

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
P. LÉGER

van 7 december 2000¹

1. In deze zaak heeft het Hof gelegenheid zich uit te spreken over het materiële toepassingsgebied van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken in de context van een nationale wettelijke regeling inzake stedenbouw.

2. De verstrengeling van publieke en particuliere belangen, zoals bij een verkaveling, roept onvermijdelijk vragen op naar de wijze waarop het nationale recht het aan particuliere marktdeelnemers overlaat zelf te zorgen voor de infrastructurele basisvoorzieningen of zelfs voor openbare voorzieningen voor louter vrijetijdsbesteding, die met het project gepaard gaan.

3. Met dit soort onzekerheid wordt de Italiaanse rechter in het hoofdgeding geconfronteerd, wat voor hem aanleiding is het Hof prejudiciële vragen voor te leggen die een onderzoek vergen naar de toepassingsvoorwaarden van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken.²

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — PB L 199, blz. 54; hierna: „richtlijn”.

I — Wettelijk kader

A — *De communautaire bepalingen*

4. Artikel 1, sub a, b en c, van de richtlijn bepaalt:

„In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder

a) „overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken”: schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die zijn gesloten tussen een aannemer, enerzijds, en een sub b omschreven aanbestedende dienst, anderzijds, en die betrekking hebben op de uitvoering dan wel het ontwerp alsmede de uitvoering van werken in het kader van een van de in bijlage II vermelde of sub c bepaalde werkzaamheden, dan wel op het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet;

b) „aangebestede diensten”: de staat, zijn territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen

gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen.

[...]

c) „werk”: het product van bouw- dan wel wegebouwkundige werken in hun geheel dat er toe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen.”

5. De in bijlage II bepaalde werkzaamheden, vermeld in artikel 1, sub a, zijn bouw- en wegebouwkundige werkzaamheden die overeenkomen met klasse 50 van de algemene systematische bedrijfsindeling in de Europese Gemeenschappen (hierna: „NACE”). Als een van deze werkzaamheden wordt uitdrukkelijk de burgerlijke utiliteitsbouw genoemd.

6. Artikel 2 luidt:

„1. De lidstaten nemen de nodige maatregelen opdat de aanbestedende diensten de bepalingen van deze richtlijn naleven of doen naleven, wanneer zij voor een opdracht voor de uitvoering van werken die door een andere instantie dan een aanbestedende dienst is geplaatst rechtstreeks voor meer dan 50 % subsidie verlenen.

2. Lid 1 heeft slechts betrekking op opdrachten die vallen onder klasse 50, groep 502, van de NACE-nomenclatuur en op opdrachten betreffende bouwwerken voor ziekenhuizen, inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding, school- en universiteitsgebouwen en gebouwen met een administratieve bestemming.”

7. De artikelen 4 en 5 geven een opsomming van de categorieën opdrachten waarop de richtlijn niet van toepassing is, zoals opdrachten voor de uitvoering van werken die vallen onder richtlijn 90/531/EEG³, opdrachten voor de uitvoering van werken die geheim zijn verklaard of die met bijzondere veiligheidsmaatregelen gepaard moeten gaan, of overheidsopdrachten waarvoor andere procedureregels gelden en die worden geplaatst krachtens specifieke internationale overeenkomsten.

8. Artikel 6 stelt de drempelwaarde voor de toepassing van de richtlijn vast op 5 miljoen ecu, exclusief BTW.

9. Artikel 7, leden 2 en 3, van de richtlijn somt de gevallen op waarin de aanbestedende diensten de procedure van gunning via onderhandelingen kunnen toepassen, die in artikel 1, sub g, van de richtlijn wordt gedefinieerd als de nationale procedure waarbij „de aanbestedende dienst met door hem gekozen aannemers overleg pleegt en via onderhandelingen met een of

3 — Richtlijn van de Raad van 17 september 1990 betreffende de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 297, blz. 1).

meer van hen de contractuele voorwaarden vaststelt”.

10. Blijkens artikel 7, lid 4, van de richtlijn maken de aanbestedende diensten in alle andere gevallen dan die vermeld in artikel 7, leden 2 en 3, voor het plaatsen van opdrachten voor de uitvoering van werken gebruik van de openbare of van de niet-openbare procedure.

B — *De Italiaanse wetgeving*

De Italiaanse wetgeving op het gebied van stedenbouw en gemeenschappelijke infrastructuurle voorzieningen

11. Volgens de toepasselijke *nationale wettelijke regeling* staat de bouw onder toezicht van de overheid. Overeenkomstig artikel 1 van wet nr. 10/77 van 28 januari 1977⁴ moet voor elke werkzaamheid die een stedenbouwkundige en bouwkundige verandering van het gemeentelijk grondgebied inhoudt, een bijdrage in de desbetreffende kosten worden betaald en is voor de uitvoering van de werken een vergunning van de „sindaco” (burgemeester) vereist.

12. Krachtens artikel 3 van die wet moet voor de verlening van de vergunning een evenredige bijdrage in de exploitatie- en de bouwkosten worden betaald.

