CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
P. MENGOZZI
van 27 februari 2014 [1]

Zaak C-574/12

Centro Hospitalar de Setúbal, EPE
Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH)
tegen
Eurest Portugal – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda

[verzoek van het Supremo Tribunal Administrativo (Portugal) om een prejudiciële beslissing]

„Overheidsopdrachten — Richtlijn 2004/18/EG — Geen verplichting om een aanbestedingsprocedure volgens Unierechtelijke voorschriften te organiseren (zogenoemde ‚in-house-gunning') — Vereiste van ‚controle zoals op de eigen diensten' — Opdrachtnemer die juridisch onderscheiden is van de aanbestedende dienst en de rechtsvorm van vereniging zonder winstoogmerk heeft — Participatie van particulieren in de opdrachtnemer — Vereiste dat het merendeel van de eigen werkzaamheden wordt verricht voor aanbestedende diensten die ‚toezicht zoals op de eigen diensten' uitoefenen"

1. Met de zes prejudiciële vragen van het Supremo Tribunal Administrativo wordt het Hof opnieuw verzocht de draagwijdte te specificeren van de voorwaarden waaronder een aanbestedende dienst een beroep kan doen op de uitzondering voor de zogenoemde „in-house-gunning". Op grond van deze uitzondering, die het Hof voor het eerst heeft vastgesteld in het arrest Teckal [2] en waarover inmiddels uitgebreide rechtspraak bestaat, hoeft een aanbestedende dienst geen aanbestedingsprocedure te organiseren voor de plaatsing van een overheidsopdracht indien aan twee voorwaarden is voldaan: deze dienst oefent op de opdrachtnemer toezicht uit zoals op de eigen diensten, en de opdrachtnemer verricht het merendeel van zijn werkzaamheden ten behoeve van de aanbestedende dienst of diensten die hem beheersen. [3]

2. In de onderhavige zaak rijzen enkele nieuwe vragen die het Hof de gelegenheid bieden het toepassingsgebied van de „in-house"-uitzondering nader te bepalen. Enerzijds wordt het Hof verzocht de draagwijdte vast te stellen van zijn rechtspraak volgens welke particuliere participaties in de opdrachtnemer uitsluiten dat de aanbestedende dienst op dit lichaam toezicht zoals op de eigen diensten kan uitoefenen. [4] Meer in het bijzonder dient het Hof vast te stellen of de restrictieve

1 — Oorspronkelijke taal: Italiaans.

2 — Arrest van 18 november 1999, Teckal (C-107/98, Jurispr. blz. I-8121).

3 — Zie onder andere arresten van 11 januari 2005, Si vedano, inter alia, arrest Stadt Halle en RPL Lochau (C-26/03, Jurispr. blz. I-1, punt 49); 13 oktober 2005, Parking Brixen (C-458/03, Jurispr. blz. 1-8585, punt 62); 11 mei 2006, Carbotermo en Consorzio Alisei (C-340/04, Jurispr. blz. I-4137, punt 33); 19 april 2007, Asociación Nacional de Empreses Forestales (C-295/05, Jurispr. blz. I-2999, punt 55); 13 november 2008, Coditel Brabant (C-324/07, Jurispr. blz. I-8457, punt 27); 10 september 2009, Sea (C-573/07, Jurispr. blz. I-8127, punt 40); 29 november 2012, Econord (C-182/11 en C-183/11, punt 25), en 19 december 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a. (C-159/11, punt 32). Zie dienaangaande tevens mijn recente conclusie in zaak Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13).

4 — Zie de punten 25 en 28 van deze conclusie.

benadering in deze rechtspraak ten aanzien van particuliere deelnemingen in het kapitaal van voor de opdracht geselecteerde ondernemingen tevens moet worden gevolgd indien de opdrachtnemer een vereniging zonder winstoogmerk is waarvan, naast de aanbestedende dienst, ook verenigingen die liefdadige doelen nastreven lid zijn.

3. Anderzijds wordt het Hof in deze zaak verzocht de draagwijdte van de tweede „Teckal-voorwaarde" nader te bepalen, dat wil zeggen de voorwaarde volgens welke een opdrachtnemer het merendeel van zijn werkzaamheden dient te verrichten ten behoeve van de aanbestedende dienst of diensten die hem beheersen.

I – Toepasselijke bepalingen

A – *Unierecht*

4. Artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2004/18/EG[5] luidt als volgt: „‚Overheidsopdrachten' zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn."

B – *Nationaal recht*

5. Artikel 5, lid 2, van het Portugese wetboek inzake overheidsopdrachten[6], waarbij richtlijn 2004/18 met inachtneming van de rechtspraak van het Hof in Portugees recht is omgezet, bepaalt: „Overeenkomsten die, ongeacht het voorwerp daarvan, aanbestedende diensten met andere entiteiten sluiten, zijn eveneens uitgesloten van de toepassing [van het wetboek inzake overheidsopdrachten] op voorwaarde dat:

a) de aanbestedende dienst op de werkzaamheden van die entiteit afzonderlijk of gezamenlijk met andere aanbestedende diensten toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten, en

b) die entiteit het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van één of meer aanbestedende diensten die op haar toezicht uitoefenen in de zin van de vorige alinea."

II – Feiten, nationale procedure en prejudiciële vragen

6. Centro Hospitalar de Setúbal (hierna: „CHS"), de eerste verzoekster in de bij de verwijzende rechter aanhangige zaak, is een Portugees openbaar ziekenhuis.

7. Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (hierna: „SUCH"), de tweede verzoekster in de bij de verwijzende rechter aanhangige zaak, is een vereniging zonder winstoogmerk met eigen statuten[7] die bij decreet nr. 46.668 van 24 november 1965 is opgericht. Volgens artikel 2 van deze statuten heeft SUCH als doel de vervulling van een taak van algemeen belang; zij is een instrument om in de behoeften van haar leden te voorzien, en heeft tot doel hun efficiëntie te verbeteren. Voorts helpt zij het gezondheidsbeleid te verwezenlijken door aanzienlijk bij te dragen aan de efficiëntie en de betaalbaarheid van de nationale gezondheidsdienst.

5 — 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 L 134, blz. 114).

6 — Goedgekeurd bij decreet nr. 18/2008 van 29 januari 2008.

7 — De statuten van SUCH zijn in de loop der tijd meerdere malen gewijzigd. De versie die ten tijde van de relevante feiten van kracht was, werd in oktober 2010 goedgekeurd.

