de richtlijnen van 2004 in artikel 5, lid 1, van de verordening moet worden gezien als een verwijzing naar de richtlijnen van 2014, zodra die van kracht zijn.[15] Aangezien in die richtlijnen al expliciet is voorzien in regels voor de gunning van overheidsopdrachten aan inhouse-exploitanten, zou moeten worden verduidelijkt of die regels voorrang hebben op die van artikel 5, lid 2, van de verordening.[16] De richtlijnen van 2014 zijn in deze zaken ratione temporis echter niet van toepassing.[17]

30. Het Hof heeft verklaard dat „de toepasselijke richtlijn in beginsel die is welke van kracht was op het tijdstip waarop de aanbestedende dienst kiest welk type procedure hij zal volgen en definitief uitmaakt of er voor de gunning van een overheidsopdracht een verplichting bestaat om een voorafgaande oproep tot mededinging te doen (arrest [van 11 juli 2013,] Commissie/Nederland, C-576/10, EU:C:2013:510, punt 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Niet van toepassing zijn daarentegen de bepalingen van een richtlijn waarvan de omzettingstermijn na dat moment is verstreken (zie in die zin arrest [van 5 oktober 2000,] Commissie/Frankrijk, C-337/98, EU:C:2000:543, punten 41 en 42).”[18]

12 Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18 (PB 2014, L 94, blz. 65) en richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van richtlijn 2004/17 (PB 2014, L 94, blz. 243) (hierna: „richtlijnen van 2014”).

13 Arrest van 18 november 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562; hierna: „Teckal-rechtspraak”).

14 Zo bevat artikel 12 van richtlijn 2014/24 een regeling voor „overheidsopdrachten tussen entiteiten in de overheidssector”. In artikel 28 van richtlijn 2014/25 zijn de regels vastgelegd voor „opdrachten van de ene aanbestedende dienst aan de andere”.

15 In de mededeling van de Commissie over de interpretatieve richtsnoeren bij verordening (EG) nr. 1370/2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg (PB 2014, C 92, blz. 1) is vermeld dat „aangezien de in verordening (EG) nr. 1370/2007 bedoelde richtlijnen (richtlijn 2004/17/EG en richtlijn 2004/18/EG) zijn ingetrokken en vervangen door de hierboven vermelde richtlijnen [2014/24 en 2014/25], de verwijzingen in verordening (EG) nr. 1370/2007 [moeten] worden opgevat als verband houdend met de nieuwe richtlijnen” (lid 2.1.1).

16 Tijdens de terechtzitting werd besproken welke regels eventueel tegelijkertijd of naast elkaar kunnen worden toegepast. Hier is dat debat mijns inziens echter niet aan de orde, in tegenstelling tot wanneer het zou gaan om inhousegunningen van na 18 april 2016.

17 Volgens de Commissie is artikel 5, lid 2, van de verordening niet van toepassing op deze situaties, aangezien dat lid uitsluitend betrekking heeft op concessies. Haar stelling houdt in wezen in dat de inhouseregels uit de richtlijnen van 2014 vervroegd worden toegepast op feiten die zijn onderworpen aan de richtlijnen van 2004. Paradoxaal genoeg beroept de Commissie zich bij haar gedetailleerde analyse van de tweede en volgende prejudiciële vragen in zaak C-267/17 op de inhoud van die bepaling om haar argumenten te staven.

18 Arrest van 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067, punt 31). Zie ook arrest van 27 oktober 2016, Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:817, punt 32), met aanhaling van arrest van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, punt 83).

31. Uit de twee verwijzingsbeslissingen blijkt dat de aankondigingen van onderhandse gunning zijn bekendgemaakt vóór de termijn voor omzetting van de richtlijnen van 2014 verstreek.[19] Er is voorts geen enkel objectief element waaruit valt af te leiden dat de keuze van de aanbestedende dienst zou zijn veranderd ten opzichte van wat hij in die aankondigingen had aangegeven.