13. De bijdrage in de exploitatiekosten wordt bij de afgifte van de vergunning aan de gemeente afgedragen. Overeenkomstig artikel 11, lid 1, van wet nr. 10/77 kan de vergunninghouder zich evenwel ertoe verbinden, de infrastructuurle voorzieningen volgens de door de gemeente vastgestelde voorschriften en garanties in eigen beheer aan te leggen, onder gehele of gedeeltelijke aftrek van het verschuldigde bedrag.

14. Wat meer bepaald de gecoördineerde uitvoering van een geheel van werkzaamheden door middel van een verkavelingsplan betreft — de situatie die in het hoofdgeding aan de orde is — bepaalt artikel 28, lid 5, van wet nr. 1150/42 op de stedenbouw⁵ dat de afgifte van de vergunning voor de verkaveling door de gemeente afhankelijk wordt gesteld van het sluiten van een door de eigenaar in te schrijven overeenkomst, die behelst:

„1. [...] de overdracht om niet van de voor de infrastructuurle voorzieningen van secundair belang benodigde terreinen binnen de in punt 2 bedoelde grenzen;

⁴ — Wet houdende bepalingen inzake bouwterreinen (GURI nr. 27 van 29 januari 1977).

⁵ — Wet van 17 augustus 1942 (GU nr. 244 van 17 augustus 1942).

2. de verbintenis van de eigenaar om de kosten te dragen van de infrastructurele voorzieningen van primair belang en een deel van de kosten van de infrastructurele voorzieningen van secundair belang in verband met de verkaveling of van de voorzieningen die noodzakelijk zijn voor de aansluiting van het gebied op de openbare nutsvoorzieningen; dit deel wordt bepaald naar rata van de omvang en de kenmerken van de in de verkavelingen geplande voorzieningen;
3. de termijn van niet meer dan tien jaar waarbinnen de aanleg van de in het voorgaande lid bedoelde voorzieningen moet zijn voltooid".

Artikel 28, lid 7, van wet nr. 1150/42 op de stedenbouw bepaalt bovendien dat de termijn voor de aanleg van de infrastructurele voorzieningen op kosten van de eigenaar op tien jaar wordt gesteld.

15. Luidens artikel 4 van wet nr. 847/64 van 29 september 1964⁶ zijn culturele en sanitaire voorzieningen infrastructurele voorzieningen van secundair belang.

16. Artikel 8 van *regionale wet* van Lombardije nr. 60 van 5 december 1977⁷ bepaalt dat particulieren infrastructurele voorzieningen kunnen aanleggen onder aftrek van de verschuldigde bijdrage in de exploitatiekosten voor een eenvoudige

bouwvergunning. In de aanvraag kunnen zij verzoeken dat hun vergunning wordt verleend voor de aanleg in eigen beheer van een of meer infrastructurele voorzieningen van primair of secundair belang, waarbij de vergunning door de burgemeester wordt verleend voorzover deze aanleg in eigen beheer naar zijn mening het openbaar belang dient.

17. De aanleg van de infrastructurele voorzieningen van een verkavelingsplan wordt daarentegen geregeld in artikel 12 van voormelde regionale wet, zoals gewijzigd bij artikel 3 van regionale wet nr. 31 van 30 juli 1986.⁸ Volgens dit artikel moet de overeenkomst die moet worden gesloten voor de verlening van de bouwvergunningen betreffende de in de verkavelingsplannen vermelde voorzieningen, voorzien in de aanleg, op kosten van de eigenaren, van alle infrastructurele voorzieningen van primair belang en van een deel van de infrastructurele voorzieningen van secundair belang of van de voor de aansluiting van het gebied op de openbare nutsvoorzieningen noodzakelijke voorzieningen. Wanneer de kosten van de aanleg van de voorzieningen lager zijn dan afzonderlijk is voorzien voor de infrastructurele voorzieningen van primair en secundair belang, moet het verschil worden afgedragen. In elk geval kan de gemeente in plaats van de aanleg van de voorzieningen in eigen beheer de betaling verlangen van een bedrag dat overeenkomt met de werkelijke kosten van de met de verkaveling verbonden infrastructurele voorzieningen en met de omvang en de kenmerken van de bebouwing, en dat in geen geval lager mag zijn dan de kosten die in het in artikel 3 bedoelde gemeentebesluit zijn vastgesteld.

6 — Zoals gewijzigd bij artikel 44 van wet nr. 865 van 22 januari 1971 en artikel 17 van wet nr. 67 van 11 maart 1988.

7 — *Bollettino regionale Lombardia*, 2e supplement bij nr. 49 van 12 december 1977.

8 — *Bollettino regionale Lombardia*, 2e supplement bij nr. 31 van 4 augustus 1986.

18. De regionale wettelijke regeling bevat eveneens een lijst van de infrastructurele voorzieningen van secundair belang, waartoe ook de culturele voorzieningen behoren.⁹

overeenkomsten daarvoor in de plaats te stellen.