8. Volgens artikel 7, lid 1, van de statuten van SUCH kunnen uitsluitend entiteiten van de publieke of sociale sector die gezondheidszorg verlenen of werkzaamheden verrichten die verband houden met de gezondheidsbevordering en -bescherming, lid zijn. Ingevolge artikel 7, lid 2, van dit artikel dient SUCH evenwel erop toe te zien dat de meerderheid van de stemrechten in de algemene vergadering in handen is van entiteiten die onder het voor de gezondheidszorg verantwoordelijke regeringslid ressorteren en aan diens leidings-, controle- en toezichtsbevoegdheid zijn onderworpen. Ten tijde van de voor deze zaak relevante feiten had SUCH 88 leden, waaronder CHS en 23 particuliere instellingen voor sociale solidariteit – alle zonder winstoogmerk –, waarvan 20 liefdadigheidsinstellingen (Misericórdias) waren.

9. Ingevolge artikel 3 van haar statuten is SUCH onderworpen aan de leidings-, controle- en toezichtsbevoegdheid van het voor de gezondheidszorg verantwoordelijke regeringslid, dat bevoegd is tot het benoemen van de voorzitter en vicevoorzitter van het bestuur, en het goedkeuren van besluiten van de algemene vergadering betreffende het aangaan van leningen die een netto-schuldenlast van 75 % of meer van het in het voorgaande jaar vastgestelde eigen vermogen met zich brengen, wijzigingen van de statuten en de ontbinding van SUCH.

10. Volgens artikel 5, lid 3, van haar statuten kan SUCH onder concurrerende en marktvoorwaarden diensten verlenen aan openbare lichamen die geen lid zijn, of aan particuliere, nationale of buitenlandse lichamen, mits dit geen nadeel toebrengt aan haar leden en de economische of technologische prestaties van SUCH en haar leden verbetert. Artikel 5, lid 4, specificeert dat SUCH erop moet toezien dat ten minste 80 % van haar werkzaamheden ten behoeve van haar leden wordt verricht.

11. Op 27 juli 2011 heeft CHS met SUCH een overeenkomst gesloten tot levering door laatstgenoemde van maaltijden aan patiënten en personeel van CHS. De overeenkomst is aangegaan voor een verlengbare termijn van vijf jaar en voorziet in de betaling van een jaarlijks bedrag van 1 295 289 EUR, dus in totaal, in de vijfjarige looptijd van de overeenkomst, 6 476 445 EUR. CHS heeft de levering van de diensten die het voorwerp van de overeenkomst waren, rechtstreeks, zonder aanbestedingsprocedures als bedoeld in richtlijn 2004/18 aan SUCH gegund, aangezien deze overeenkomst volgens contractpartijen in de in-house-verhouding tussen SUCH en de daarbij aangesloten ziekenhuizen, waaronder CHS, viel.

12. Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda (hierna: „Eurest”) – een vennootschap die dezelfde diensten levert als het voorwerp van de overeenkomst zijn, en met CHS een overeenkomst voor de levering van maaltijden had gesloten die na de sluiting van de overeenkomst tussen CHS en SUCH werd ontbonden – acht de rechtstreekse gunning door SUCH aan CHS van de levering van de diensten die het voorwerp van de overeenkomst zijn onrechtmatig, omdat deze gunning zonder openbare aanbestedingsprocedure en dus in strijd met de nationale en Europese regelgeving inzake aanbestedingen had plaatsgevonden. Daarom heeft zij beroep ingesteld bij het Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada strekkende tot nietigverklaring van enerzijds het besluit van het bestuur waarbij haar overeenkomst met dit ziekenhuis werd ontbonden, en anderzijds de overeenkomst tussen CHS en SUCH.

13. Bij vonnis van 30 januari 2012 heeft het Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada het beroep toegewezen en de overeenkomst tussen CHS en SUCH nietig verklaard. Volgens deze rechter is niet aangetoond dat is voldaan aan de voorwaarden voor de toepassing van de uitzondering van artikel 5, lid 2, van het wetboek inzake overheidsopdrachten, en moeten de diensten die het voorwerp van de overeenkomst vormen door middel van een procedure voor de plaatsing van een overheidsopdracht worden gegund. CHS en SUCH hebben tegen het vonnis in eerste aanleg hoger beroep ingesteld bij het Tribunal Central Administrativo do Sul, dat hun beroepen bij arrest van 26 april 2012 heeft verworpen. Tegen dit arrest heeft zowel SUCH als CHS beroep ingesteld bij de verwijzende rechter, het Supremo Tribunal Administrativo.

14. De verwijzende rechter wijst er om te beginnen op dat niet wordt betwist dat een ziekenhuis als CHS, een publiekrechtelijke rechtspersoon, een aanbestedende dienst is. Dat de overeenkomst tussen CHS en SUCH, een van haar onderscheiden lichaam, een openbare dienstverleningsopdracht betreft, staat evenmin ter discussie. De verwijzende rechter merkt eveneens op dat, om deze opdracht rechtstreeks in-house te kunnen aanbesteden, moet zijn voldaan aan de twee voorwaarden van het in punt 5 van deze conclusie weergegeven artikel 5, lid 2, van het wetboek inzake overheidsopdrachten, waarin de Teckal-rechtspraak is gecodificeerd.

15. Over de eerste voorwaarde, dat wil zeggen „toezicht zoals op de eigen diensten", merkt de verwijzende rechter op dat het bijzondere rechtskarakter van SUCH, die ook particuliere instellingen voor sociale solidariteit onder haar leden telt, nieuwe vragen opwerpt tegen de achtergrond van de rechtspraak van het Hof volgens welke een deelneming, ook al is het slechts voor minder dan de helft, van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap, hoe dan ook uitsluit dat er sprake kan zijn van dergelijk toezicht [8], en wel met name gezien feit dat het Unierecht niet vereist dat een entiteit winst nastreeft om als onderneming te kunnen worden aangemerkt. Onder verwijzing naar een uitspraak waarbij de Portugese rekenkamer haar goedkeuring heeft onthouden aan de overeenkomst die in deze zaak aan de orde is en waarvan de motivering is overgenomen in het arrest waartegen bij de verwijzende rechter beroep is ingesteld, vraagt deze rechter zich vervolgens af of in casu aan het vereiste van toezicht zoals op de eigen diensten kan zijn voldaan als rekening wordt gehouden met het aantal niet-publieke leden van SUCH, haar grote mate van autonomie en haar onafhankelijkheid ten opzichte van de overheid, de concrete wijze waarop zij werkt en met name de werking van haar bestuur, alsook haar omvang en complexiteit.

16. Met betrekking tot de tweede voorwaarde voor de toepassing van de uitzondering voor in-house-gunning vraagt de verwijzende rechter zich af of daaraan kan zijn voldaan indien SUCH volgens haar statuten 20 % van haar omzet kan verwezenlijken door onder concurrerende voorwaarden diensten te verlenen aan niet bij haar aangesloten derden.

