

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
G. COSMAS

van 1 juli 1999 *

I — Inleiding

1. In deze zaak verzoekt het Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna (sezione di Parma) (Italië) het Hof om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van een bepaling van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening.¹

II — Communautaire regeling

2. Artikel 1, sub a, van richtlijn 92/50 bepaalt dat in de zin van deze richtlijn onder „overheidsopdrachten voor dienstverlening” wordt verstaan „schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel, die zijn gesloten tussen een dienstverlener enerzijds en een aanbestedende dienst anderzijds”. In artikel 1, sub b, wordt verder bepaald, dat als „aangebestede diensten” worden beschouwd „de staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen”.

3. Volgens artikel 2 van richtlijn 92/50 „[valt een overheidsopdracht], indien [zij] betrekking heeft zowel op producten in de zin van richtlijn 77/62/EEG als op diensten in de zin van de bijlagen IA en IB van deze richtlijn, (...) onder de werkingssfeer van deze richtlijn indien de waarde van de betrokken diensten die van de in de opdracht opgenomen producten te boven gaat”.

4. Volgens artikel 6 van richtlijn 92/50 zijn de bepalingen van deze richtlijn „niet van toepassing op overheidsopdrachten voor dienstverlening die worden gegund aan een instantie, die zelf een aanbestedende dienst is in de zin van artikel 1, onder b, op basis van een alleenrecht dat zij uit hoofde van bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen geniet, op voorwaarde dat deze bepalingen verenigbaar zijn met het Verdrag”.

5. Artikel 7 van richtlijn 92/50 bepaalt dat deze richtlijn van toepassing is op opdrachten voor dienstverlening waarvan de geschatte waarde ten minste 200 000 ECU, exclusief BTW, bedraagt. Verder wordt in deze bepaling de grondslag vastgelegd waarop, in het geval van opdrachten waarvoor geen totale prijs is

* Oorspronkelijke taal: Grieks.

¹ — PB L 209, blz. 1.

vastgesteld, het geraamde bedrag van de opdracht wordt berekend.²

zijds. De levering van de producten kan ook de nodige werkzaamheden voor het aanbrengen en installeren omvatten.”

6. Richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreft luidens de titel ervan de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen.³ Bij deze richtlijn is de voordien geldende richtlijn 77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976 ingetrokken.⁴ Volgens artikel 33 van richtlijn 93/36 „[gel-den] verwijzingen naar de ingetrokken richtlijn (...) [evenwel] als verwijzingen naar de onderhavige richtlijn en worden [zij] gelezen volgens de concordantietabel van bijlage VI”.

8. Volgens artikel 1, sub b, wordt onder „aanbestedende diensten” verstaan „de staat, zijn territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen”.⁵

7. Volgens artikel 1, sub a, van richtlijn 93/36 wordt in de zin van deze richtlijn onder „overheidsopdrachten voor leveringen” verstaan „schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die betrekking hebben op de aankoop, leasing, huur of huurkoop, met of zonder koopoptie, van producten, en die zijn gesloten tussen een leverancier (natuurlijke persoon of rechtspersoon), enerzijds, en een van de onder b omschreven aanbestedende diensten, ander-

9. Artikel 5, lid 1, sub a, van richtlijn 93/36 bepaalt, in het gedeelte dat ons aanbelangt, dat de richtlijn⁶ van toepassing is op overheidsopdrachten voor leveringen „die worden gegund door de in artikel 1, onder b, bedoelde aanbestedende diensten (...), voor zover het producten betreft die niet onder bijlage II vallen, mits het geraamde bedrag zonder de belasting over

2 — Meer bepaald geldt volgens artikel 7, lid 5, in het geval van opdrachten waarvoor geen totale prijs is vastgesteld, voor het geraamde bedrag van de opdracht de volgende berekeningsgrondslag: a) bij opdrachten met een vaste looptijd die gelijk is aan of korter dan 48 maanden, de totale waarde voor de gehele looptijd; b) bij opdrachten voor onbepaalde duur of waarvan de looptijd langer is dan 48 maanden, het maandelijks te betalen bedrag vermenigvuldigd met 48.

3 — PB L 199, blz. 1.

4 — PB L 1977, 13, blz. 1.

5 — Volgens dezelfde bepaling wordt onder „publiekrechtelijke instelling” verstaan: iedere instelling die a) is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, b) rechtspersoonlijkheid heeft, en c) waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de staat of de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

6 — Meer bepaald de titels II, III en IV en de artikelen 6 en 7 van richtlijn 93/36.

de toegevoegde waarde (BTW) ten minste 200 000 ECU bedraagt”.

10. In artikel 5, leden 2, 3 en 5, wordt de grondslag bepaald waarop de geraamde waarde van de opdracht wordt berekend.⁷

III — Nationale regeling

A — Italiaanse wet nr. 142/90

11. Volgens artikel 22, lid 1, van Italiaanse wet nr. 142/90 van 8 juni 1990 inzake de

7 — In artikel 5, lid 2, wordt bepaald, dat in het geval van opdrachten inzake leasing, huur of huurkoop van producten de geraamde waarde van de opdracht wordt berekend op de volgende grondslag: a) bij opdrachten met een vaste looptijd, de totale waarde voor de gehele looptijd wanneer die ten hoogste twaalf maanden bedraagt, dan wel de totale waarde met inbegrip van de geraamde restwaarde wanneer de looptijd meer dan twaalf maanden bedraagt; b) bij opdrachten voor onbepaalde duur of waarvan de looptijd niet kan worden bepaald, het maandelijks te betalen bedrag vermenigvuldigd met 48. Artikel 5, lid 3, bepaalt, dat in het geval van opdrachten die met een zekere regelmaat worden verleend of die bestemd zijn om gedurende een bepaalde periode te worden hernieuwd, voor de vaststelling van de geraamde waarde van de opdracht als berekeningsgrondslag moet worden genomen: a) de totale reële waarde van de tijdens het voorafgaande boekjaar of tijdens de voorafgaande twaalf maanden geplaatste soortgelijke opdrachten, indien mogelijk gecorrigeerd op grond van verwachte wijzigingen in hoeveelheid of waarde gedurende de twaalf maanden volgende op de eerste opdracht, of de geraamde totale waarde van de opeenvolgende opdrachten over de twaalf maanden volgende op de eerste levering of, indien deze zich over meer dan twaalf maanden uitstrekt, over de volledige looptijd van de opdracht. In artikel 5, lid 5, ten slotte, wordt bepaald, dat indien in het bestek van een voorgenomen opdracht voor leveringen optiebedingen zijn opgenomen, voor de berekening van de geraamde waarde van de opdracht het in totaal toegestane maximumniveau van de aankoop, leasing, huur of huurkoop, inclusief het optiebeding, als grondslag dient te worden genomen.

plaatselijke overheden⁸ voorzien de gemeenten in het beheer van de overheidsdiensten die zich bezighouden met de productie van goederen alsmede met activiteiten van sociale aard en met de bevordering van de economische en civiele ontwikkeling van de plaatselijke gemeenschappen. Volgens artikel 22, lid 3, kunnen de gemeenten deze diensten op verschillende wijzen verstrekken: in eigen beheer, bij wege van concessie aan derden, via speciale ondernemingen, dan wel via instellingen of vennootschappen op aandelen.