De wetgeving inzake de administratieve procedure

II — De feiten en het hoofdgeding

19. De verwijzende rechter wijst erop dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde procedures veel weg hebben van wat in Italië „amministrazione consensuale” (overlegmodel) wordt genoemd. Hierbij maakt de overheid geen of minder gebruik van gezag en eenzijdige maatregelen, en onderhandelt zij rechtstreeks met een particulier over de inhoud van de bestuurs-handelingen die hem betreffen.¹⁰

22. Bij besluit nr. 82/96 van 12 september 1996 keurde de gemeenteraad van Milaan een plan voor het uit verschillende onderdelen bestaande „project „Scala 2001”” goed.

23. Dit project omvatte met name de uitvoering van de volgende werkzaamheden:

20. Algemene procedurewet nr. 241 van 7 augustus 1990 stelt nieuwe voorschriften vast inzake de administratieve procedure en het recht op toegang tot administratieve documenten.

— restauratie en verbouwing van het historische gebouw van het Teatro alla Scala;

21. Artikel 11 van die wet bepaalt dat de administratie, onverminderd rechten van derden en in elk geval in het openbaar belang, overeenkomsten met de betrokkenen kan sluiten om de discretionaire inhoud van het definitieve besluit te bepalen of om, in bij de wet bepaalde gevallen, deze

— verbouwing van de gemeentelijke gebouwen van een gebouwencomplex, en

— de bouw in de stadswijk „Bicocca” van een nieuw theater met circa 2 300 zitplaatsen op een terrein met een oppervlakte van 25 000 m² (plus 2 000 m² parkeerruimte), dat bestemd is om eerst onderdak te bieden aan de

⁹ — Artikel 22, sub b, van regionale wet van Lombardije nr. 51 van 15 april 1975..

¹⁰ — Punt 6 van de verwijzingsbeschikking.

activiteiten van de historische locatie aan de Piazza Scala tijdens de restauratie en de verbouwing van dit theater.¹¹ Vervolgens zullen in dit gebouw alle activiteiten in verband met de opvoering van toneelstukken en andere manifestaties van culturele aard ondergebracht worden.

24. In de Bicocca was een verkaveling gepland, die was bedoeld om dit voormalige industriegebied een andere bestemming te geven en die betrekking had op een groot gebouwencomplex. Pirelli SpA (hierna: „Pirelli”) trad samen met andere particuliere marktdeelnemers op als eigenaar-exploitant. Dit sedert lang lopende particuliere initiatief had alle stadia van de administratieve procedure doorlopen¹² en was ten tijde van de feiten die aan het hoofdgeding ten grondslag liggen bijna voltooid.

25. In het kader van de voor deze wijk geplande stedenbouwkundige maatregelen had de gemeente Milaan reeds de aanleg gepland van een complex van algemeen belang „voor verschillende gebruiksdoel-einden”. Het theater zou deel uitmaken van dit complex.

26. Bij besluit nr. 82/96 ging de gemeenteraad van Milaan vervolgens een aantal

verbintenissen aan met betrekking tot de uitvoering van de werken, de termijnen en de financiering van het project „Scala 2001” door een specifieke overeenkomst goed te keuren die de gemeente Milaan met Pirelli, Ente Autonomo Teatro alla Scala¹³ en Milano Centrale Servizi SpA¹⁴, gevolmachtigde van de initiatiefnemers van het „Progetto Bicocca” („Bicoccaproject”), had gesloten. Deze op 18 oktober 1996 ondertekende overeenkomst¹⁵ bevatte de volgende uitvoeringsvoorwaarden voor het onderdeel „Bicocca” van het project „Scala 2001”:

— MCS diende, als gevolmachtigde van de projectontwikkelaars van de verkaveling, in de wijk Bicocca op het daartoe bestemde terrein, dat de projectontwikkelaars om niet aan de gemeente Milaan zouden overdragen, het nieuwe theater (alsmede de daarbij behorende parkeerplaats) te bouwen als infrastructurele voorziening van secundair belang, „onder aftrek” van de krachten de Italiaanse nationale en regionale wettelijke regeling verschuldigde stedenbouwkundige bijdragen. De verbintenis beperkte zich tot de verwezenlijking van de „buitengevel” van het gebouw. De inrichting van het interieur van het theater bleef voor rekening van de stad Milaan, die daarvoor gebruik moest maken van een openbare aanbestedingsprocedure, en

— MCS verplichtte zich om het gebouw vóór eind 1998 op te leveren.

11 — Volgens de verwijzende rechter is de naam van dit theater „Teatro alla Bicocca” (hierna: „theater”).

12 — De raamovereenkomst dateert van januari 1990. De overeenkomst met betrekking tot de aanleg van de infrastructurele voorzieningen werd op 10 mei 1993 gesloten en de stedenbouwovereenkomst op 10 september 1994.

13 — Thans Fondazione Teatro alla Scala (hierna: „FTS”).

14 — Hierna: „MCS”.

15 — Hierna: „overeenkomst”.

27. De Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi (Orde van architecten van de provincies Milaan en Lodi) en, op persoonlijke titel, de architect P. De Amicis¹⁶ hebben bij het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italië) beroep tot nietigverklaring van besluit nr. 82/96 ingesteld.