17. Op grond van deze overwegingen heeft de verwijzende rechter het nodig geacht om de bij hem aanhangige procedure bij beschikking van 6 november 2012 te schorsen teneinde het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken over de volgende vragen:

„1) Is het verenigbaar met de communautaire rechtsleer inzake de ‚in-house'-gunning van opdrachten dat een openbaar ziekenhuis zonder de voor de betrokken overeenkomst wettelijk voorgeschreven aanbestedingsprocedure te volgen, de onder haar bevoegdheid vallende verstrekking van ziekenhuismaaltijden gunt aan een vereniging zonder winstoogmerk waarbij zij is aangesloten en die tot doel heeft op het gebied van gezondheidszorg een taak van algemeen belang te verrichten om een efficiëntere werking van haar leden te verzekeren en de verantwoordelijkheid voor haar taken in deze materie aldus aan deze vereniging overdraagt, wanneer zich bij die vereniging overeenkomstig haar statuten niet enkel entiteiten van de publieke sector, maar ook van de sociale sector kunnen aansluiten en op de gunningsdatum op een totaal van 88 leden 23 particuliere instellingen voor sociale solidariteit (IPSS) tot de sociale sector behoorden, waarvan geen enkele een winstoogmerk had en een aantal liefdadigheidsinstellingen waren?

2) Mag worden aangenomen dat een opdrachtnemer zich wat zijn besluitvorming betreft in een positie van ondergeschiktheid bevindt ten opzichte van zijn publiekrechtelijke leden, in die zin dat zij afzonderlijk of gezamenlijk toezicht als op hun eigen diensten op hem uitoefenen, wanneer de opdrachtnemer overeenkomstig zijn statuten erop moet toezien dat de meerderheid van de stemrechten in handen is van de leden die onder het voor gezondheidszorg

8 — Zie arrest Stadt Halle en RPL Lochau, reeds aangehaald, punten 49 en 50.

verantwoordelijke regeringslid ressorteren en aan diens leidings-, controle- en toezichtbevoegdheid zijn onderworpen, en ook zijn raad van bestuur grotendeels uit publiekrechtelijke leden bestaat?

3) Mag tegen de achtergrond van de communautaire rechtsleer inzake de ‚in-house'-gunning van opdrachten worden aangenomen dat is voldaan aan de voorwaarde van ‚toezicht zoals op de eigen diensten' wanneer de opdrachtnemer volgens zijn statuten is onderworpen aan de toezichtsbevoegdheid van het voor gezondheidszorg verantwoordelijke regeringslid, dat bevoegd is tot het benoemen van de voorzitter en de vicevoorzitter van het bestuur, tot het goedkeuren van besluiten van de algemene vergadering inzake het aangaan van leningen die een netto-schuldenlast van 75 % of meer van het in het voorgaande jaar vastgestelde eigen vermogen met zich brengen, en van besluiten tot wijziging van de statuten en de ontbinding van de opdrachtnemer, en tot het bepalen van de bestemming van haar goederen bij ontbinding?

4) Kan de verhouding tussen de opdrachtnemer en zijn publiekrechtelijke leden als een louter interne of ‚in-house'-verhouding worden aangemerkt op grond van het feit dat die opdrachtnemer een organisatie van grote omvang en complexiteit is die actief is op het gehele Portugese grondgebied, en de meerderheid van de diensten en instellingen van de nationale gezondheidsdienst, waaronder de grootste ziekenhuizen van het land, onder haar leden telt, een verwachte omzet van ongeveer 90 miljoen EUR heeft, op uiteenlopende en complexe gebieden actief is, een zeer hoge activiteitsgraad heeft, meer dan 3 300 werknemers heeft, en deelnemingen bezit in twee ondernemingsverenigingen en twee handelsvennootschappen?

5) Kan op grond van het feit dat de opdrachtnemer volgens zijn statuten onder concurrerende voorwaarden diensten kan verlenen aan niet-aangesloten openbare lichamen en aan particuliere, nationale of buitenlandse lichamen, mits (i) dit geen nadeel toebrengt aan zijn leden en de opdrachtnemer en zijn leden – in economisch, financieel en technisch opzicht – voordeel oplevert, en (ii) de verlening van die diensten niet meer dan 20 % van zijn totale jaaromzet van het voorgaande boekjaar vertegenwoordigt, worden aangenomen dat is voldaan aan de voorwaarden voor in-house-gunning en met name aan de in artikel 5, lid 2, sub b, van het wetboek inzake overheidsopdrachten gestelde voorwaarde van de ‚voornaamste bestemming van de werkzaamheden'?

6) Indien het antwoord op één van de vorige vragen op zich niet volstaat om te beoordelen of tegen de achtergrond van de communautaire rechtsleer inzake ‚in-house'-gunning aan de voorwaarden van artikel 5, lid 2, van het wetboek inzake overheidsopdrachten is voldaan, kan dan uit de gezamenlijke beoordeling van die antwoorden worden afgeleid dat er sprake is van dit type aanbesteding?"

III – Procesverloop

18. De verwijzingsbeslissing is ingekomen bij het Hof op 7 december 2012. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door CHS, SUCH, Eurest, de Portugese en de Spaanse regering, en de Commissie; allen hebben ter terechtzitting op 21 november 2013 opmerkingen gemaakt.

IV – Juridische analyse

19. Om te beginnen blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat niet wordt betwist dat de overeenkomst tussen CHS en SUCH een overheidsopdracht is en dat deze als zodanig in beginsel onderworpen is aan de Europese regelgeving inzake overheidsopdrachten, meer in het bijzonder aan richtlijn 2004/18. [9]

20. De vraag die daarentegen in de bij de verwijzende rechter aanhangige zaak centraal staat en waarnaar alle prejudiciële vragen van deze rechter aan het Hof verwijzen, is of op deze overeenkomst de uitzondering voor zogenoemde „in-house"-gunning van toepassing is.

A – *Eerste prejudiciële vraag*

21. Met zijn eerste prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen van het Hof te vernemen of de uit zijn rechtspraak voortgekomen uitzondering op de toepasselijkheid van richtlijn 2004/18 voor "in-house"-gunningen tevens van toepassing kan zijn indien de opdrachtnemer een vereniging zonder winstoogmerk is die de vervulling van een taak van algemeen belang als doel heeft, waarvan volgens de statuten niet alleen entiteiten van de publieke sector, maar ook van de sociale sector lid kunnen zijn, en indien op de gunningsdatum een deel van de leden van deze vereniging – ook al gaat het slechts om een minderheid – niet tot de publieke sector behoort, maar bestaat uit instellingen van de sociale sector die geen winst nastreven en hoofdzakelijk aan liefdadigheid doen.