12. Artikel 23 van wet nr. 142/90, dat de speciale ondernemingen en de instellingen omschrijft, bepaalt dat de speciale onderneming een bedrijf (ente instrumentale) van het plaatselijke lichaam is, dat rechtspersoonlijkheid heeft, zelfstandig kan ondernemen en eigen statuten heeft, die door de gemeente- of provincieraad zijn goedgekeurd (lid 1). De organen van de onderneming en van de instelling zijn de raad van bestuur, de president en de directeur, die verantwoordelijk is voor het beheer. De benoeming en het ontslag van de bestuurders zijn geregeld in de statuten van het plaatselijke lichaam (lid 3). De onderneming en de instelling laten zich bij de uitoefening van hun activiteiten leiden door overwegingen van doeltreffendheid, doelmatigheid en rendabiliteit; zij dienen hun balans in evenwicht te houden door kosten en baten, met inbegrip van overdrachten, tegen elkaar af te wegen (lid 4). Ten slotte

8 — Ordinemanto delle autonomie locali (GURI nr. 135, 12 juni 1990).

brengt het plaatselijke bestuur het dotatiefonds in, stelt het de doelstellingen en richtsnoeren vast, keurt het de oprichtingsakten goed, oefent het toezicht uit, controleert het de beheersresultaten en dekt het eventuele maatschappelijke verliezen.

13. Artikel 25 van wet nr. 142/90 voorziet uitdrukkelijk in het gezamenlijk beheer van één of meer diensten door de vorming van een samenwerkingsverband (consorzio) overeenkomstig de bepalingen betreffende de in artikel 23 bedoelde speciale ondernemingen. Daartoe keurt elke gemeenteraad met absolute meerderheid de overeenkomst goed, samen met de statuten van het samenwerkingsverband. De algemene vergadering van het samenwerkingsverband is samengesteld uit vertegenwoordigers van de leden (de burgemeester, de president of hun gemachtigde). De algemene vergadering benoemt de raad van bestuur en keurt de statutair vastgestelde oprichtingsakten goed.

B — *De AGAC*

14. De Azienda Gas-Acqua Consorziale (hierna: „AGAC”) is een samenwerkingsverband van gemeenten in Reggio Emilia voor energie- en milieubeheer in de zin van artikel 25 van wet nr. 142/90. Volgens

artikel 1 van haar statuten geniet zij rechtspersoonlijkheid en beheersautonomie.

15. Artikel 3, lid 1, van de statuten van de AGAC bepaalt, dat zij als maatschappelijk doel heeft het rechtstreeks verzorgen en het beheren van de in die bepaling genoemde overheidsdiensten, waaronder de productie en levering van methaangas en verwarming aan particulieren en bedrijven. Artikel 3, lid 2, bepaalt, dat de AGAC haar activiteiten kan uitbreiden tot andere verwante of aanvullende diensten. Volgens artikel 3, lid 3, kan zij overheidsondernemingen of particuliere vennootschappen of lichamen voor het beheer van verwante of aanvullende activiteiten oprichten, of daarin deelnemen. Volgens artikel 3, lid 4, kan het samenwerkingsverband bovengenoemde diensten verlenen aan gemeenten, particulieren of publiekrechtelijke lichamen die geen lid zijn van het samenwerkingsverband.

16. De artikelen 9 tot en met 11 van de statuten van de AGAC stellen inzonderheid de percentages vast volgens welke elke gemeente die lid is van het samenwerkingsverband, deelneemt aan de algemene vergadering en deelt in winst en verlies. Volgens artikel 10, lid 3, bedraagt het deelnemingspercentage van de gemeente Viano 0,9 %.

17. Volgens de artikelen 12 en 13 van de statuten worden de belangrijkste bestuursakten, waaronder de begroting en de balans, goedgekeurd door de algemene vergadering van het samenwerkingsverband, die is samengesteld uit vertegenwoordigers van de deelnemende gemeenten.⁹

18. Volgens artikel 25, „Beheerscriteria”, van de statuten moet de AGAC haar begroting in evenwicht houden en een rendabel beheer voeren.

19. Artikel 27 bepaalt dat de gemeenten fondsen of goederen in de AGAC inbrengen, die hun jaarlijks interest betaalt.

20. Volgens artikel 28 kan de eventuele winst van het boekjaar, na een besluit van de algemene vergadering, op verschillende wijzen worden aangewend: hij kan over de deelnemende gemeenten worden verdeeld, door het samenwerkingsverband worden gebruikt voor de vorming van een reservefonds of daaraan worden toegevoegd of worden geïnvesteerd in andere activiteiten van de AGAC.

21. Volgens artikel 29 van de statuten kan in geval van verlies de financiële situatie

onder meer worden gesaneerd doordat de gemeenten nieuw kapitaal inbrengen.

IV — De feiten en de prejudiciële vraag

22. Bij besluit nr. 18 van 24 mei 1997 heeft de gemeenteraad van Viano het beheer van de verwarmingsinstallaties van een aantal gebouwen van de gemeente en de levering van de nodige brandstoffen, alsook het aanbrengen van verbeteringen aan een aantal verwarmingsinstallaties in de betrokken gebouwen, aan de AGAC opgedragen.¹⁰ Daaraan is evenwel geen aanbestedingsprocedure voorafgegaan.

23. De vergoeding van de AGAC is vastgesteld op 122 miljoen ITL voor het boekjaar dat liep van 1 juni 1997 tot en met 31 mei 1998. De waarde van de te leveren brandstoffen bedroeg 86 miljoen ITL en die van het beheer en het onderhoud van de installaties 36 miljoen ITL.

24. Artikel 2 van het besluit bepaalt dat de AGAC zich ertoe verbindt, na afloop van de beheersperiode (van één jaar) op verzoek van de gemeente de dienst voor een bij-

9 — Volgens artikel 8 heeft het samenwerkingsverband, naast de algemene vergadering, de volgende organen: de raad van bestuur, de voorzitter van de raad van bestuur en de directeur-generaal. Deze laatsten leggen geen rekenschap af tegenover de gemeenten die deel uitmaken van het samenwerkingsverband. De natuurlijke personen waaruit de organen zijn samengesteld, mogen geen functie uitoefenen in de gemeenten die deel uitmaken van het samenwerkingsverband.