28. Naar aanleiding van nieuwe ideeën die begin 1998 waren gerijpt bij het nieuwe gemeentebestuur, stelde de gemeenteraad van Milaan besluit nr. 6/98 van 16 en 17 februari 1998 vast, waarbij hij:

- het voorontwerp voor de bouw van het theater goedkeurde;
- bevestigde dat de bouw zou plaatsvinden deels door de aanleg in eigen beheer door de exploitanten „overeenkomstig hun contractuele verplichtingen betreffende het verkavelingsplan”, waarbij het bedrag van de door de exploitanten uit te voeren werkzaamheden 25 miljard LIT zou bedragen, en

- wijzigingen aanbracht in de overeenkomst met betrekking tot de termijnen voor de uitvoering van een aantal

maatregelen. Zo werd de datum voor de voltooiing van het theater thans op 31 december 2000 vastgesteld.

29. De Consiglio Nazionale degli Architetti (Nationale raad van architecten) en, op persoonlijke titel, de architect L. Freyrie¹⁷ hebben bij het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia beroep ingesteld tot nietigverklaring van besluit nr. 6/98.

30. In de twee bij deze rechterlijke instantie ingestelde beroepen tot nietigverklaring betwisten verzoekers de geldigheid van de bestreden besluiten in het licht van zowel het Italiaanse recht inzake stedenbouw en overheidsopdrachten als het gemeenschapsrecht. Met betrekking tot het laatste aspect stellen zij dat het theater de kenmerken van een openbaar gebouw vertoont, zodat de gemeenteraad de communautaire aanbestedingsprocedure had moeten toepassen en niet de opdracht onderhands had mogen gunnen, waarbij de beroepsbelangen van de OAML en de verzoekende architecten waren geschaad.

III — De prejudiciële vragen

31. In zijn verwijzingsbeschikking stelt het Tribunale amministrativo regionale per la

16 — Hierna worden deze beide partijen in het hoofdgeding met de afkorting „OAML” aangeduid.

17 — Hierna worden deze beide partijen in het hoofdgeding met de afkorting „CNA” aangeduid.

Lombardia vast dat de stad Milaan de Italiaanse nationale en regionale wettelijke regeling inzake stedenbouw correct heeft toegepast. Wat de gemeenschapsregeling betreft, zegt de verwijzende rechter echter twijfel te hebben over de vraag of de aanleg in eigen beheer van een infrastructurele voorziening onder aftrek van de verschuldigde bijdrage de kenmerken vertoont van een overheidsopdracht voor de invoering van werken in de zin van het gemeenschapsrecht.

32. Bijgevolg heeft hij besloten het Hof de volgende prejudiciële vragen voor te leggen:

„1) Zijn de nationale en regionale voorschriften op grond waarvan de bouwer (houder van een bouwvergunning of van een goedgekeurd verkavelingsplan) infrastructurele voorzieningen in eigen beheer kan aanleggen onder gehele of gedeeltelijke aftrek van de verschuldigde bijdrage (artikel 11 van wet nr. 10/77; artikelen 28 en 31 van wet nr. 1150 van 17 augustus 1942; artikelen 8 en 12 van regionale wet van Lombardije nr. 60 van 5 december 1977), in strijd met richtlijn 93/37/EEG, gelet op het beginsel van gemeenschapsrecht volgens hetwelk de lidstaten voor overheidsopdrachten met een waarde van 5 miljoen [euro] of meer steeds een aanbestedingsprocedure moeten volgen?

2) Kunnen ondanks deze verplichte aanbesteding overeenkomsten tussen overheid en particulieren [die in het alge-

meen op grond van artikel 11 van wet nr. 241 van 7 augustus 1990 zijn toegestaan] op gebieden die worden gekenmerkt door het feit dat de overheid een particulier kiest met wie zij bepaalde prestaties overeenkomt, verenigbaar met het gemeenschapsrecht worden geacht, wanneer die prestaties de in de richtlijnen ter zake neergelegde relevantie-drempel overschrijden?”

IV — De ontvankelijkheid van de eerste prejudiciële vraag

33. De stad Milaan en de FTS betwijfelen of er een verband bestaat tussen de eerste vraag en het voorwerp van het hoofdgeding.

34. Zij stellen dat de nationale rechter de beroepen in het hoofdgeding enkel ontvankelijk heeft verklaard voor de aspecten betreffende de gunning van het ontwerp van het theater, met uitsluiting van de aspecten betreffende de uitvoering van de bouwwerkzaamheden. Die beslissing is ingegeven door de hoedanigheid van verzoekers, die geen aannemers zijn, maar architecten en hun beroepsorganen.

Derhalve kan de eerste prejudiciële vraag, die beperkt is tot de uitlegging van de richtlijn, geen bijdrage leveren aan de

oplossing van een geschil dat dienstverlening betreft.

35. Voorts kwamen de werkzaamheden in verband met het ontwerp van het theater zonder meer voor rekening van Pirelli en MCS. De kosten daarvan kunnen dus geen deel uitmaken van de bouwkosten waarvan de bijdrage in de exploitatiekosten moet worden afgetrokken.