22. Deze vraag betreft de eerste van de twee voorwaarden van het Teckal-arrest, dat wil zeggen, de uitoefening door een aanbestedende dienst van toezicht zoals op de eigen diensten op een opdrachtnemer. [10] Het is nuttig om eerst kort te herinneren hoe de draagwijdte van de voorwaarde van toezicht zoals op de eigen diensten in de rechtspraak is afgebakend.

23. Volgens het Hof is er sprake van „toezicht zoals op de eigen diensten" wanneer de betrokken entiteit onder een zodanig toezicht staat dat de aanbestedende dienst haar beslissingen kan beïnvloeden. Het moet gaan om een mogelijkheid om een doorslaggevende invloed uit te oefenen op zowel de strategische doelstellingen als de belangrijke beslissingen van die entiteit. Met andere woorden, de aanbestedende dienst moet op die entiteit een structureel en functioneel toezicht kunnen uitoefenen. Het Hof vereist eveneens dat dit toezicht effectief is. [11]

24. Voorts kan volgens de rechtspraak, wanneer gebruik wordt gemaakt van een entiteit die in handen is van meerdere overheidsdiensten, het „toezicht zoals op de eigen diensten" door deze autoriteiten gezamenlijk worden uitgeoefend, zonder dat zij dit toezicht elk individueel hoeven uit te oefenen. [12]

25. Volgens vaste rechtspraak sluit de participatie, ook een minderheidspartecipatie, van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap waarin ook de betrokken aanbestedende dienst participeert, echter uit dat deze dienst op deze vennootschap toezicht kan uitoefenen zoals op zijn eigen diensten. [13]

9 — Partijen hebben immers niet betwist dat de in punt 11 van deze conclusie vermelde waarde van de opdracht die het voorwerp is van de bij de verwijzende rechter aanhangige zaak, duidelijk boven de drempel van artikel 7, sub b, van deze richtlijn ligt.

10 — Zie punt 1 hierboven.

11 — Zie arrest Econord, reeds aangehaald, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

12 — Zie arrest Econord, reeds aangehaald, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

13 — Arrest Stadt Halle en RPL Lochau, reeds aangehaald, punt 49; arresten van 10 november 2005, Commissie/Oostenrijk (C-29/04, Jurispr. blz. I-9706, punt 46); 6 april 2006, ANAV (C-410/04, Jurispr. blz. I-3303, punt 31); 8 april 2008, Commissie/Italie (C-337/05, Jurispr. blz. I-2173, punt 38); arresten Coditel Brabant, reeds aangehaald, punt 30, en Sea, reeds aangehaald, punt 46; arresten van 15 oktober 2009, Acoset (C-196/08, Jurispr. blz. I-9913, punt 53), en 22 december 2010, Mehiläinen en Terveystalo Healthcare (C-215/09, Jurispr. blz. I-13749, punt 32).

26. Dit vooropgesteld, moet specifiek wat de prejudiciële vraag aan het Hof betreft in de eerste plaats worden opgemerkt dat de omstandigheid dat de voor de opdracht geselecteerde entiteit van privaatrechtelijke aard is, zoals een vereniging, op zich de toepassing van de in-house-uitzondering niet kan uitsluiten.[14] Het Hof heeft reeds meerdere malen erkend dat deze uitzondering van toepassing is indien de voor de opdracht geselecteerde entiteit een privaatrechtelijke rechtsvorm heeft, zoals een naamloze vennootschap.[15]

27. De omstandigheid dat de opdrachtnemer waaraan de opdracht rechtstreeks wordt gegund geen winst nastreeft, is niet relevant voor de toepassing van de in-house-uitzondering. De toepassing van deze uitzondering is namelijk gebaseerd op de interne verhouding tussen de aanbestedende dienst en de opdrachtnemer, die het bestaan van twee overeenstemmende autonome wilsuitingen die verschillende rechtmatige belangen vertegenwoordigen, uitsluit.[16] Die toepassing staat derhalve los van niet alleen het rechtskarakter van de opdrachtnemer, maar ook van de omstandigheid of hij al dan niet winst nastreeft. Uit de rechtspraak blijkt overigens dat indien een entiteit, inzonderheid een vereniging, geen winst nastreeft, dit geenszins uitsluit dat zij een economische activiteit verricht; dit feit op zich kan deze entiteit derhalve niet van de toepassing van het Unierecht inzake overheidsopdrachten uitsluiten.[17]

28. Wat het feit betreft dat de opdrachtnemer onder haar leden lichamen telt die niet alleen tot de publieke sector maar ook de sociale sector behoren, herinner ik eraan dat volgens inmiddels vaste rechtspraak van het Hof – zoals ik in de punten 2 en 25 van deze conclusie heb vermeld – de participatie, ook een minderheidspartecipatie, van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap waarin ook de betrokken aanbestedende dienst die de opdracht in-house wil plaatsen participeert, uitsluit dat deze dienst op deze vennootschap het vereiste toezicht zoals op zijn eigen diensten kan uitoefenen.

29. Zoals de verwijzende rechter overigens zelf heeft opgemerkt, kan de aanbestedende dienst volgens deze rechtspraak geen toezicht zoals op de eigen diensten op de opdrachtnemer uitoefenen indien er sprake is van particuliere belangen in laatstgenoemde in de vorm van een participatie van een *onderneming* in het *maatschappelijk kapitaal* van een *vennootschap*.

30. Het geval van SUCH onderscheidt zich evenwel van een dergelijke situatie aangezien enerzijds zij geen vennootschap is en dus geen maatschappelijk kapitaal heeft, en anderzijds de particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn die haar niet-publiekrechtelijke leden vormen niet noodzakelijker ondernemingen in strikte zin zijn.

31. De eerste prejudiciële vraag draait dus om de volgende kwestie: moet in een situatie als die van SUCH het in de rechtspraak ontwikkelde beginsel worden toegepast dat particuliere belangen in de opdrachtnemer uitsluiten dat de aanbestedende dienst op hem toezicht zoals op de eigen diensten kan uitoefenen, en moet derhalve worden uitgesloten dat opdrachten met toepassing van de in-house-uitzondering rechtstreeks aan de opdrachtnemer kunnen worden gegund?

14 — Zie in deze zin arrest Sea, reeds aangehaald, punt 41. Zie dienaangaande tevens punt 63 van de conclusie van advocaat-generaal Stix-Hackl in de zaak Stadt Halle en RPL Lochau, reeds aangehaald.

15 — Zie naast het in de vorige voetnoot aangehaalde arrest Sea tevens, onder andere, arresten ANAV, reeds aangehaald (zie bijvoorbeeld punt 33), en Econord, reeds aangehaald (zie bijvoorbeeld de punten 29 en 32).