10 — Artikel 1, „Voorwerp van het beheer”, van het besluit bevat een opsomming van de aan de AGAC opgedragen taken.

komende periode van drie jaar te blijven verrichten na aanpassing van de in het besluit vastgestelde voorwaarden. Een verdere verlenging is eveneens mogelijk.¹¹

25. De vennootschap Teckal Srl (hierna: „Teckal”) is een particuliere onderneming werkzaam op het gebied van verwarmingsinstallaties. Zij levert met name stookolie aan particulieren en openbare instellingen, die zij eerst zelf aankoopt bij de producenten. Verder onderhoudt zij de oliestook- en gasverwarmingsinstallaties. Voordat deze diensten aan de AGAC waren toevertrouwd, had Teckal ze als medecontractant van de gemeente Viano verzorgd.

26. Teckal heeft bij het Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna, sezione di Parma, beroep ingesteld tegen de gemeente Viano en de AGAC Reggio Emilia strekkende tot nietigverklaring van besluit nr. 18 van de gemeenteraad van Viano, met het argument dat de gemeente de in de communautaire regeling vastgestelde procedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten had moeten volgen.

27. De nationale rechter wenst in de eerste plaats te vernemen, of richtlijn 92/50 dan wel richtlijn 93/36 in het voor hem aanhangige geding moet worden toegepast. Hij is van oordeel, dat in elk geval de door

beide richtlijnen op 200 000 ECU vastgestelde drempel is overschreden.

28. Gelet op het feit dat aan de AGAC, naast de verlening van verschillende diensten, de levering van brandstoffen is opgedragen, kan volgens de nationale rechter niet worden uitgesloten, dat artikel 6 van richtlijn 92/50 van toepassing is. De nationale rechter heeft inzonderheid geoordeeld, dat gelet op de gemengde aard van het aan de AGAC opgedragen beheer en het feit dat de beheers- en onderhoudsactiviteit, die in het begrip dienstverlening besloten ligt, en de levering van brandstoffen nauw op elkaar aansluiten en elkaar aanvullen, niet kan worden aangenomen, dat het ene bijkomstig is ten opzichte van het andere en dat artikel 6 van richtlijn 92/50 en de juiste uitlegging ervan niet ter zake dienend zouden zijn.

29. De nationale rechter heeft aldus geoordeeld, dat de beslechting van het voor hem aanhangige geding vereist dat een prejudiciële beslissing wordt gegeven over de uitlegging van artikel 6 van richtlijn 92/50, alsook een antwoord op de vraag, in hoeverre de gemeente, door de betrokken prestaties rechtstreeks aan de AGAC op te dragen, op grond van de door deze gemeenschapsbepaling ingevoerde uitzondering was vrijgesteld van de verplichting de in de richtlijn vastgestelde aanbestedingsprocedure te volgen.

30. Verder wenst de nationale rechter te vernemen, of het bij artikel 3 van de statuten aan de AGAC toegekende uitsluitende recht om het „beheer van de verwarmingsinstallaties” te verzorgen, tegen de

¹¹ — Op voorwaarde dat ten minste drie maanden voor het verstrijken van de betrokken periode een verzoek daartoe aan de AGAC wordt gericht.

achtergrond van de artikelen 22 tot en met 25 van wet nr. 142/90 verenigbaar is met de bepalingen van het Verdrag, gelet op het feit dat voor de toepassing van artikel 6 van richtlijn 92/50 onder meer is vereist, dat de nationale bepalingen waarbij een uitsluitend recht wordt verleend, verenigbaar zijn met het Verdrag.

31. Mitsdien heeft de nationale rechter de behandeling van de zaak geschorst en het Hof een prejudiciële vraag gesteld over de uitlegging van de in de motivering van de verwijzingsbeschikking aangegeven punten van richtlijn 92/50.

V — Beoordeling

A — *De ontvankelijkheid*

32. De AGAC stelt, dat er een probleem in verband met de ontvankelijkheid rijst omdat de door de nationale rechter gestelde vraag in wezen betrekking heeft op de uitlegging van nationaal recht.¹² Verder betoogt zij, dat artikel 6 van richtlijn 92/50

12 — De AGAC is meer bepaald van mening, dat de nationale rechter het Hof verzoekt om een antwoord op de vraag, of de dienst die bestaat in het beheer van de verwarmingsinstallaties van een gemeente als een openbare dienst van plaatselijke aard in de zin van artikel 22 van wet nr. 142/90 kan worden aangemerkt, teneinde vast te stellen of artikel 6 van richtlijn 92/50 al dan niet van toepassing is. Nog steeds volgens de AGAC wenst de nationale rechter in wezen te vernemen, of nationale rechtsregels (de artikelen 23 en 25 van wet nr. 142/90) al dan niet een geval vormen van een overheidsopdracht voor dienstverlening die is gegund aan een instantie die zelf een aanbestedende dienst is.

niet van toepassing kan zijn omdat dit veronderstelt, dat er sprake is van een overheidsopdracht voor dienstverlening. Dit is in casu niet het geval, aangezien de dienstverlening enkel aan de AGAC is opgedragen wegens de band van ondergeschiktheid tussen dit samenwerkingsverband en de deelnemende gemeente. De gemeente heeft de dienst bestaande in het beheer van de verwarmingsinstallaties niet aan een derde opgedragen, maar besloten het rechtstreekse beheer van deze dienst op een andere wijze te organiseren.

33. Ook de Oostenrijkse regering trekt de ontvankelijkheid in twijfel, omdat de verwijzingsbeschikking geen prejudiciële vraag bevat. Volgens haar is het zeer belangrijk, dat vragen over het recht betreffende overheidsopdrachten nauwkeurig worden geformuleerd, omdat anders onmogelijk een standpunt kan worden ingenomen over het concrete voor de nationale rechter gerezen interpretatieprobleem.

34. Om te beginnen zij eraan herinnerd, dat het aan de nationale rechter staat, die de beste en meest volledige kennis van de feiten van de zaak heeft, de noodzaak van een prejudiciële beslissing te beoordelen en uit te maken, welke gemeenschapsrechtelijke bepalingen uitlegging behoeven voor

de oplossing van het voor hem aanhangige geding.¹³

35. Evenwel kan het Hof zich in het kader van artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) niet uitspreken over de uitlegging van nationale wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen of over de verenigbaarheid daarvan met het gemeenschapsrecht.¹⁴ Wel kan het Hof de nationale rechter alle gegevens betreffende de uitlegging van het gemeenschapsrecht verschaffen, welke hem in staat stellen de voor hem gerezen rechtsvraag op te lossen.¹⁵

36. Mijns inziens ligt het fundamentele probleem in dit geding in de onnauwkeurige formulering van de prejudiciële vraag. Dit gebrek brengt evenwel niet de niet-ontvankelijkheid van het verzoek mee. Het Hof heeft geoordeeld, dat het in het kader van de in artikel 177 EG-Verdrag voorgescreven procedure het recht heeft om, wanneer vragen onnauwkeurig zijn geformuleerd, uit alle door de nationale rechter verstrekte gegevens en uit het dossier van het hoofdgeding die elementen van gemeenschapsrecht te putten die, gelet op het onderwerp van het geschil, uitlegging behoeven.¹⁶