Het lijkt erop dat partijen in het hoofdeding met dit argument de stelling wenselijk vinden dat het feit dat dit deel van het litigieuze project om niet werd uitgevoerd, het onttrekt aan de werkingssfeer van de richtlijn, waarvoor is vereist dat het werk onder bezwarende titel wordt verricht.

36. Volgens 's Hofs vaste rechtspraak staat het in het kader van de in artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) voorgescreven samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties uitsluitend aan de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing, om, gelet op de bijzonderheden van het geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt. Wanneer de gestelde vragen betrekking hebben op de uitlegging van het gemeenschapsrecht, is het Hof derhalve in beginsel verplicht daarop te antwoorden.¹⁸

18 — Zie onder meer arresten van 6 juli 1995, BP Soupergaz (C-62/93, Jurispr. blz. I-1883, punt 10), en 7 september 1999, Beck en Bergdorf (C-355/97, Jurispr. blz. I-4977, punt 22).

37. Het verzoek van een nationale rechter kan slechts worden afgewezen wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdeding.¹⁹

38. In casu kan niet worden gesteld dat een geschil over de manier waarop de marktdeelnemer wordt aangewezen die wordt belast met de bouw van een theater, geen enkel verband houdt met de communautaire regeling inzake overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, aangezien het project het initiatief van een gemeente is en het betrokken werk door de nationale wettelijke regeling als gemeenschappelijke infrastructurele voorziening wordt beschouwd.

39. Bovendien vindt de bewering dat de beroepen enkel ontvankelijk zijn verklaard voor de aspecten die betrekking hebben op het ontwerp van het theater en niet op de eigenlijke bouwwerkzaamheden, geen enkele steun in verwijzingsbeschikking. Het feit dat de verwijzende rechter het beroep ontvankelijk verklaart zonder van een dergelijke beperking gewag te maken, logenstraft deze bewering.²⁰ Ik voeg hieraan nog toe dat luidens artikel 1, sub a, van de richtlijn onder overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken ook wordt verstaan overeenkomsten die betrekking hebben op „het ontwerp alsmede de uitvoering van werken [...]”.

19 — Ibid.

20 — Bladzijde 6 van de verwijzingsbeschikking.

40. Ten slotte is het argument dat het ontwerp van het theater om niet werd uitgevoerd, van materieelrechtelijke aard en betreft het niet de ontvankelijkheid. Er is dus geen enkele reden om op grond hiervan tot de conclusie te komen dat de gestelde vraag geen verband houdt met het voorwerp van het hoofdgeding.

41. De eerste prejudiciële vraag moet derhalve ontvankelijk worden verklaard.

V — De prejudiciële vragen

42. Met zijn twee vragen wenst de verwijzende rechter te vernemen of verschillende Italiaanse wettelijke bepalingen inzake stedenbouw verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht.

43. Volgens vaste rechtspraak is het Hof in het kader van artikel 177 van het Verdrag niet bevoegd om een regel van gemeenschapsrecht op een concreet geval toe te passen, en dus ook niet om een nationaalrechtelijke bepaling aan die regel te toetsen. Het Hof kan in het kader van de gerechtelijke samenwerking waarin dit artikel voorziet, op grond van de gegevens van het dossier de nationale rechter echter wel interpretatiegegevens met betrekking tot het gemeenschapsrecht verschaffen, die voor deze van waarde kunnen zijn bij de

beoordeling van het effect van die bepaling.²¹

44. De richtlijn dient derhalve uitgelegd te worden teneinde de verwijzende rechter in staat te stellen om uitspraak te doen over de rechtmatigheid van een regeling op grond waarvan een marktdeelnemer kan deelnemen aan de aanleg van een openbaar infrastructureel werk zonder dat er een aanbestedingsprocedure plaatsvindt.

45. Ik herinner eraan dat de tweede prejudiciële vraag erop is gericht te vernemen of tussen overheid en particulieren gesloten overeenkomsten op gebieden die worden gekenmerkt door het feit dat de overheid een particulier kiest met wie zij bepaalde prestaties overeenkomt, verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht, wanneer die prestaties de in de richtlijnen ter zake neergelegde relevantie-drempel overschrijden.

46. Wanneer, zoals in deze zaak, de gestelde vraag kan worden opgevat als een verzoek om uitlegging van het gemeenschapsrecht, maar niet aangeeft van welke bepalingen van dit recht uitlegging gevraagd wordt, staat het aan het Hof om uit alle door de nationale rechter verschaft gegevens de elementen van gemeenschapsrecht te putten die, mede gelet op het voorwerp van het geschil, uitlegging vereisen.²²

21 — Zie bijvoorbeeld arrest van 8 december 1987, Gauchard (20/87, Jurispr. blz. 4879, punt 5).

22 — Ibid., punten 6 en 7.