16 — Zie dienaangaande in detail mijn recente conclusie in de zaak Datenlotsen Informationssysteme, reeds aangehaald, punt 41, met uitvoerige verwijzingen naar de rechtspraak.

17 — Zie arresten van 29 november 2007, Commissie/Italië (C-119/06, Jurispr. blz. I-168, punten 37 en 41), en 23 december 2009, CoNISMa (C-305/08, Jurispr. blz. I-12129, punt 45).

32. Dienaangaande herinner ik er in de eerste plaats aan dat het Hof herhaaldelijk heeft verklaard dat het hoofddoel van de Unieregels inzake overheidsopdrachten het vrije verkeer van goederen en diensten alsmede de openstelling voor een zo ruim mogelijke mededinging in alle lidstaten is.[18] Deze doelstelling impliceert dat elke aanbestedende dienst de relevante Unieregels inzake overheidsopdrachten moet toepassen wanneer aan de daarin gestelde voorwaarden is voldaan, en dat elke uitzondering op de gelding van deze verplichting derhalve *strikt* moet worden uitgelegd.[19]

33. Dat er volgens de rechtspraak geen sprake kan zijn van een in-house-verhouding die een rechtstreekse gunning rechtvaardigt in geval van particuliere deelnemingen in het maatschappelijk kapitaal van de opdrachtnemer, heeft twee redenen. Het Hof heeft reeds opgemerkt dat enerzijds 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, terwijl de investering van privé-kapitaal in een onderneming beantwoordt aan specifieke overwegingen verband houdend met particuliere belangen en andere doelstellingen nastreeft.[20]

34. Anderzijds heeft het Hof tevens opgemerkt dat de gunning van een overheidsopdracht aan een gemengde onderneming zonder oproep tot inschrijving zou ingaan tegen de doelstelling van een vrije en onvervalste mededinging en tegen het 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.[21]

35. Mijn inziens kunnen beide overwegingen van het Hof over de deelneming van een particuliere onderneming in het maatschappelijk kapitaal van een vennootschap worden toegepast op een situatie als waarin – volgens de informatie in het dossier – SUCH zich bevindt.

36. Enerzijds is de opvatting dat het nastreven van particuliere belangen wordt beheerst door andere overwegingen dan die welke met het nastreven van het algemeen belang verband houden mijns inziens namelijk niet beperkt tot het geval van particuliere investeringen in een vennootschap. Het lijdt immers geen twijfel dat aan de deelneming van entiteiten als particuliere instellingen voor de bevordering van sociale solidariteit in een opdrachtnemer een logica en belangen van particuliere aard als liefdadigheid ten grondslag liggen, waarmee doeleinden worden nagestreefd die, hoe lovenswaardig ook, niet noodzakelijkerwijs overeenkomen met het openbaar belang. Hoewel deze doeleinden in bepaalde gevallen in abstracto als algemeen belang kunnen worden gekwalificeerd, vertonen zij aspecten die aan het particuliere belang eigen zijn, zoals het religieuze[22] of verenigingskarakter, die weliswaar een aanvulling op het algemeen belang kunnen vormen, doch daarbuiten vallen.

37. Anderzijds, voor zover niet is uitgesloten dat verenigingen zonder winstoogmerk, zoals de liefdadigheidsinstellingen die lid zijn van SUCH, in vrije mededinging met anderen een economische activiteit kunnen uitoefenen en aan aanbestedingen kunnen deelnemen[23], kan de rechtstreekse gunning van een overheidsopdracht met toepassing van de in-house-uitzondering deze instellingen ook in dit geval, net als bij vennootschappen, bevoordelen tegenover hun concurrenten.

18 — Zie in die zin reeds aangehaalde arresten CoNISMa, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en Carbotermo en Consorzio Alisei, punt 58.

19 — Zie onder andere reeds aangehaalde arresten Stadt Halle en RPL Lochau, punten 44 en 46; Parking Brixen, punt 63, en ANAV, punt 26. Zie ook punt 38 van mijn recente conclusie in de zaak Datenlotsen Informationssysteme, reeds aangehaald.

20 — Zie reeds aangehaalde arresten Stadt Halle en RPL Lochau, punten 50, en Commissie/Oostenrijk, punt 47.

21 — Zie arrest Stadt Halle en RPL Lochau, reeds aangehaald, punt 51.

22 — Dat lijkt het geval te zijn – al staat het aan de verwijzende rechter om dit na te gaan – bij de bij SUCH aangesloten „Misericórdias”.

23 — Zie de reeds aangehaalde arresten Commissie/Italië (C-119/06, punten 37 en 41) en CoNISMa, punt 45.

38. Op grond van de bovenstaande overwegingen moet mijns inziens, althans bij de huidige stand van het recht [24], worden uitgesloten dat een aanbestedende dienst toezicht zoals op de eigen diensten kan uitoefenen op een vereniging zonder winstoogmerk die onder haar leden, ook al gaat het om een minderheid, niet-publiekrechtelijke entiteiten van privaatrechtelijke aard en met particuliere belangen telt, zoals verenigingen zonder winstoogmerk die liefdadigheid of solidariteit nastreven. Hieruit volgt dat een aanbestedende dienst een overheidsopdracht mijns inziens niet op grond van de in-house-uitzondering rechtstreeks aan een dergelijke entiteit kan gunnen. Het staat uiteraard aan de verwijzende rechter om alle relevante aspecten ter zake te onderzoeken.

39. Naar aanleiding van het bovenstaande moet naar mijn mening nog een en ander worden opgemerkt.

40. In de eerste plaats wijs ik erop dat het feit dat de participatie, ook een minderheidsparticipatie, van instellingen met particuliere belangen – die weliswaar geen winst nastreven – in een entiteit bij de huidige stand van het recht belet dat er sprake kan zijn van een in-house-verhouding tussen een of meer aanbestedende diensten en deze entiteit, geenszins betekent dat de aard en de doelstellingen van de instellingen voor solidariteit, vrijwilligerswerk of liefdadigheid niet in het kader van het aanbestedingsrecht in aanmerking kunnen worden genomen. Artikel 2 VEU erkent solidariteit immers uitdrukkelijk als een van de waarden die het Europees maatschappelijk model kenmerken, en instellingen die deze waarde nastreven dragen actief bij aan de verwezenlijking van een Europese maatschappij naar de geest van de Verdragen. [25] In het verlengde van deze opmerking moet ook worden geconstateerd dat overwegingen van maatschappelijke en het solidaire aard niet vreemd zijn aan de regelgeving inzake aanbestedingen. Dit kan bijvoorbeeld kan worden afgeleid uit artikel 26 van richtlijn 2004/18, dat bepaalt dat de voorwaarden waaronder de opdracht wordt uitgevoerd verband kunnen houden met sociale overwegingen. [26]