37. Het Hof heeft ook reeds, om de nationale rechter een zinvol antwoord te verstrekken, bepalingen uitgelegd zonder daarom door de nationale rechter te zijn verzocht¹⁷, of de gestelde vragen geherformuleerd en er datgene uitgehaald waarvan de uitlegging onder zijn bevoegdheid viel.¹⁸

38. Alvorens de vraag vast te stellen waarvan de behandeling nuttig kan zijn voor de nationale rechter, dienen wij evenwel een andere vraag betreffende de ontvankelijkheid van de door de AGAC opgeworpen prejudiciële vraag te onderzoeken. De AGAC stelt, dat de waarde van de opdracht beneden de door de communautaire bepalingen vastgestelde drempel van 200 000 ECU ligt en dat de betrokken communautaire regeling dus niet van toepassing is.¹⁹

39. In casu heeft de nationale rechter geoordeeld, dat de waarde van het voor hem aanhangige geding, zowel wat de opdracht voor dienstverlening (verwar-

13 — Zie bijvoorbeeld arresten van 29 november 1978, Redmond (83/78, Jurispr. blz. 2347, punt 25), en 16 juli 1992, Lourenço Dias (C-343/90, Jurispr. blz. I-4673, punt 15).

14 — Zie bijvoorbeeld arresten van 19 juni 1973, Capolongo (77/72, Jurispr. blz. 611, punt 8), en Lourenço Dias (reeds aangehaald, punt 19).

15 — Zie bijvoorbeeld arresten van 4 mei 1993, Fedicine (C-17/92, Jurispr. blz. I-2239, punt 8), en 3 juli 1974, Casagrande (9/74, Jurispr. blz. 773, punt 2).

16 — Zie bijvoorbeeld arresten van 26 september 1996, Arcaro (C-168/95, Jurispr. blz. I-4705, punten 20 en 21), en 13 december 1984, Haug-Adrión (251/83, Jurispr. blz. 4277, punt 9).

17 — Zie bijvoorbeeld arresten van 28 juni 1978, Simmenthal (70/77, Jurispr. blz. 1453, punt 57); 16 december 1992, Claeys (C-114/91, Jurispr. blz. I-6559, punten 10 en 11), en 18 maart 1993, Viessmann (C-280/91, Jurispr. blz. I-971, punt 17).

18 — Zie bijvoorbeeld arresten van 24 maart 1992, Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias e.a. (C-381/89, Jurispr. blz. I-2111, punten 19 e.v.), en 23 november 1977, Enka (38/77, Jurispr. blz. 2203).

19 — De AGAC is meer bepaald van mening, dat de prijs van de brandstoffen van het bedrag van de diensten moet worden afgetrokken, aangezien de AGAC, die een aanbestedende dienst is, via openbare aanbestedingsprocedures brandstoffen aankoopt. Volgens haar gaat het ook niet om een opdracht voor onbepaalde duur. De gemeente beslist immers bij het verstrijken van de aanvankelijke termijn volkomen vrij over de verlenging van de overeenkomst, terwijl de economische voorwaarden nog moeten worden vastgelegd. Ten slotte was de totaalprijs vastgesteld voor de periode van 1 juni 1997 tot en met 31 mei 1998, zodat de betrokken opdracht ook niet als een opdracht voor onbepaalde duur zou kunnen worden aangemerkt. Dit wordt bevestigd door het feit, dat de bestreden overeenkomst op 31 mei 1998 definitief is beëindigd, omdat de gemeente Viano heeft beslist, deze dienst anders te organiseren.

ming) als de opdracht voor leveringen (van brandstoffen) betreft, de door de communautaire regeling vastgestelde drempel van 200 000 ECU overschrijdt, waarboven een overheidsopdracht voor dienstverlening of leveringen onder het toepassingsgebied van de richtlijnen 92/50 respectievelijk 93/36 kan vallen, in het bijzonder omdat het enerzijds ging om een opdracht voor dienstverlening voor onbepaalde duur²⁰ en anderzijds om een opdracht voor leveringen waarbij uitdrukkelijk in een optierecht was voorzien.²¹

40. Mijsns inziens valt het binnen de bevoegdheid van het Hof om de nationale rechter mee te delen, welke methode voor de berekening van het bedrag van de opdracht volgens de communautaire regeling moet worden toegepast. Deze methode is vastgelegd in artikel 7 van richtlijn 92/50 en artikel 5 van richtlijn 93/36. Het staat aan de nationale rechter, die kennis heeft van de contractvoorwaarden en van de omstandigheden waaronder de overeenkomst na het verstrijken van de beheersperiode van één jaar kan worden verlengd, om deze bepalingen op het onderhavige geval toe te passen.²²

20 — Volgens de verwijzingsbeschikking verbindt de AGAC zich op grond van artikel 2 van besluit nr. 18 van de gemeenteraad van Viano ertoe, de betrokken diensten na het verstrijken van de beheerstermijn (van één jaar) verder te verlenen voor een nieuwe periode van drie jaar als de gemeente hierom verzoekt, na aanpassing van de in de akte genoemde voorwaarden. De nationale rechter heeft er verder op gewezen, dat dit ook gold voor de volgende periodes, op voorwaarde dat ten minste drie maanden vóór het verstrijken van de termijn een verzoek hiertoe aan de AGAC zou worden gericht.

21 — De nationale rechter stelt, dat wanneer het daarentegen hoofdzakelijk om een goederenlevering gaat, de voorgenomen herziening van de voorwaarden voor de onderneming het recht meebrengt om het bedrag aan te passen aan de marktprijs van de te leveren brandstof, en hoewel dit automatisch geschiedt, sluit dit niet uit, dat de gemeente over een echt optierecht beschikt. Bijgevolg dient volgens de nationale rechter artikel 5, lid 5, van richtlijn 93/36 te worden toegepast, dat bepaalt, dat indien in het bestek van een voorgenomen opdracht voor leveringen optiebepalingen zijn opgenomen, voor de berekening van de geraamde waarde van de opdracht het in totaal toegestane maximumniveau van de aankoop, inclusief het optiebepaling, als grondslag dient te worden genomen.

22 — In theorie is het niet uitgesloten, dat de nationale rechter een prejudiciële vraag stelt wanneer er interpretatieproblemen rijzen.