47. Met deze vraag beoogt de verwijzende rechter een gemeenschapsrechtelijke analyse van een beginsel van Italiaans recht dat hij aanduidt met de woorden „amministrazione consensuale” (overlegmodel), dat wil zeggen dat de overheid „geen of minder gebruik maakt van gezag en eenzijdige maatregelen, en rechtstreeks met een particulier onderhandelt over de inhoud van de bestuurshandelingen die hem betreffen”.²³

48. De Italiaanse rechter gaat ervan uit dat de prestaties waarop deze overeenkomsten betrekking kunnen hebben, „de in de richtlijnen ter zake neergelegde relevantiedrempel overschrijden”.²⁴ Hieruit blijkt dus dat, bij gebreke van preciezere gegevens betreffende de communautaire regeling in kwestie, de vraag is gericht op de uitlegging van het communautaire recht inzake overheidsopdrachten.

49. De verwijzende rechter voegt bovendien hieraan toe dat „[h]et onderhavige geval [...] past [...] in een meer algemene nationale wettelijke regeling, die procedures volgens het onderhandelingsmodel beoogt te stimuleren”²⁵, daarmede doelend op artikel 11 van de algemene wet nr. 241/90.

50. Hij verschaft echter geen gegevens over de specifieke aard van deze wettelijke

regeling, zoals die in het hoofdgeding zou kunnen worden toegepast, in verhouding tot de wettelijke voorschriften op het gebied van stedenbouw als bedoeld in de eerste vraag.

Onder deze omstandigheden volgt hieruit dat de uitlegging van de relevante communautaire regeling inzake overheidsopdrachten de Italiaanse rechter de gegevens kan verstrekken die hij nodig heeft om de rechtmatigheid van deze twee soorten wettelijke regelingen te beoordelen. Het is dus niet nodig een onderscheid te maken tussen de twee prejudiciële vragen.

51. Men mag derhalve aannemen dat de verwijzende rechter met zijn vragen in wezen wenst te vernemen of de richtlijn zich verzet tegen nationale wettelijke bepalingen volgens welke de houder van de bouwvergunning, wanneer de uitvoering van een verkavelingsplan noopt tot de aanleg van gemeenschappelijke infrastructuurle voorzieningen, deze op eigen kosten moet aanleggen en daarvoor wordt vrijgesteld van betaling van de aan de gemeente verschuldigde bijdrage voor die vergunning, tenzij de gemeente besluit de bijdrage te innen in plaats van de aanleg in eigen beheer, zonder dat de door de richtlijn voorgeschreven procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken behoeven te worden gevolgd.

52. Alvorens de richtlijn aan een nadere beschouwing te onderwerpen, lijkt het mij nodig een ogenblik stil te staan bij de litigieuze infrastructuurle voorziening waarover het in het hoofdgeding gaat.

23 — Blz. 17 van de verwijzingsbeschikking.

24 — Ibid., blz. 19.

25 — Ibid., blz. 18.

A — *De kwalificatie van het theater naar nationaal en gemeenschapsrecht*

53. Uit de verwijzingsbeschikking blijkt dat het theater naar Italiaans recht een infrastructuurle voorziening van secundair belang is.²⁶

Luidens de nationale wet vallen culturele voorzieningen, waarvan dit gebouw deel uitmaakt, binnen de categorie infrastructuurle voorzieningen van secundair belang zonder dat een „beperking naar doel of functie van de wijk wordt gesteld”.²⁷ Dat bewust van een dergelijke beperking is afgezien, toont volgens de Italiaanse rechter „de wens van de wetgever [aan] om voor deze voorzieningen buiten het strikte stedenbouwkundig referentiekader te treden”.²⁸

54. Men kan zich verbazen over het feit dat een culturele instelling van nationale betekenis wordt beschouwd als een voorziening die nodig is bij een verkavelingsproject.²⁹

De omstandigheid dat voor een nationaal theater en een infrastructuurle voorziening om de verkaveling aan te sluiten op de openbare nutsvoorzieningen — naar Italiaans recht een infrastructuurle voorziening van primair belang — of een zogehe-

ten infrastructuurle voorziening van secundair belang, zoals crèches of groenstroken, hetzelfde rechtsregime geldt, betekent dat het theater wordt behandeld als een voor de in aanleg zijnde verkaveling noodzakelijk attribuut.

55. Een theater dat ver buiten de stadswijk waar het is gevestigd zijn activiteiten ontplooit, valt aldus door deze juridische kwalificatie onder stedenbouwkundige regels die specifieke verplichtingen met zich brengen die verband houden met de noden en de verfraaiing van deze stadswijk. Zo is de particuliere marktdeelnemer die optreedt als exploitant naar Italiaans recht verplicht de kosten te dragen die voortvloeien uit de aard van de voorziening, hetgeen in casu voor hem buitengewoon hoge kosten met zich brengt.³⁰

56. Het is niet aan mij om te oordelen over de wettelijke bepalingen ter zake, wat tot de uitsluitende bevoegdheid van de wetgever behoort en afhankelijk is van diens stedenbouwkundige opvattingen.

57. Het staat evenwel aan het Hof zich ervan te verzekeren dat een dergelijke inrichting van het stedelijk gebied geen inbreuk kan maken op de belangen die de communautaire wettelijke regeling betreffende overheidsopdrachten beoogt te beschermen.

26 — Ibid., blz. 6 en 7.