32. De aandacht moet daarom opnieuw uitgaan naar de keuze die ik eerder heb genoemd, zonder dat de regels van de richtlijnen van 2014 over de onderhandse gunning aan interne exploitanten kunnen worden toegepast.

33. De procedures van de richtlijnen 2004/17 en 2004/18 zijn niet van toepassing op dit soort inhousegunningen. Zoals ik in een andere conclusie heb uitgelegd, „sluit de aanbestedende dienst [onder de inhouseregeling] vanuit een functioneel gezichtspunt geen overeenkomsten met een ander, van hem onderscheiden lichaam, maar eigenlijk met zichzelf, gelet op de banden die hij onderhoudt met het – formeel gesproken – onderscheiden lichaam. Strikt genomen gaat het niet om de aanbesteding van een opdracht, maar louter om een bestelling of een taak, die de andere ‚partij' niet kan weigeren uit te voeren, welke vorm die bestelling of taak ook aanneemt. […] Het feit dat er geen sprake is van een werkelijke verhouding met een ander lichaam rechtvaardigt dat een aanbestedende dienst niet gehouden is de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten te volgen wanneer hij bij het volbrengen van zijn taken eigen middelen inzet".[20]

34. De gunning aan interne exploitanten valt dus ofwel onder de Teckal-rechtspraak, ofwel onder de specifieke bepalingen van artikel 5, lid 2, van de verordening (wanneer het gaat om vervoersdiensten over land).

35. Hoewel ik het belang van de tegenargumenten erken, ben ik geneigd te denken dat artikel 5, lid 2, van de verordening voorrang heeft. Mijns inziens zijn er meerdere argumenten die dit standpunt ondersteunen.

36. Het eerste vloeit voort uit de letterlijke uitlegging van lid 1, derde zin, van datzelfde artikel 5, a contrario. Als de leden 2 tot en met 5 van dat artikel alleen bij uitzondering en in beperkte mate buiten toepassing blijven[21] wanneer de opdrachten voor diensten „moeten worden gegund overeenkomstig richtlijn 2004/17/EG of richtlijn 2004/18/EG", dan blijven zij onverkort van toepassing als die richtlijnen onderhandse gunningen aan interne exploitanten, zoals hier het geval is, niet regelen. Zoals ik reeds heb benadrukt, zijn inhouseopdrachten volgens het Hof uitgesloten van die twee richtlijnen.

37. De formulering van artikel 5, lid 1, staaft die letterlijke uitlegging: opdrachten voor openbaar personenvervoer per bus „worden gegund overeenkomstig de procedures van die richtlijnen [2004/17 en 2004/18]", voor zover zij niet de vorm aannemen van contracten voor dienstenconcessies. Indien die richtlijnen, zoals het geval is, geen *procedure* bevatten voor gunningen aan interne exploitanten, die eerder een mechanisme van exploitatie in eigen beheer door overheidsdiensten zijn, is de verwijzing zonder voorwerp en zinloos.

38. Dat zou niet het geval zijn indien het ging om concurrentiegerichte gunningen (waarbij de opdracht dus niet aan interne exploitanten wordt gegund), waarvoor de verwijzing haar volle werking sorteert. Wanneer een overheidsinstantie een dergelijke opdracht, die niet de vorm van een concessie aanneemt, aan derden wil gunnen, moet zij dat doen via de concurrentiegerichte *procedures* waarin de richtlijnen 2004/17 en 2004/18 (daarentegen wél) voorzien.

19 Deze richtlijnen moesten uiterlijk op 18 april 2016 worden omgezet, en de aankondigingen van de gunning in de hoofdgedingen zijn bekendgemaakt op 30 september 2015 en 16 maart 2016.