41. Gelet op het voorgaande kan het Hof zijn oordeel over de vraag of de door de communautaire wetgever vastgestelde drempel in feite is overschreden, niet in de plaats stellen van dat van de nationale rechter, maar dient het af te gaan op de door de nationale rechter beschreven feiten en op diens beoordeling. Zo niet zou het Hof zelf de waarde van de omstreden opdracht moeten bepalen, hetgeen vreemd is aan de hem bij artikel 177 EG-Verdrag opgedragen functie, die geen controle op de inhoud van de verwijzingsbeschikking veronderstelt, maar samenwerking en dialoog met de nationale rechter.

B — Herformulering van de prejudiciële vraag

42. Teneinde de nationale rechter een nuttig antwoord te verschaffen, is het mijsns inziens derhalve nodig de prejudiciële vraag te herformuleren, rekening houdend met het onderwerp van het geding en de elementen van de verwijzingsbeschikking.

43. Van primordiaal belang is het volgende. Artikel 2 van richtlijn 92/50²³ bepaalt dat een overheidsopdracht, indien zij betrekking heeft zowel op producten in de zin van richtlijn 77/62 (thans richtlijn 93/36) als op diensten in de zin van richtlijn 92/50, onder de werkingssfeer van laatstgenoemde richtlijn valt indien de waarde van de betrokken diensten die van de in de opdracht opgenomen producten te boven gaat. Deze bepaling beoogt te voorkomen, dat gemengde opdrachten (die zowel betrekking hebben op dienstverlening als op leveringen) aan twee verschillende regelingen worden onderworpen, en houdt dus in,

23 — Uitgelegd tegen de achtergrond van artikel 33 van richtlijn 93/36.

dat de gunning van de gehele opdracht volgens slechts één van deze regelingen geschiedt. Met andere woorden, bij de keuze van de toepasselijke regeling is het economische waardecriterium van doorslaggevend belang. Aldus valt de gunning van een gemengde opdracht onder richtlijn 92/50, wanneer de waarde van de diensten hoger is dan die van de producten.²⁴ Wanneer integendeel de waarde van de producten hoger is dan die van de diensten, dient richtlijn 93/36 op de gunning van de gehele opdracht te worden toegepast.²⁵

44. Uit het voorgaande volgt dus duidelijk, dat het erop aankomt het voorwerp van de opdracht vast te stellen. Wanneer het om een gemengde opdracht gaat, dat wil zeggen een opdracht voor zowel leveringen als diensten, dient overeenkomstig het economische waardecriterium, dat ter bepaling van de toepasselijke regeling is vastgesteld, te worden nagegaan, in welke mate de

waarde van de producten hoger is dan die van de diensten.

45. In casu blijkt uit de verwijzingsbeschikking, dat in één akte zowel de verlening van een aantal diensten als de levering van een aantal producten aan de AGAC is opgedragen.²⁶ Tevens blijkt, dat de waarde van de producten kennelijk hoger is dan die van de diensten. Bijgevolg ben ik van mening, dat de communautaire bepalingen waarvan de uitlegging voor de nationale rechter van nut is, de bepalingen van richtlijn 93/36 zijn en niet artikel 6 van richtlijn 92/50 zoals bedoeld in de verwijzingsbeschikking. De beantwoording van de prejudiciële vraag, in de vorm waarin zij is gesteld, zou mijns inziens dus niet nuttig zijn voor de oplossing van het voor de nationale rechter aanhangige geding.

46. Gelet op het voorwerp van het geding en de overwegingen in de verwijzingsbeschikking vraagt de nationale rechter in wezen, in welke mate de rechtstreekse gunning van het beheer van de verwarmingsinstallaties en de levering van brandstoffen door de gemeente Viano aan de AGAC de verplichting meebrengt, de in richtlijn 93/36 voorgeschreven procedure te volgen. Er dient dus te worden geantwoord op de vraag, in welke mate richtlijn 93/36 zich ertegen verzet, dat een plaatselijk lichaam de levering van producten rechtstreeks, onder voorwaarden zoals in de onderhavige zaak, gunt aan een samenwerkingsverband waarvan het deel uitmaakt, zonder dat de door deze richtlijn

24 — Zie ook het artikel van Mensi, M.: „L'ouverture à la concurrence des marchés publics de services”, in *Revue du Marché Unique Européen*, nr. 3/1993 (blz. 59-86), punt 8.

25 — In zijn arrest van 19 april 1994, *Gestión Hotelera Internacional* (C-331/92, Jurispr. blz. I-1329), heeft het Hof op grond van de zestiende overweging van de considerans van richtlijn 92/50, volgens welke „uit richtlijn 71/305/EEG voortvloeit dat een overeenkomst slechts als een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken kan worden beschouwd, indien zij betrekking heeft op de uitvoering van een werk”, (in punt 29) geoordeeld, dat „een gemengde opdracht, die zowel betrekking heeft op de uitvoering van werken als op een overdracht van goederen, niet onder de werkingssfeer van richtlijn 71/305 valt indien de uitvoering van de werken ten opzichte van de overdracht van de goederen slechts een bijkomstig karakter heeft”. Richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 strekte ertoe, de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken te coördineren (PB L 185, blz. 5). In de zeventiende overweging van de considerans van richtlijn 92/50, die een uitdrukkelijke verwijzing bevat naar het voorwerp van de opdracht, wordt verder gepreciseerd, dat „voor zover de werken bijkomstig zijn en niet het eigenlijke voorwerp van de opdracht uitmaken, zij niet de indeling van de overeenkomst als overheidsopdracht voor de uitvoering van werken kunnen rechtvaardigen”. Ten slotte heeft het Hof in dezelfde zaak onderstreept (in punt 28), dat „het (...) aan de nationale rechter [is] om uit te maken, of de werken ten opzichte van het primaire voorwerp van de aanbesteding een bijkomstig karakter hebben”.

26 — Dit blijkt duidelijk uit het door de verwijzingsrechter aangehaalde artikel 1 van besluit nr. 18 van de gemeenteraad van Viano.

voorgeschreven aanbestedingsprocedure is gevolgd.

47. Het is evenwel niet uitgesloten dat de nationale rechter de uitlegging van verdragsbepalingen ook nodig acht om na te gaan, of deze bepalingen, tegen de achtergrond van de artikelen 22 en 25 van wet nr. 142/90, niet in de weg staan aan het uitsluitende recht om de verwarmingsinstallaties te beheren, dat, zoals de nationale rechter aangeeft, aan de AGAC is opgedragen bij artikel 3 van haar statuten. Uit de verwijzingsbeschikking blijkt evenwel niet duidelijk, of de betrokken nationale bepalingen — vooral de artikelen 22 en 25 van wet nr. 142/90 — en artikel 3 van de statuten van de AGAC toelaten, dat de in het besluit van de gemeenteraad van Viano genoemde dienstverlening rechtstreeks aan de AGAC wordt opgedragen.²⁷ Het staat aan de nationale rechter om deze vraag te beantwoorden en, indien hij het nodig acht, een prejudiciële vraag daarover te stellen.