41. In de tweede plaats wijs ik erop dat louter het feit dat de statuten van de voor de opdracht geselecteerde vereniging zonder winstoogmerk bepalen dat niet alleen entiteiten van de publieke sector, maar ook die van de sociale sector lid van haar kunnen worden, op zich niet kan uitsluiten dat er sprake is van een in-house-verhouding, indien op het gunningstijdstip van de opdracht uitsluitend overheidsinstanties lid van de vereniging zijn. De erkenning dat de in de statuten voorziene mogelijkheid dat particulieren aan een vereniging kunnen deelnemen op zich de beoordeling van het al dan niet openbare karakter eindeloos kan opschorten, zou immers tegen het rechtszekerheidsbeginsel indruisen. Hieruit volgt dat indien op het moment waarop de betrokken opdracht wordt gegund uitsluitend overheidsinstanties lid van de betrokken vereniging zijn, met de openstelling van deelneming aan deze vereniging voor particulieren slechts rekening kan worden gehouden indien er op dat moment een concreet kortetermijnperspectief van een dergelijke openstelling bestaat. De mogelijkheid op zich voor particulieren om aan een vereniging deel te nemen volstaat derhalve niet voor de conclusie dat de voorwaarden inzake het toezicht door de overheidsinstantie niet is vervuld. [27]

24 — Dienaangaande wijs ik erop dat de laatste versie van het voorstel voor een richtlijn van het Parlement en de Raad inzake overheidsopdrachten (document van de Raad nr. 11745/13), dat momenteel bij de Raad ligt en waarnaar de Commissie ter terechtzitting heeft verwezen, als voorwaarde voor in-house-gunning stelt dat er geen sprake mag zijn van rechtstreekse particuliere deelnemingen in het kapitaal van de rechtspersoon waarop de aanbestedende dienst toezicht zoals op de eigen diensten uitoefent, evenwel met uitzondering van deelnemingen die geen controlerende of blokkerende bevoegdheid meebrengen als bedoeld in de nationale wetgeving, waarmee geen doorslaggevende invloed op deze rechtspersoon kan worden uitgeoefend. Indien deze bepaling in de definitieve versie van de nieuwe richtlijn behouden blijft, is niet uitgesloten dat zij in bepaalde gevallen tot een uitlegging leidt die afwijkt van de op de huidige stand van het recht gebaseerde uitlegging.

25 — In deze optiek kan bijvoorbeeld worden opgemerkt dat het Hof de lidstaten juist met betrekking tot de organisatie van het stelsel van sociale bijstand een beoordelingsvrijheid heeft toegekend, door hun de mogelijkheid te geven particuliere ondernemers tot dit stelsel toe te laten onder de voorwaarde dat zij geen winstoogmerk hebben. Zie arrest van 17 juni 1997, Sodemare e.a./Regione Lombardia (C-70/95, Jurispr. blz. I-3395, punt 32).

26 — Zie dienaangaande eveneens punt 46 van de considerans van deze richtlijn.

27 — Zie in die zin reeds aangehaald arrest Sea, punten 49, 50 en 51.

42. Wanneer zonder aanbesteding een opdracht zou zijn gegund aan een vereniging waarvan de leden overheidsinstanties zijn en particulieren tijdens de looptijd van die opdracht mogen participeren in het kapitaal van die vereniging, zou dit daarentegen een wijziging opleveren van een basisvoorwaarde voor de opdracht, waardoor een aanbesteding zou moeten worden uitgeschreven. [28]

43. Uit alle bovenstaande overwegingen volgt dat op de eerste prejudiciële vraag van de verwijzende rechter mijns inziens moet worden geantwoord dat de uitzondering op de toepasselijkheid van de Unieregels inzake de in-house-gunning van opdrachten geen toepassing kan vinden indien de opdrachtnemer waaraan de aanbestedende dienst de opdracht rechtstreeks, zonder openbare aanbesteding wil gunnen een privaatrechtelijk lichaam is dat onder zijn leden entiteiten telt, ook al gaat het om een minderheid, die particuliere belangen hebben.

B – *Tweede en derde prejudiciële vraag*

44. Met de tweede en de derde prejudiciële vraag, die mijns inziens gezamenlijk kunnen worden behandeld, wenst de verwijzende rechter te vernemen of er sprake kan zijn van toezicht zoals op de eigen diensten op een opdrachtnemer indien volgens diens statuten bepaalde bevoegdheden van zijn statutaire organen kunnen worden overgedragen aan zijn leden van publiekrechtelijke aard of aan het bevoegde regeringslid.

45. De verwijzende rechter wenst in wezen van het Hof te vernemen of er sprake is van individueel of gezamenlijk toezicht zoals op de eigen diensten op een opdrachtnemer door zijn publiekrechtelijke leden indien de opdrachtnemer volgens zijn statuten erop dient toe te zien dat de meerderheid van de stemrechten in handen is van de leden die onder het voor gezondheidszorg verantwoordelijke regeringslid ressorteren en aan diens leidings-, controle- en toezichtsbevoegdheid zijn onderworpen, en ook de meerderheid van zijn raad van bestuur uit publiekrechtelijke leden bestaat.

46. Met de derde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of er sprake is van toezicht zoals op de eigen diensten indien de opdrachtnemer volgens zijn statuten onderworpen is aan de toezichtsbevoegdheid van het voor gezondheidszorg verantwoordelijke regeringslid, dat bevoegd is tot het benoemen van de voorzitter en de vicevoorzitter van het bestuur, tot het goedkeuren van bepaalde besluiten van de algemene vergadering, en wel die in artikel 3 van de statuten van SUCH. [29]

47. Uit het antwoord op de eerste prejudiciële vraag blijkt dat een aanbestedende dienst geen toezicht zoals op zijn eigen diensten op een opdrachtnemer kan uitoefenen indien entiteiten met particuliere belangen een participatie, ook een minderheidsparticipatie, in de opdrachtnemer hebben. Een naar mijn mening coherente consequentie van deze constatering – die de uitdrukking is van een restrictieve uitlegging van de uitzondering, overeenkomstig de in punt 32 genoemde rechtspraak – is dat de deelneming van lichamen met particuliere belangen in de opdrachtnemer niet kan worden gecompenseerd door eventuele bepalingen in de statuten van de opdrachtnemer die bijzondere controle- of toezichtsbevoegdheden toekennen aan de overige publiekrechtelijke leden of aan het bevoegde regeringslid. Hieruit volgt dat mijns inziens dat zowel de tweede als de derde vraag ontkennend moet worden beantwoord.

28 — Zie in die zin arrest Sea, reeds aangehaald, punt 53.

29 — Zie punt 9 hierboven.