20 Conclusie in de zaak LitSpecMet (C-567/15, EU:C:2017:319, punten 70 en 71).

21 Zie arrest van 27 oktober 2016, Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:817, punt 39).

39. Het tweede argument is ontleend aan een systematische analyse van de toepasselijke regels, gekoppeld aan het specialiteitsbeginsel. Als de Uniewetgever in 2007 (dus na de vaststelling van de richtlijnen van 2004) voor ogen had een bijzondere regeling in te voeren voor inhousegunningen van dienstencontracten voor vervoer over land, moet die regeling, zoals opgenomen in artikel 5, lid 2, van de verordening, naar mijn oordeel in geval van twijfel worden beschouwd als een regeling die voorrang heeft op de (algemene) regeling die voortvloeit uit de Teckal-rechtspraak.

40. Het derde en laatste argument houdt rekening met het beoogde doel van artikel 5, lid 2, van de verordening. De Uniewetgever heeft, gezien de specifieke eigenschappen van het personenvervoer over de weg, willen bewerkstelligen dat „een lokale overheid [...] ervoor [kan] opteren zelf openbare personenvervoersdiensten aan te bieden op haar grondgebied of zonder openbare aanbestedingsprocedure te gunnen aan een interne exploitant". De voorwaarden om dat laatste mechanisme te gebruiken zijn vrij precies en weerspiegelen het evenwicht tussen dat doel en de noodzaak om „concurrentieverstoring te vermijden". [22]

41. Het sluit beter aan bij dat doel voorrang te geven aan de bijzondere regels van de verordening, die afgestemd zijn op de specifieke kenmerken van het personenvervoer per bus, dan de criteria van de Teckal-rechtspraak aan te houden, die gelden voor elke andere dienstensector. Zo is er de regel die toestaat (en in zeker zin stimuleert) dat plaatselijke overheden zich groeperen om deze contracten te gunnen aan een interne exploitant waarover zij net als over hun eigen diensten zeggenschap uitoefenen.

42. Plaatselijke overheden die een contract voor de exploitatie van openbare personenvervoersdiensten per bus onderhands willen gunnen aan een interne exploitant, moeten daarbij dus de voorwaarden van artikel 5, lid 2, van de verordening naleven.

B. Optreden van de plaatselijke overheid bij de gunning van het contract en toezicht op de interne exploitant (tweede prejudiciële vraag in de zaken C-266/17 en C-267/17 en derde prejudiciële vraag in zaak C-266/17)

43. De plaatselijke overheden [Kreise (districten)] die in deze twee zaken contracten hebben gegund aan hun interne exploitanten (of voornemens waren dat te doen), hadden samen met soortgelijke lichamen beheersconsortia (Verkehrsverbünde) opgezet voor een ruimer grondgebied. Die consortia waren onder meer belast met de vaststelling van de gemeenschappelijke tarieven voor de personenvervoersdiensten voor hun respectievelijke grondgebied. [23]

44. De verwijzende rechter wenst te vernemen of dat eraan in de weg staat dat de beide plaatselijke overheden (Kreise) die lid zijn van consortia hun eigen contracten gunnen.

45. Zoals ik reeds heb uitgelegd, staat artikel 5, lid 2, eerste alinea, van de verordening toe dat plaatselijke overheden, afzonderlijk of in een groepering met andere overheden, contracten onderhands gunnen aan interne exploitanten, voor zover zij over die exploitanten „net als over [hun] eigen diensten zeggenschap [uitoefenen]".

22 Overweging 18 van de verordening.

23 De precieze omvang van deze bevoegdheden is niet nader omschreven in de verwijzingsbeslissingen. De verwijzende rechter heeft het alleen over de vaststelling van tarieven.

46. Abstract gesproken zie ik niet in waarom de toekenning van de bevoegdheid voor tariefvaststelling aan het beheersconsortium de „vergelijkbare zeggenschap" van de afzonderlijke overheden over hun interne exploitant zou ondermijnen. Ik ben het wat dat betreft dus eens met de verwijzende rechter. De vaststelling van een gemeenschappelijk tarief door het consortium maakt het mogelijk dat gebruikers met één ticket van een geïntegreerde vervoersdienst profiteren, ongeacht de interne exploitant die de dienst verricht en de plaatselijke overheid waaraan hij verbonden is.