C — Ten gronde

48. Richtlijn 93/36 beoogt in wezen de ontwikkeling van een doelmatige mededinging op het gebied van de overheidsopdrachten voor dienstverlening te verzekeren.²⁸ Een aanbestedende dienst moet dus bij de keuze van de persoon met wie zij een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel zal sluiten voor de levering, onder welke vorm ook, van een bepaald product, de bij richtlijn 93/36 vastgestelde procedure volgen, die een doelmatige en vrije mededinging tussen de belanghebbenden waarborgt.

27 — Teckal betwist, dat deze bepalingen aldus kunnen worden uitgelegd en onderstreept, dat zij gedurende de vijf jaren die aan de gunning van de betrokken prestaties aan de AGAC zijn voorafgegaan, de medecontractant van de gemeente Viano was.

28 — Zie de veertiende overweging van de considerans van richtlijn 93/36.

49. Verder moet om te beginnen worden benadrukt, dat richtlijn 93/36 geen met artikel 6 van richtlijn 92/50 overeenstemmende bepaling bevat, dat wil zeggen dat zij niet voorziet in een uitzondering op de verplichting om de aanbestedingsprocedure te volgen wanneer het gaat om overheidsopdrachten voor dienstverlening die zijn gegund aan een instantie die zelf een aanbestedende dienst is, op basis van een alleenrecht dat zij uit hoofde van bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen geniet, op voorwaarde dat deze bepalingen verenigbaar zijn met het Verdrag. Omdat de richtlijn niet in een dergelijke uitzondering voorziet²⁹, doet het voor de toepassing van de richtlijn niet ter zake, of het gaat om een particulier die, in de hoedanigheid van leverancier, de medecontractant van een aanbestedende dienst is. Mijsn inziens volgt deze conclusie uit de opzet van de richtlijn.³⁰

29 — Dit onderscheid weerspiegelt een specifiek kenmerk van het door richtlijn 92/50 geregelde gebied, in die zin dat terdege rekening moet worden gehouden met het feit, dat de diensten kunnen worden verleend in het kader van de stabiele juridische relaties en verbanden tussen verschillende instellingen (lichamen), volgens een samenwerkingsstelsel waarbij de ene instelling ondergeschikt is aan de andere. Verder bevat richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 199, blz. 84), naast een met artikel 6 van richtlijn 92/50 overeenkomstige bepaling (artikel 11), ook een andere soortgelijke bepaling omtrent dit punt, waarin rekening wordt gehouden met de eigenheid van de lichamen die ondernemingen zijn die alleen in het kader van overheidsopdrachten voor dienstverlening binnen specifieke bedrijfstakken als aanbestedende diensten worden aangemerkt. Het betreft artikel 13 van richtlijn 93/38, aangaande de opdrachten voor dienstverlening die door een aanbestedende dienst bij een „verbonden onderneming” worden geplaatst; in de definitie van dergelijke ondernemingen wordt verwezen naar het toezicht en de dominerende invloed die door de aanbestedende dienst wordt uitgeoefend op de onderneming of omgekeerd, of (onder bepaalde voorwaarden) door de ene onderneming op de andere (artikel 1, lid 3); het gaat met andere woorden om juridische entiteiten die deel uitmaken van éénzelfde economische entiteit; zie ook Mensi, M., op. cit., punt 18, blz. 81 e.v.

30 — Volgens het Hof komt een lidstaat de verplichtingen niet na die op hem rusten krachtens de richtlijnen houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (richtlijn 71/305) en voor de levering van goederen (richtlijn 77/62), wanneer hij de transacties die de administratie sluit met particulieren in gevallen waarin dit door de richtlijnen niet is toegestaan, uitsluit van de werkingssfeer van de nationale regeling betreffende overheidsopdrachten. Zie arrest van 17 november 1993, Commissie/Spaanje (C-71/92, Jurispr. blz. I-5923, punten 10, 11 en 22). Het Hof heeft met name (in punt 10) onderstreept, dat „enkel die uitzonderingen op de toepassing van richtlijn 77/62 [zijn] toegestaan, welke uitdrukkelijk en limitatief daarin zijn opgesomd”.

50. Volgens artikel 1, sub a, van richtlijn 93/36 wordt in de zin van deze richtlijn onder „overheidsopdrachten voor leveringen” verstaan „schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die betrekking hebben op de aankoop, leasing, huur of huurkoop, met of zonder koopoptie, van producten, en die zijn gesloten tussen een leverancier (natuurlijke persoon of rechtspersoon), enerzijds, en een van de onder b omschreven aanbestedende diensten, anderzijds”. De toepassingsvoorwaarden van richtlijn 93/36 vloeien voort uit deze bepaling.

51. In de eerste plaats is vereist, dat de contractuele relatie betrekking heeft op de levering van producten. Dit is een wezenlijke toepassingsvoorwaarde van de richtlijn.

52. In de tweede plaats moet er een overeenkomst³¹ worden gesloten en moet deze schriftelijk zijn. Deze overeenkomst is wederkerig en onder bezwarende titel. Dit betekent, dat de richtlijn van toepassing is, wanneer wilsovereenstemming bestaat tussen twee verschillende personen, namelijk de aanbestedende dienst en de leverancier, en de totstandgekomen wederzijdse relatie betrekking heeft op de levering van een

product in ruil voor een financiële vergoeding.³² Er moet dus een uitwisseling van prestaties zijn, er moeten rechten en verplichtingen voor de contractpartijen in het leven worden geroepen en de prestaties moeten onderling afhankelijk zijn.³³

53. In de derde plaats — dit punt houdt overigens rechtstreeks verband met het vorige — moet de medecontractant van de aanbestedende dienst, de leverancier, daadwerkelijk een derde zijn, dat wil zeggen, het moet gaan om een persoon die afgescheiden is van deze dienst. Dit is ook een wezenlijk kenmerk van de gunning van overheidsopdrachten zoals bedoeld in richtlijn 93/36.

54. Uit het voorgaande blijkt, dat de richtlijn niet van toepassing is wanneer de aanbestedende dienst voor de levering van de gewenste producten gebruik maakt van de eigen middelen.³⁴ Het gemeenschapsrecht verplicht de aanbestedende diensten

31 — Kenmerkend is de vermelding in de achtste overweging van de considerans van richtlijn 92/50, dat „alleen dienstverlening op basis van een overheidsopdracht door deze richtlijn wordt bestreken; dat dienstverlening op andere grondslagen, zoals wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen of arbeidsovereenkomsten, niet onder deze richtlijn valt”. Dat betekent, dat richtlijn 92/50 alleen van toepassing is wanneer de juridische relatie tussen de contractpartijen is gebaseerd op een overheidsopdracht voor dienstverlening in de zin van artikel 1, sub a, van de richtlijn, en dat zij niet van toepassing is op dienstverlening die niet op een overheidsopdracht is gebaseerd; zie ook punt 26 van de conclusie van advocaat-generaal La Pergola bij het arrest van 10 november 1998, BFI Holding (C-360/96, Jurispr. blz. I-6821) en punt 49 van de conclusie van advocaat-generaal Alber bij het arrest van 9 september 1999, R.I.SAN. (C-108/98, Jurispr. blz. I-5219).