27 — Ibid. blz. 11, eerste alinea.

28 — Ibid.

29 — De verwijzende rechter herinnert aan zijn eigen rechtspraak volgens welke „de bouw van een cultureel centrum dat bestemd is voor gebruik op bovengemeentelijke schaal, het karakter heeft van een infrastructuurle voorziening” (blz. 12, tweede alinea, van de verwijzingsbeschikking).

30 — De kosten van de door MCS uit te voeren werkzaamheden voor de bouw van het theater belopen 25 miljard ITL (blz. 13, derde alinea van de verwijzingsbeschikking).

58. Volgens de verwijzende rechter valt de bouw van het theater onder openbare werken in de zin van de richtlijn.³¹ Desondanks brengt de juridische kwalificatie overeenkomstig nationaal recht van deze soort gebouwen specifieke gevolgen met zich die van het door de richtlijn ingestelde systeem lijken af te wijken. De exploitant is gehouden bouwwerkzaamheden uit te voeren of te laten uitvoeren³², tenzij de gemeente besluit de stedenbouwkundige bijdrage te heffen in plaats van de uitvoering in eigen beheer van de werken.³³ Ik moet wel erop wijzen dat de gemeente de uitvoering in eigen beheer in plaats van een geldelijke bijdrage alleen kan weigeren om redenen van algemeen belang die worden ingegeven door een correcte en efficiënte uitvoering van de verkaveling.³⁴

59. Het is te vrezen dat meer vergelijkbare wettelijke regelingen in de lidstaten de gemeenschapsregeling inzake overheidsopdrachten onwerkzaam zullen maken. De lidstaten kunnen in de verleiding komen om in hun stedenbouwkundige wetgeving hele categorieën openbare werken op te nemen

teneinde deze te onttrekken aan het communautaire recht inzake overheidsopdrachten, dat als hinderlijk en kostbaar in tijd en in geld wordt ervaren.

60. Men moet wat op het spel staat bij de discussie over een dergelijke nationale wettelijke regeling derhalve niet onderschatten.

61. Om te bepalen of in een geval als dat van het hoofdgeding de door de richtlijn voorgeschreven procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten buiten toepassing kunnen blijven, dient de materiële werkingssfeer van deze richtlijn te worden afgebakend met inachtneming van de doelstellingen daarvan.

B — *Het begrip overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken*

62. De definitie van „overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken” in de zin van de richtlijn is te vinden in artikel 1, sub a.

63. De zes voorwaarden van deze definitie zijn: de opdracht moet worden geformaliseerd door een *overeenkomst* onder *bezwa-*

31 — Blz. 10 van de verwijzingsbeschikking.

32 — Dat volgt tenminste uit de verwijzingsbeschikking (zie met name blz. 12, vierde alinea). Ik wijs er echter op dat de OAML en de CNA deze uitlegging van de nationale wettelijke regeling niet delen (voetnoot op blz. 1, sub iii, van de schriftelijke opmerkingen van de CNA, en punt 1.1.1. van die van de OAML), omdat zij de mening zijn toegedaan dat de aanleg in eigen beheer „onder aftrek” een mogelijkheid is en niet een verplichting. Overeenkomstig zijn rechtspraak is het Hof niet bevoegd het nationale recht uit te leggen en staat het uitsluitend aan de nationale rechter om de juiste strekking van de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen vast te stellen [arrest van 9 februari 1999, Dilexport (C-343/96, Jurispr. blz. I-579, punt 51)]. Bijgevolg ga ik ervan uit dat het beginsel dat de exploitant wettelijk verplicht is tot de aanleg in eigen beheer „onder aftrek”, voorzover de gemeente niet anders beslist, zoals omschreven door de verwijzende rechter, in het nationale recht bestaat.

33 — Blz. 11 van de oorspronkelijke Italiaanse tekst van de verwijzingsbeschikking.

34 — Blz. 6 van de schriftelijke opmerkingen van de Italiaanse regering.

rende titel die *schriftelijk* is gesloten tussen een *aannemer* en een *aanbestedende dienst* en moet betrekking hebben op *een bepaald soort werk of werken*.

64. Zoals ik al gezegd heb, het staat vast dat de bouw van het theater beschouwd wordt als een openbaar werk of dat dit gebouw tenminste een werk is in de zin van de richtlijn.³⁵ Dat de overeenkomst schriftelijk is aangegaan, wordt niet betwist. Ten slotte is een gemeente een aanbestedende dienst in de zin van artikel 1, sub b, van de richtlijn, omdat territoriale lichamen als zodanig worden beschouwd.³⁶

65. Ik ben daarentegen van mening dat de rechtsbetrekkingen zoals die zijn aangegaan tussen de stad Milaan en de andere verwerende partijen in het hoofdeding onder de door het nationale recht gestelde voorwaarden, niet van contractuele aard zijn. Bovendien is de voorwaarde aannemer te zijn, welke hoedanigheid de partner van de aanbestedende dienst volgens de richtlijn moet bezitten, niet noodzakelijkerwijs vervuld in een wettelijke regeling als thans aan de orde is. Ten slotte zijn overeenkomsten als die welke bestaan tussen de gemeente en de exploitant, naar mijn mening niet onder bezwarende titel gesloten, zoals door de richtlijn is voorgeschreven.