47. Wat hier van belang is, is of er al dan niet nog altijd sprake is van „vergelijkbare zeggenschap" van elke plaatselijke overheid (of, in voorkomend geval, van gezamenlijke zeggenschap van de groepering) over de interne exploitant. Naargelang van de wijze waarop het gebeurt, zou de toekenning van bevoegdheden aan het beheersconsortium de plaatselijke overheid haar bevoegdheden in zodanige mate kunnen ontnemen dat zij niet langer zeggenschap uitoefent over de interne exploitant net zoals over haar eigen diensten.

48. Voor zover de prejudiciële vraag beperkt is tot de delegatie aan het consortium van de bevoegdheid om tarieven vast te stellen, lijkt mij dit feit niet noodzakelijkerwijs te betekenen dat afstand is gedaan van de zeggenschap over de interne exploitant. Bovendien neemt elke Kreis, als plaatselijke overheid die lid is van het beheersconsortium, deel aan de besluitvorming inzake de tarieven door dat consortium, wat aantoont dat zij ook over dit aspect van de dienst de – weliswaar gedeelde – zeggenschap behouden.

49. Uiteraard is het de nationale rechter die uiteindelijk moet beoordelen of de Kreise, afzonderlijk of in een groepering, in de concrete omstandigheden van beide gedingen de zeggenschap behouden over de interne exploitant, aangezien alleen de nationale rechter over de daartoe noodzakelijke gegevens beschikt.[24] De verwijzingsbeslissingen bevatten in feite onvoldoende gegevens om een getrouw en volledig beeld te krijgen van de betrekkingen tussen de plaatselijke overheden en de interne exploitant.

50. Binnen diezelfde context wordt in de derde prejudiciële vraag in zaak C-266/17 verwezen naar een wijziging van de statuten van RV Köln, die op 21 augustus 2015 is goedgekeurd door de algemene vergadering van vennoten en die het stemrecht van die vennoten beperkt tot degenen die een contract gunnen overeenkomstig artikel 5, lid 2, van de verordening. De verwijzende rechter wenst te vernemen of die statutenwijziging gevolgen kan hebben voor de zeggenschap die wordt uitgeoefend door de plaatselijke aanbestedende dienst.

51. De verwijzingsbeslissing is wat dit punt betreft onduidelijk geformuleerd. In elk geval staat in punt 21 ervan dat „op dit moment niet te voorzien [is] of de statuten van de in het geding geroepen partij in de tot dusver toepasselijke versie of in de nieuwe versie vanaf 21 augustus 2015 zullen voortbestaan". Eerder (in punt 6) wordt namelijk uitgelegd dat het wijzigingsbesluit van 21 augustus 2015 is aangevochten en „volgens het onherroepelijke arrest thans voorlopig ongeldig is".

52. Indien dat zo is[25], zou de vraag misschien als hypothetisch kunnen worden beschouwd, aangezien zij betrekking zou hebben op een feit (de wijziging van de statuten) dat de verwijzende rechter zelf niet relevant acht voor zijn uitspraak, aangezien die wijziging niet van kracht is.

24 De factoren die in overweging moeten worden genomen bij de beantwoording van „de vraag of de bevoegde plaatselijke overheid dergelijke zeggenschap uitoefent", zijn vermeld in artikel 5, lid 2, onder a), van de verordening.

25 In zijn schriftelijke opmerkingen in zaak C-266/17 stelt de Rhein-Sieg-Kreis dat „in tegenstelling tot wat de verwijzende rechter uiteenzet, de nieuwe versie van de statuten van 21 augustus 2015 [...] volledig moet worden toegepast" (punt 29).

53. Hoe dan ook zou de nieuwe tekst van de statuten van RV Köln in deze zaak alleen maar bevestigen dat de Kreis, net omdat hij het contract aan de desbetreffende exploitant heeft gegund, stemrecht heeft in de algemene vergadering van vennoten en dus de nodige zeggenschap kan uitoefenen over de uitvoerende vennootschap. Zoals de verwijzende rechter terecht onderstreept, leidt de wijziging van § 17, lid 1, derde zin, van de statuten tot „een versterking van de invloed van die aandeelhouder die het openbaredienstcontract gunt en op wiens grondgebied de personenvervoersdiensten zullen worden verricht".