32 — Dit gegeven, namelijk de vaststelling van een op abstracte wijze berekende tegenprestatie bij de gunning van een overheidsopdracht voor de levering van goederen, is in het arrest van 26 april 1994, Commissie/Italië (C-272/91, Jurispr. blz. I-1409, punt 25) onder de aandacht gebracht; deze zaak had betrekking op de verlening van een concessie voor het systeem ter automatisering van de Italiaanse lotto, dat wil zeggen voor de levering van een volledig systeem ter informatisering van dit spel, hetgeen met name de levering van een aantal goederen aan de staat omvatte. Ditzelfde gegeven, namelijk de levering van een bepaalde tegenprestatie ter vergoeding van de dienstverlener, is onder de aandacht gebracht in het arrest BFI Holding (aangehaald in voetnoot 31, punt 25).

33 — Aangaande dit belangrijke bestanddeel van het begrip overeenkomst, zie de Laubadère, A., *Moderne, F. en Devolvé, P., Traité des contrats administratifs*, 1, 2e uitgave, 1983 (808 blz.), punten 14 e.v., blz. 29 e.v.

34 — De zogenaamde in house-procedure. Zie over dit punt in verband met richtlijn 92/50, Flamme, Ph. en Flamme, M.-A., „Les marchés publics de services et la coordination de leurs procédures de passation (Directive 92/50/CEE du 18 juin 1992)”, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, nr. 365, februari 1993 (blz. 150-170), punten 15 en 16. Zie ook Mensi, M., op. cit., punt 5.

niet, de procedure die een doelmatige mededinging tussen de belanghebbenden waarborgt, te volgen, wanneer de betrokken diensten zelf de levering van de benodigde producten willen verzorgen.³⁵

55. De AGAC stelt, dat de gemeente Viano het beheer van de verwarmingsinstallaties niet aan een derde heeft opgedragen, maar simpelweg heeft besloten, het rechtstreekse beheer van deze dienst op een andere wijze te organiseren door gebruik te maken van de structuur en het personeel van een daartoe opgericht specifiek lichaam en niet van zijn eigen structuur en personeel.

35 — Een soortgelijke vraag is reeds eerder aan het Hof gesteld over de uitlegging van richtlijn 92/50. In de zaak BFI Holding (aangehaald in voetnoot 31) tussen twee Nederlandse gemeenten en een private vennootschap (BFI), die stelde dat de gunning van een overheidsopdracht voor afvalophaling aan een door de gemeenten met dat doel opgerichte naamloze vennootschap (ARA) volgens de in de richtlijn vastgelegde procedure moest verlopen, heeft de nationale rechter geoordeeld, dat ARA onder de in artikel 6 van richtlijn 92/50 bedoelde uitzondering viel voor zover zij als een publiekrechtelijke instelling in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50 moest worden beschouwd.

In zijn conclusie bij het arrest BFI Holding (punt 38) kwam advocaat-generaal La Pergola tot de slotsom, dat „ARA (...) geen ‚derde‘ [is] ten opzichte van de twee gemeenten; zij onderscheidt zich daarvan niet wezenlijk. Wij hebben hier te maken met een vorm van overdracht tussen organen, die niet treedt buiten de administratieve steer van de gemeenten, die bij de toekenning van de betrokken activiteiten aan ARA op generlei wijze de voordien door hen in die sector verrichte taken hebben willen *privatiseren*.“ Dit punt, dat betrekking heeft op de vraag, in hoeverre de dienst wordt verleend door een partij die deel uitmaakt van de overheidsadministratie, in welk geval er geen sprake is van een overheidsopdracht in de zin van richtlijn 92/50, werd onder de aandacht gebracht door advocaat-generaal Alber in zijn conclusie over de zaak RLSAN. (aangehaald in voetnoot 31); zie punt 49 van die conclusie. Advocaat-generaal La Pergola kwam tot de volgende conclusie: „kortom, naar mijn mening kan de betrekking tussen de gemeenten en ARA niet worden beschouwd als een overheidsopdracht in de zin van de richtlijn“ (meer bepaald richtlijn 92/50). Niettemin was advocaat-generaal La Pergola van mening, dat een dergelijke instelling (als ARA) een publiekrechtelijke instelling in de zin van richtlijn 92/50 is. Het Hof heeft onderzocht, wanneer een instelling als een publiekrechtelijke instelling in de zin van artikel 1, sub b, tweede alinea, van richtlijn 92/50 kan worden aangemerkt, en heeft de nationale rechter de nodige uitleggingsmomenten ter zake verstrekt.

56. In de eerste plaats blijkt mijns inziens overduidelijk uit de door de nationale rechter verstrekte gegevens, dat het in casu (ook) gaat om de levering van bepaalde producten.

57. In de tweede plaats is voor de toepassing van de richtlijn vereist, dat er een schriftelijke overeenkomst bestaat waarin de verplichtingen en rechten van de partijen zijn omschreven en waarin inzonderheid de tegenprestatie is vastgesteld. De nationale rechter dient dus na te gaan, of er naast het gunningsbesluit van de gemeenteraad van Viano een „overeenkomst“ is gesloten — die bovendien schriftelijk is — waarin de relatie tussen de aanbestedende dienst en de leverancier is geregeld en waarin de rechten en verplichtingen van de partijen zijn vastgesteld.³⁶

58. Wanneer er een schriftelijke overeenkomst bestaat, moet de nationale rechter bovendien nagaan, in welke mate de mogelijkheid waarover de gemeente beschikt om de overeenkomst te verlenen, het resultaat is van onderhandelingen tussen de gemeente Viano en de AGAC. Hij moet ook nagaan, in hoeverre de tegenprestatie voor de betrokken goederenlevering en dienstverlening aan de gemeente volgens de heersende handelsgebruiken is vastgesteld.³⁷ Het antwoord op de vraag in welke

36 — Uit de verwijzingsbeschikking blijkt, dat de AGAC het verwarmingsstelsel hoofdzakelijk volgens de eenzijdig door de gemeente Viano in het bestreden besluit vastgelegde instructies dient te beheren.

37 — Mijns inziens kan niet van het plaatsen van een overheidsopdracht en van aanbesteding in de zin van de richtlijn worden gesproken wanneer, enerzijds, de in het besluit van de gemeenteraad genoemde tegenprestatie niet vrij is vastgesteld op basis van het aanbod dat de AGAC heeft gedaan in het kader van de beheersautonomie waarover zij beschikt, en, anderzijds, dit aanbod elk winstgevend karakter ontbeert, zoals de Commissie overigens stelt.

mate daadwerkelijk sprake is van een opdracht die onder de communautaire regeling valt, hangt af van het antwoord van de nationale rechter op deze vragen.