48. Daarnaast wijs ik er overigens op dat het feit dat de opdrachtnemer aan rechtstreekse [30] of indirecte [31] toezichtsbevoegdheden van het bevoegde regeringslid is onderworpen niet noodzakelijk betekent dat de aanbestedende diensten individueel of gezamenlijk toezicht zoals op de eigen diensten op de opdrachtnemer uitoefenen.

49. De bevoegdheid om controle op de statutaire beslissingsorganen van de opdrachtnemer uit te oefenen kan inderdaad, afhankelijk van de specifieke omstandigheden van elke zaak, worden beschouwd als een van de aspecten die de met deze bevoegdheid beklede aanbestedende diensten in staat stellen om op deze opdrachtnemer toezicht zoals op de eigen diensten uit te oefenen. [32] In abstracto kan evenwel niet worden uitgesloten dat in bepaalde omstandigheden van een specifieke zaak [33] controle- en toezichtsbevoegdheden die zijn toegekend aan overheidsinstanties die zeggenschap hebben over de aanbestedende diensten die op hun beurt zeggenschap uitoefenen op de opdrachtnemer, eraan kunnen bijdragen dat de autonome wilsuiting van laatstgenoemde wordt beperkt, en wel zodanig dat kan worden erkend dat deze aanbestedende diensten toezicht zoals op de eigen diensten op hem uitoefenen.

50. Desondanks moet het bestaan van toezicht zoals op de eigen diensten specifiek worden bezien in de verhouding met de aanbestedende diensten die dit toezicht moeten uitoefenen op de entiteit waaraan zij de opdracht rechtstreeks willen gunnen, en niet in de verhouding met de staat als zodanig, vertegenwoordigd door het bevoegde regeringslid.

51. Gelet op een en ander meen ik dat op de tweede en de derde prejudiciële vraag moet worden geantwoord dat indien lichamen met particuliere belangen een participatie, ook een minderheidsparticipatie, in een entiteit hebben, statutaire bepalingen van deze entiteit die specifieke controle- en toezichtsbevoegdheden toekennen aan de overige publiekrechtelijke leden of aan het bevoegde regeringslid, niet kan worden gesproken van een toezicht zoals op de eigen diensten op deze entiteit, dat de toepassing van de in-house-uitzondering kan rechtvaardigen.

C – *Vierde prejudiciële vraag*

52. Met zijn vierde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen van het Hof te vernemen of op grond van de omstandigheid dat een opdrachtnemer een complexe organisatie van grote omvang is die op het gehele nationale grondgebied actief is, de verhouding tussen deze opdrachtnemer en zijn publiekrechtelijke leden kan worden aangemerkt als een in-house-verhouding die kan rechtvaardigen dat een opdracht rechtstreeks wordt gegund.

53. Net als de vorige vragen betreft ook deze prejudiciële vraag de eerste Teckal-voorwaarde, namelijk de vraag of er sprake is van toezicht zoals op de eigen diensten. In punt 23 van deze conclusie heb ik er reeds herinnerd hoe de draagwijdte van deze voorwaarde in de rechtspraak is afgebakend tot een vorm van structureel, functioneel en effectief toezicht. In punt 27 van deze conclusie heb ik evenwel eraan herinnerd dat de in-house-uitzondering volgens de rechtspraak is gebaseerd op het ontbreken van autonomie van de opdrachtnemer.

54. Uit deze premissen volgt dat de grote omvang en complexe structuur van een lichaam op zich geen aspecten vormen op grond waarvan kan worden vastgesteld dat een dienst inderdaad structureel en functioneel toezicht op een lichaam uitoefent en de verhouding tussen hen dus als toezicht zoals op de eigen diensten als bedoeld in de rechtspraak kan worden aangemerkt.

30 — Zoals het geval is met de statutaire bepaling die in de derde prejudiciële vraag aan de orde is, ofwel artikel 3 van de statuten van SUCH.

31 — Zoals het geval is met de statutaire bepaling die in de tweede prejudiciële vraag aan de orde is, ofwel artikel 7, lid 2, van de statuten van SUCH.

32 — Zie arrest Sea, reeds aangehaald, punt 89; zie in die zin ook arrest Coditel Brabant, reeds aangehaald, punt 34, maar zie tevens arrest Parking Brixen, reeds aangehaald, punt 69.

33 — Waarin evenwel geen sprake is van particuliere deelneming in de opdrachtnemer.

55. Dit betekent evenwel niet dat deze aspecten volstrekt niet ter zake doen bij de analyse of er sprake is van toezicht zoals op de eigen diensten. De grote omvang en complexe structuur van een lichaam kunnen naar mijn mening namelijk aanwijzingen vormen die bij de globale beoordeling van alle omstandigheden van de specifieke zaak mede kunnen leiden tot de conclusie dat dit lichaam over een zodanige mate van autonomie beschikt dat er geen sprake is van toezicht zoals op de eigen diensten. Dat is naar mijn mening het antwoord op de vierde prejudiciële vraag.

D – *Vijfde prejudiciële vraag*

56. Met zijn vijfde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen van het Hof te vernemen of de in-house-uitzondering kan worden toegepast indien een opdrachtnemer volgens zijn statuten onder concurrerende voorwaarden diensten kan verlenen aan niet aangesloten openbare lichamen en particulieren onder de voorwaarde dat, ten eerste, dit geen nadeel toebrengt aan zijn leden en de opdrachtnemer en zijn leden voordeel oplevert en, ten tweede, de verlening van die diensten niet meer dan 20 % van zijn totale in het voorgaande boekjaar vastgestelde jaaromzet vertegenwoordigt.

57. Terwijl de eerste vier prejudiciële vragen de eerste Teckal-voorwaarden betroffen, namelijk de vraag of er sprake is van toezicht zoals op de eigen diensten, betreft de vijfde prejudiciële vraag daarentegen de tweede voorwaarde voor de toepassing van de in-house-uitzondering, namelijk dat de opdrachtnemer het merendeel van zijn werkzaamheden moet verrichten ten behoeve van de aanbestedende dienst of diensten die hem beheersen.