C. Grondgebied waarop de interne exploitant vervoersdiensten mag verrichten (vierde en vijfde prejudiciële vraag in zaak C-266/17)

54. Met zijn vierde vraag in zaak C-266/17 wenst de verwijzende rechter te vernemen of het is toegestaan dat een interne exploitant waaraan een contract onderhands is gegund, personenvervoersdiensten over land niet alleen verricht op het grondgebied van de aanbestedende plaatselijke overheid, maar ook op dat van andere plaatselijke overheden in een groepering.

55. Ook met betrekking tot dit punt is de verwijzingsbeslissing niet bijzonder duidelijk. Uit de bewoordingen zou opnieuw kunnen worden afgeleid dat de vraag hypothetisch is, aangezien:

– de plaatselijke overheid in de aankondiging van de gunning heeft aangegeven dat de dienst zou worden verricht „op haar grondgebied, met uitgaande lijnen naar naburige gebieden" (punt 10 van de verwijzingsbeslissing);

– de verwijzende rechter dat feit zelf bevestigt voor zover hij verklaart dat „deze diensten (uitgaande lijnen of andere nevendiensten die het grondgebied van naburige bevoegde plaatselijke overheden binnenkomen daargelaten) worden verricht op het grondgebied van de aanbestedende dienst" (punt 22 van de verwijzingsbeslissing).

56. Het kan echter niet worden uitgesloten dat de vraag gericht is op verduidelijking of het RV Köln, ongeacht of bij de gunning aan deze vennootschap die regel is nageleefd, verboden is haar diensten te verlenen aan andere plaatselijke overheden en dus haar activiteiten te ontplooien op het grondgebied van die laatste.

57. Volgens artikel 5, lid 2, onder b), van de verordening kan de interne exploitant zijn openbare personenvervoersdiensten uitsluitend exploiteren op het grondgebied van de bevoegde plaatselijke overheid. Daarbij kan het evenwel gaan om een afzonderlijke plaatselijke overheid of een groepering van plaatselijke overheden.[26] Niets belet dus dat een of meerdere plaatselijke overheden in een groepering de dienst toevertrouwen aan één enkele interne exploitant, die voor alle overheden in de groepering dezelfde is en waarover zij net als over hun eigen diensten zeggenschap uitoefenen. In dat geval kan de interne exploitant zijn activiteiten uitvoeren op het grondgebied van iedere overheid (in de groepering) die de desbetreffende dienst aan hem heeft toevertrouwd.

58. Bovendien is deze mogelijkheid niet iets nieuws dat alleen in de verordening voorkomt. Het Hof heeft bij de ontwikkeling van de Teckal-rechtspraak aanvaard dat sommige overheidsinstanties hun openbaredienstverplichtingen kunnen uitvoeren in samenwerking met andere overheidsinstanties, via een gemeenschappelijk uitvoerend orgaan, waarover zij vergelijkbare (maar niet identieke) zeggenschap uitoefenen als over hun eigen diensten.[27]

26 Zo staat het uitdrukkelijk vermeld in lid 2, eerste alinea, van datzelfde artikel.

27 Arrest van 19 april 2007, Asemfo (C-295/05, EU:C:2007:227, punt 62): „uit de rechtspraak [volgt] dat in het geval dat meerdere lichamen een onderneming in handen hebben, aan deze voorwaarde [het merendeel van haar werkzaamheden verrichten voor het publieke lichaam of de lichamen waaraan zij toebehoort] 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 (arrest [van 11 mei 2006,] Carbotermo en Consorzio Alisei [C-340/04, EU:C:2006:308], punt 70)".