59. Bovendien is er, zoals de nationale rechter preciseert, sprake van twee formeel afgescheiden personen die op de markt optreden. Dit is van belang omdat, wanneer de gemeente de levering in het kader van een betere interne organisatie van haar diensten aan één van deze diensten zou gunnen, we te maken zouden hebben met een vorm van interne delegatie, die binnen het kader van de eigen administratieve structuur van de gemeente blijft.³⁸ In dat geval zou de relatie tussen de gemeente Viano en de AGAC niet als een overheidsopdracht in de zin van richtlijn 93/36 kunnen worden beschouwd.

60. Inzonderheid is de AGAC, die rechtspersoonlijkheid bezit en beheersautonomie geniet, conform de nationale wetgeving een samenwerkingsverband van gemeenten dat is opgericht op basis van artikel 25 van wet nr. 142/90. Deze bepaling voorziet uitdrukkelijk in het gezamenlijk beheer van één of meer diensten door de oprichting van een samenwerkingsverband (consorzio) overeenkomstig de bepalingen betreffende de speciale ondernemingen in de zin van artikel 23 van deze wet, zoals in het vorige punt is aangegeven. De AGAC moet ook de haar door de deelnemende gemeenten opge-

dragen functies uitoefenen en is aan het toezicht van deze gemeenten onderworpen.

61. Volgens artikel 10, lid 3, van de statuten van de AGAC bedraagt het deelnamepercentage van de gemeente Viano in de algemene vergadering van de AGAC, dat wil de facto zeggen, in haar administratie, maar ook in de winst en het verlies van het samenwerkingsverband, 0,9 %. Zoals overigens uit de door de nationale rechter vastgestelde feiten blijkt, lijkt het mij onwaarschijnlijk, dat in het geval van de AGAC, die een samenwerkingsverband van 45 gemeenten uit Reggio Emilia en een zelfstandige rechtspersoon is, de gemeente Viano toezicht uitoefent op dit samenwerkingsverband zoals een lichaam op een intern orgaan.

62. Overigens kan de AGAC volgens artikel 3, lid 4, van haar statuten bepaalde diensten³⁹ verlenen aan gemeenten, particulieren of overheidslichamen (enti) die geen lid zijn van het samenwerkingsverband.

63. Hoewel de gemeente Viano volgens besluit nr. 18 op haar verzoek de overeenkomst kan laten verlengen, staat mijns inziens niet vast, dat de gemeente hiërarchisch toezicht uitoefent op de AGAC, en evenmin dat de relatie tussen de gemeente

38 — Ik herinner eraan, dat Teckal — zoals zijzelf stelt — deze diensten gedurende vijf jaar als medecontractant van de gemeente Viano heeft verleend.

39 — Onder meer de productie en levering van methaangas en verwarming voor particulieren en bedrijven.

en de AGAC geen betrekking heeft op de gunning van een opdracht, omdat beide contractpartijen in feite geen derden ten opzichte van elkaar zouden zijn.⁴⁰

plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening nastreeft.

64. Indien de nationale rechter op basis van de door hem te verrichten vaststellingen oordeelt, dat de relatie tussen de gemeente en de AGAC het resultaat is van het samentreffen van twee autonome wilsuitingen die afgescheiden wettige belangen vertegenwoordigen, in een vorm waarin twee afgescheiden entiteiten gewoonlijk een contractuele relatie aangaan⁴¹, en deze conclusie ook voortvloeit uit de contractvoorwaarden⁴², valt de gunning van de dienstverlening die in deze zaak aan de orde is, onder richtlijn 93/36.

66. De door richtlijn 93/36 voorgeschreven procedure zou dan ook, onder het gestelde voorbehoud met betrekking tot de door de nationale rechter te verduidelijken punten, moeten worden gevolgd. Bij de keuze van haar medecontractant zou de gemeente dus zonder uitzondering de bepalingen ter bescherming van de mededinging moeten naleven, zelfs wanneer wordt aangenomen, dat de AGAC een publiekrechtelijke instelling in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 93/36 is, aangezien — zoals ik in het vorige punt van deze conclusie heb benadrukt — deze richtlijn niet in een met artikel 6 van richtlijn 92/50 overeenstemmende uitzondering voorziet voor de gunning van overheidsopdrachten voor leveringen aan andere aanbestedende diensten.

65. Indien we ervan uit zouden gaan, dat de aanbestedende diensten over de mogelijkheid beschikken om in strijd met de toepasselijke communautaire regeling voor de levering van goederen een beroep te doen op afgescheiden lichamen die aan hun absoluut of relatief toezicht onderworpen blijven, zou dat de deur openzetten voor de ontduiking van de regels, in strijd met het doel van vrije en onvervalste mededinging dat de communautaire wetgever met de coördinatie van de procedures voor het

67. Uit het voorgaande volgt mijns inziens, dat richtlijn 93/36 niet toelaat, bij de gunning van een overheidsopdracht voor leveringen van de daarin vastgestelde procedure af te wijken, ongeacht of de transactie is gesloten tussen een aanbestedende dienst en een instantie die ook een aanbestedende dienst is. Bijgevolg verzet de betrokken richtlijn zich, onder voorbehoud van de door de nationale rechter te beoordelen punten, tegen de gunning van de omstreden levering, wanneer de relatie tussen het plaatselijke lichaam en het samenwerkingsverband waarvan het deel uitmaakt, voortvloeit uit de wilsovereenstemming van twee verschillende personen die in wezen onafhankelijk van elkaar zijn en in deze wilsovereenstemming afgescheiden wettige belangen tot uiting komen.

40 — Volgens de Commissie (punt 34 van de schriftelijke opmerkingen) gaat het in casu blijkbaar om een bijzondere organisatiewijze, waarbinnen de gemeente ter verkrijging van goederen of diensten geen beroep doet op de markt, maar zich in de specifieke bedrijfstak die in casu aan de orde is, richt tot een instelling die een verlengstuk („longa manus”) is van haarzelf.

41 — Er moet dus worden nagegaan, of de vaststelling van de contractvoorwaarden door onderhandelingen is voorafgegaan.

42 — Het gaat bijvoorbeeld om de inlassing van schadebedingen voor het geval dat de AGAC de overeenkomst gebrekkig zou uitvoeren, van een arbitragebeding, o.a.

VI — Conclusie

68. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging, de door het Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna, sezione di Parma, gestelde prejudiciële vraag te beantwoorden als volgt:

„Richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, eist dat de daarin vastgestelde procedure wordt nageleefd wanneer een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel wordt gesloten voor de levering van goederen, ongeacht of deze overeenkomst is gesloten tussen instanties die aanbestedende diensten zijn.”