58. Dienaangaande heeft het Hof gespecificeerd dat deze tweede voorwaarde inzonderheid tot doel heeft te waarborgen dat de regelgeving inzake aanbestedingen van toepassing blijft ingeval een door een of meer overheidslichamen gecontroleerde onderneming op de markt werkzaam is en dus met andere ondernemingen kan concurreren. Het Hof heeft immers erop gewezen dat een onderneming niet noodzakelijk haar handelingsvrijheid verliest 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. [34]

59. Het Hof heeft eveneens gepreciseerd dat de entiteit in kwestie slechts het merendeel van haar werkzaamheden verricht voor de aanbestedende dienst of diensten die haar controleren indien zij het *merendeel* van haar activiteit *hoofdzakelijk* toespitst op deze dienst (of diensten) en elke andere activiteit derhalve marginaal is. [35] Indien meerdere aanbestedende diensten toezicht zoals op de eigen diensten op een entiteit uitoefenen, dient rekening te worden gehouden met de activiteit die zij verricht voor al deze aanbestedende diensten tezamen. [36]

60. Daarnaast heeft het Hof in het arrest Asociación Nacional de Empresas Forestales [37] geoordeeld dat – al staat het aan de verwijzende rechter om de relevante feiten van de zaak te onderzoeken – aan deze voorwaarde is voldaan indien de opdrachtnemer gemiddeld ongeveer 90 % van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van de lichamen en overheidsinstanties die hem controleren. [38]

61. Wat in de eerste plaats de statutaire bepaling betreft volgens welke de opdrachtnemer die partij in dit geding is uitsluitend onder concurrerende voorwaarden diensten kan verrichten indien dit geen enkel nadeel toebrengt aan haar leden en hun voordeel oplevert, ben ik van mening dat voor zover deze bepaling haar beperkt bij de uitoefening van werkzaamheden onder concurrerende voorwaarden, zij de toepassing van de tweede Teckal-voorwaarde niet kan beletten.

34 — Zie arrest Carbotermo en Consorzio Alisei, reeds aangehaald, punten 60 en 61.

35 — Ibid., punten 62 en 63 (cursivering van mij).

36 — Ibid., punt 70 en 71.

37 — C-295/05, reeds aangehaald.

38 — Ibid., punt 63.

62. De tweede vraag, die ertoe strekt te bepalen of aan deze voorwaarde is voldaan indien de opdrachtnemer 20 % van zijn totale jaaromzet verricht ten behoeve van niet aangesloten overheidsinstanties en particulieren ofwel derden, lijkt mij daarentegen van groter belang. Dienaangaande ben ik van mening dat de betrokken uitzondering restrictief moet worden uitgelegd, conform de eisen van de in punt 32 vermelde rechtspraak. In deze optiek meen ik dat in een situatie waarin de opdrachtnemer onder concurrerende voorwaarden en niet ten behoeve van de hem controlerende diensten 20 % van zijn werkzaamheden verricht, hij niet kan worden gesteld dat hij het *merendeel* van zijn activiteiten *hoofdzakelijk* toespitst op de diensten die hem beheersen en alle andere activiteiten dus slechts *marginaal* zijn, zoals in de in punt 59 van deze conclusie vermelde rechtspraak is vereist. Een activiteit die een vijfde van de totale activiteiten van een onderneming vertegenwoordigt kan mijns inziens namelijk, alleen in kwantitatief opzicht, niet worden aangemerkt als een *marginale* activiteit.

63. Daarom meen ik dat bij de huidige stand van het recht[39] op de vijfde prejudiciële vraag moet worden geantwoord dat de in-house-uitzondering niet van toepassing kan zijn wanneer een opdrachtnemer overeenkomstig zijn statuten onder concurrerende voorwaarden diensten kan verlenen aan derden die tot 20 % van zijn in het voorgaande jaar vastgestelde totale jaaromzet vertegenwoordigen.

E – *Zesde prejudiciële vraag*

64. Conform het verzoek van de verwijzende rechter hoeft zijn zesde prejudiciële vraag alleen te worden beantwoord indien geen van de vorige vragen afzonderlijk volstaat om vast te stellen of is voldaan aan de voorwaarden voor de toepassing van de in-house-uitzondering. Hij vraagt daarom of op grond van de gezamenlijke beoordeling van deze antwoorden kan worden vastgesteld of deze uitzondering toepassing kan vinden in een zaak als die bij hem aanhangig is.

65. Gelet op de antwoorden op de eerste vijf prejudiciële vragen meen ik dat indien het Hof besluit de door mij in overweging gegeven benadering te volgen, deze vraag niet hoeft te worden beantwoord. Uit deze antwoorden, en inzonderheid de antwoorden op de eerste en de vijfde prejudiciële vraag, blijkt immers dat deze uitzondering in een zaak als bij de verwijzende rechter aanhangig is, bij de huidige stand van het recht[40] geen toepassing kan vinden, ongeacht de eventuele gezamenlijke beoordeling van deze antwoorden. Daarom geef ik het Hof in overweging om deze prejudiciële vraag niet te beantwoorden.

V – Conclusie

66. Mitsdien geef ik het Hof in overweging de door het Supremo Tribunal Administrativo gestelde prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

„De voor de in-house-gunning van opdrachten geldende uitzondering op de toepasselijkheid van de Unieregels voor de plaatsing van overheidsopdrachten kan geen toepassing vinden indien de opdrachtnemer waaraan de aanbestedende dienst de opdracht rechtstreeks zonder openbare aanbesteding wil gunnen, een privaatrechtelijk lichaam is waarvan de leden, ook al betreft het slechts een minderheid, particuliere belangen hebben. In dat geval staan statutaire bepalingen van de

39 — In de laatste versie van het in voetnoot 24 van deze conclusie aangehaalde voorstel voor een richtlijn van het Parlement en de Raad inzake overheidsopdrachten is namelijk uitdrukkelijk vastgelegd dat de in-house-uitzondering kan worden toegepast onder de voorwaarde dat meer dan 80 % van de activiteiten van de opdrachtnemer die procespartij is wordt verricht ten behoeve van de dienst of de diensten die hem beheersen (zie artikel 11, lid 1, sub b). Indien deze drempel in de richtlijn wordt bevestigd, weerspiegelt dit klaarblijkelijk een keuze van de wetgever die de stand van het recht zal veranderen. Dit speelt mijns inziens evenwel geen rol bij de uitlegging van het recht bij zijn huidige stand.

40 — Zie de voetnoten 24 en 38 hierboven.

opdrachtnemer die bepaalde controle- of toezichtsbevoegdheden toekennen aan de overige publiekrechtelijke leden of het bevoegde regeringslid, niet toe te spreken van een toezicht zoals op de eigen diensten op deze opdrachtnemer, dat de toepassing van de in-house-uitzondering kan rechtvaardigen.

De grote omvang en complexe structuur van een lichaam kunnen aanwijzingen vormen die bij de globale beoordeling van alle omstandigheden van de specifieke zaak mede kunnen leiden tot de conclusie dat dit lichaam over een zodanige mate van autonomie beschikt dat er geen sprake is van toezicht zoals op de eigen diensten.

De in-house-uitzondering kan niet van toepassing zijn wanneer een opdrachtnemer volgens zijn statuten onder concurrerende voorwaarden diensten kan verlenen aan niet-aangesloten overheidsinstanties en particulieren die 20 % van de in het voorgaande jaar vastgestelde totale jaaromzet vertegenwoordigen.”