59. In het arrest Coditel Brabant [28] werd het geval bekeken van een plaatselijke overheid die voor het vervullen van haar verplichtingen „[wilde] toetreden tot een groepering die uit andere overheidsinstanties [bestond], zoals een intercommunale coöperatieve vennootschap". Het Hof erkende de gezamenlijke zeggenschap van de plaatselijke overheden, die niet individueel hoefde te zijn. [29]

60. Als de interne exploitant een uitvoerend orgaan is dat gemeenschappelijk is voor meerdere plaatselijke overheden die er (samen) zeggenschap over uitoefenen net als over hun eigen diensten, moet er derhalve van worden uitgegaan dat het in artikel 5, lid 2, onder b), van de verordening vermelde grondgebied het grondgebied van elk van die overheden is.

61. In de vijfde prejudiciële vraag lijkt de verwijzende rechter niet langer te verwijzen naar het grondgebied van de plaatselijke overheden in de groepering, maar naar dat van andere „aanbestedende diensten", die eventueel contracten voor vervoersdiensten zouden hebben gesloten met RV Köln vóór 3 december 2003, waarvoor dus een overgangsregeling gold overeenkomstig artikel 8 van de verordening.

62. Dat artikel voorzag in een reeks maatregelen waarbij de gunningsregels van de verordening geleidelijk aan werden ingevoerd. De precieze inhoud van dat artikel doet hier verder niet ter zake – er hoeft enkel op te worden gewezen dat de overeenkomstig het communautaire of het nationale recht gegunde openbaredienstcontracten, onder de voorwaarden en in de tijdvakken zoals bepaald in artikel 8, lid 3, mochten doorlopen tot zij verstreken, binnen bepaalde grenzen.

63. Aangezien de verwijzingsbeslissing geen nadere informatie bevat, lijkt het mij dat de bestaande contracten waarvan sprake is, geldig zijn uit hoofde van de overgangsregels van het in de vraag vermelde artikel 8. Daar de verordening uitdrukkelijk toestaat deze contracten te laten doorlopen, moet de in artikel 5, lid 2, onder b), ervan vermelde territoriale beperking aldus worden uitgelegd dat deze contracten er niet onder vallen.

D. Moment waarop aan de voorwaarden van artikel 5, lid 2, van de verordening moet zijn voldaan (zesde prejudiciële vraag in zaak C-266/17 en vierde prejudiciële vraag in zaak C-267/17)

64. De verwijzende rechter vraagt zich af of aan de voorwaarden van artikel 5, lid 2, van de verordening moet zijn voldaan: a) op het moment van de onderhandse gunning, of b) op het moment waarop de bevoegde instantie overeenkomstig artikel 7, lid 2, van die verordening de informatie over de beoogde onderhandse gunning moet publiceren in het *Publicatieblad van de Europese Unie*.

65. Artikel 7, lid 2, van de verordening bepaalt welke gegevens de bevoegde instantie moet vermelden in haar aankondiging (die ten minste één jaar vóór de onderhandse gunning moet worden gepubliceerd), maar vereist niet dat de onderneming waaraan het contract zal worden gegund, wordt bekendgemaakt. Niets belet de plaatselijke overheid in de periode tussen de aankondiging en de gunning haar uitvoerende organen op de ene of de andere manier te structureren: wat van belang is, is dat de interne exploitant die uiteindelijk wordt gekozen aan de wettelijke voorwaarden voldoet (in het bijzonder dat hij onder de zeggenschap staat van de instantie die hem met de dienst belast).

28 Arrest van 13 november 2008 (C-324/07, EU:C:2008:621).

29 Ibidem, punt 54 en dictum: „Wanneer een overheidsinstantie toetreedt tot een intercommunale coöperatieve vennootschap waarvan alle vennoten overheidsinstanties zijn, teneinde aan die vennootschap het beheer van een openbare dienst over te dragen, kan het toezicht van de bij die vennootschap aangesloten instanties op die vennootschap, om als toezicht zoals op hun eigen diensten te worden aangemerkt, door deze instanties gezamenlijk worden uitgeoefend, in voorkomend geval bij meerderheidsbeslissing."

66. Uit artikel 5, lid 2, juncto artikel 7, lid 2, van de verordening leid ik bijgevolg af dat aan de voorwaarden van die eerste bepaling moet zijn voldaan op het moment waarop tot de onderhandse gunning wordt overgegaan. Pas dan is bekend aan welke onderneming het contract wordt gegund, en dat is een cruciaal gegeven om te bepalen of, gelet op de omstandigheden, de bevoegde instantie zeggenschap uitoefent over die onderneming net als over haar eigen diensten, en of de exploitant in een van de in artikel 5, lid 2, onder b) en c), van de verordening bedoelde omstandigheden verkeert.

E. Dienstverrichting door de interne exploitant via een dochteronderneming (derde prejudiciële vraag in zaak C-267/17)

67. De interne exploitant WestVerkehr GmbH verricht de openbare vervoersdienst concreet via een dochteronderneming, waarin hij voor 100 % aandeelhouder is. In het licht daarvan, en gelet op artikel 5, lid 2, onder e), van de verordening („wanneer onderaanneming [...] wordt overwogen, is de interne exploitant gehouden de [...]dienst grotendeels zelf uit te voeren"), vraagt de verwijzende rechter zich af of die bepaling toestaat dat de dochteronderneming met de uitvoering van de dienst wordt belast.

68. Onderaanneming is in de verordening opgenomen als een mechanisme om de dienstverrichting open te stellen voor andere ondernemingen dan die waaraan het contract is gegund, die een contractuele band met deze laatste hebben. Onderaannemers mogen echter slechts een beperkt percentage van de dienst uitvoeren:

– als de onderneming waaraan het contract is gegund een autonome onderneming is, en dus geen interne exploitant, „is [zij] verplicht *een aanzienlijk deel* van [de diensten op het gebied van openbaar personenvervoer] zelf uit te voeren" [artikel 4, lid 7] [30];

– als de onderneming waaraan het contract is gegund daarentegen een interne exploitant is, „is [zij] gehouden de [...]dienst *grotendeels* zelf uit te voeren" [artikel 5, lid 2, onder e)].

69. Ik denk echter niet dat er in een situatie als deze sprake kan zijn van onderaanneming in de strikte zin van het woord. Ik ben het eens met de stelling die de Kreis Heinsberg heeft uiteengezet in zijn schriftelijke opmerkingen, te weten dat de verhouding tussen, enerzijds, een dochteronderneming waarvan het kapitaal volledig in handen is van de interne exploitant, die er zeggenschap over heeft, en, anderzijds, deze interne exploitant zelf, geen verhouding van onderaanneming is. Om te kunnen spreken van onderaanneming zijn twee autonome ondernemingen nodig [31] die „op basis van gelijkheid en niet op grond van hiërarchische ondergeschiktheid" [32] onderling de voorwaarden van hun contractuele betrekkingen overeenkomen.

30 In het arrest van 27 oktober 2016, Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:817), werd de toepassing van dit artikel op een aanbesteding onder richtlijn 2004/18 geanalyseerd en werd geoordeeld dat artikel 7, lid 4, van de verordening zich er niet tegen verzette dat het aandeel van de diensten dat de exploitant zelf diende te verrichten, werd vastgesteld op 70 %.

31 In overweging 19 van de verordening wordt in de context van onderaanneming verwezen naar de deelname van *„andere* ondernemingen dan de exploitanten van openbare diensten". Cursivering van mij.

32 Ik verwijs naar mijn conclusie in de zaak LitSpecMet (C-567/15, EU:C:2017:319, punten 71 e.v.).

70. De onderaanneming waarvan sprake is in de voornoemde artikelen van de verordening vindt plaats wanneer de interne exploitant besluit om voor de dienstverrichting een beroep te doen op een derde partij, die niet tot zijn ondernemingsstructuur behoort.[33] Indien daartoe echter wordt gebruikgemaakt van een 100 %-dochteronderneming, waarover de interne exploitant de volledige zeggenschap heeft, zodat hij haar zijn bedrijfsbeslissingen kan opleggen, is het vanuit een functioneel gezichtspunt in werkelijkheid dezelfde economische en operationele entiteit die de dienst verricht. Er is dus geen echte *derde partij* waarmee een onderaannemingsovereenkomst kan worden gesloten.

71. In deze omstandigheden breiden de inhousebetrekkingen tussen de Kreis Heinsberg en zijn interne exploitant (WestVerkehr GmbH) zich uit naar de dochteronderneming waarin deze laatste vennootschap voor 100 % deelneemt en waarover de plaatselijke overheid eveneens (tweedelijns)zeggenschap uitoefent net als over (de rest van) haar eigen diensten.

72. Bijgevolg sluit artikel 5, lid 2, tweede zin, onder e), van de verordening niet uit dat een interne exploitant de gegunde diensten grotendeels laat uitvoeren door een 100 %-dochteronderneming, waarover hij volledige zeggenschap heeft.

V. Conclusie

73. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging op de prejudiciële vragen van het Oberlandesgericht Düsseldorf te antwoorden als volgt:

„1) Artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad:

– is van toepassing op onderhandse gunningen door bevoegde plaatselijke overheden aan een interne exploitant waarover zij net als over hun eigen diensten zeggenschap uitoefenen, wanneer het gaat om opdrachten voor openbaar personenvervoer die niet de vorm aannemen van contracten voor dienstenconcessies zoals gedefinieerd in richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten of richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten;

– verzet zich er niet tegen dat plaatselijke overheden aan een consortium van plaatselijke overheden waarvan zij zelf lid zijn de bevoegdheid verlenen om gemeenschappelijke tarieven voor de dienst vast te stellen, voor zover hun daardoor niet de bevoegdheid wordt ontnomen om over de interne exploitant net als over hun eigen diensten zeggenschap uit te oefenen, hetgeen ter beoordeling van de verwijzende rechter komt;

– sluit niet uit dat de interne exploitant waaraan een bevoegde plaatselijke overheid de dienst heeft gegund, deze uitvoert via een dochteronderneming waarover hij de volledige zeggenschap heeft, waaraan hij zijn beslissingen kan opleggen en waarin hij voor 100 % deelneemt;

33 In mijn conclusie in de zaak LitSpecMet (C-567/15, EU:C:2017:319, punt 79) heb ik diezelfde zienswijze verdedigd: „[...] de aanbestedende dienst kan binnen de reeds aangegeven grenzen uitvoerende organen belasten met bepaalde taken waarvoor in beginsel een aanbesteding moet worden uitgeschreven, maar waarvoor een vrijstelling geldt. [...] Wanneer die uitvoerende organen van hun kant niet over voldoende middelen beschikken om de hun door de aanbestedende dienst opgedragen taken zelf tot een goed einde te brengen en zich verplicht zien om te dien einde een beroep te doen op *derden*, verdwijnen de redenen die de inhouseuitzondering rechtvaardigen evenwel en komt er in werkelijkheid een verhulde openbare (onder)aanbesteding aan het licht, waarbij de aanbestedende dienst via een tussenpersoon (het uitvoerende orgaan) goederen en diensten van derden verkrijgt zonder de richtlijnen in acht te nemen die de aanbesteding van de betrokken opdrachten horen te regelen”.

– staat toe dat de interne exploitant, als uitvoerend orgaan van alle plaatselijke overheden in een groepering, openbare personenvervoersdiensten verricht op het grondgebied van elk van die overheden;

– staat tevens toe dat de interne exploitant zijn diensten blijft verrichten buiten het bevoegdheidsgebied van de plaatselijke overheid die hem het contract heeft gegund, voor zover hij dat doet op basis van contracten die onderworpen zijn aan de overgangsregeling van artikel 8, lid 3, van verordening nr. 1370/2007.

2) Aan de voorwaarden van artikel 5, lid 2, van verordening nr. 1370/2007 voor de onderhandse gunning aan de interne exploitant moet zijn voldaan op het moment van de onderhandse gunning zelf."