35 — Punt 58 van deze conclusie.

36 — Daaraan moet worden toegevoegd dat de waarde van de opdracht hoger is dan de in artikel 3, lid 1, van de richtlijn genoemde drempel, zoals de verwijzende rechter aanduidt (blz. 13, punt 4, eerste en tweede alinea, van de verwijzingsbeschikking).

66. Ik kom nu achtereenvolgens terug op deze drie voorwaarden.

De contractuele aard van de rechtsbetrekkingen

67. Tussen partijen is weliswaar een overeenkomst getekend, maar de inhoud daarvan is beperkt tot de wijze van uitvoering van het project, zoals de verdeling van de werkzaamheden tussen MCS, die de werkzaamheden aan de buitengevel van het gebouw verricht, en de stad Milaan, die de binneninrichting voor haar rekening neemt, of de opleveringsdatum van het gebouw.

68. De overeenkomst ontbeert naar mijn mening echter een essentieel bestanddeel van de contractuele verhouding, namelijk de mogelijkheid zijn medecontractant te kiezen. Volgens de verwijzende rechter wordt de ondernemer die de infrastructuurle werken moet aanleggen *eenvoudigweg door de wet aangewezen*, in casu door artikel 12 van regionale wet nr. 60 van 1977.³⁷ Uit deze laatste bepaling vloeit immers voort dat de werken moeten worden uitgevoerd door de eigenaar van het terrein.

37 — Blz. 12, derde alinea, van de verwijzingsbeschikking. Ik wijs erop dat artikel 12 deze aanwijzing regelt voor alle infrastructuurle voorzieningen van primair belang en een deel van de infrastructuurle voorzieningen van secundair belang of van die voorzieningen die noodzakelijk zijn voor de aansluiting van het gebied op de openbare nutsvoorzieningen (blz. 8 van de verwijzingsbeschikking). De OAML en de CNA geven een andere uitleg aan dit artikel. Zij zijn van mening dat de uitvoering „onder aftrek” de infrastructuurle voorzieningen van secundair belang slechts betreft voorzover die nodig zijn voor de aansluiting op de openbare nutsvoorzieningen. Omdat deze overwegingen met betrekking tot de uitlegging van het nationale recht niet tot 's Hof's competentie behoren, zal ik mij houden aan de uitlegging van die bepaling door de verwijzende rechter, conform 's Hof's rechtspraak aangehaald in voetnoot 32 van deze conclusie.

69. Dat niet contractueel is vastgelegd wie verplicht is om de infrastructurale werken uit te voeren, wordt bevestigd door de juridische aard van die verplichting naar nationaal recht. De FTS haalt een arrest van de Corte suprema di cassazione aan, volgens hetwelk „de verplichting van de eigenaar om de kosten van de infrastructurale voorzieningen van primair belang en van een deel van de infrastructurale voorzieningen van secundair belang op zich te nemen [...] een reële verplichting vormt. Hieruit volgt dat deze voorzieningen moeten worden uitgevoerd door hen die op het ogenblik van de afgifte van de bouwvergunning eigenaar zijn, *die heel goed andere personen kunnen zijn dan die welke de overeenkomst hebben gesloten*, vanwege het feit dat zij een deel van de gronden hebben verworven die in verschillende kavels of groepen van kavels zijn opgedeeld.”³⁸

70. Door het ontbreken van de mogelijkheid om de persoon te kiezen die belast wordt met de aanleg van de infrastructurale voorzieningen, bestaat er naar mijn mening een aanzienlijk geringer risico dat de aanbestedende diensten discriminerend te werk gaan wanneer zij nationale of lokale ondernemers wensen te bevoorstellen.

71. Ik sta een ogenblik stil bij het voornaamste doel van de richtlijn, namelijk juist deze discriminatoire praktijken op het gebied van overheidsopdrachten uit te roeien. Wij zullen in het navolgende zien dat de tekst van artikel 1, sub a, van de

richtlijn, voorzover het gaat om het vereiste van een contractuele verhouding, zeer nauwkeurig het doel weergeeft dat de communautaire wetgever daarmee voor ogen stond.

72. De richtlijn beoogt het risico uit te sluiten dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van welke opdracht ook de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden.³⁹

73. Het uitspreken van een nationale voorkeur vormt een belemmering voor de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten, welke beginselen de grondslag vormen van de richtlijn⁴⁰, alsmede voor de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging.⁴¹ Men kan niet ontkennen dat wanneer nationale ondernemers worden bevoordeeld ten opzichte van hun concurrenten uit andere lidstaten, laatstgenoemden ervan zullen worden weerhouden zich in die lidstaat te vestigen of sporadisch daar hun werkzaamheden uit te oefenen.

74. Indien een aanbestedende dienst vrij is een ondernemer aan te wijzen die tegen betaling zal worden belast met de uitvoering van openbare werken, dan is het gevaar niet denkbeeldig, zoals zo vaak in de praktijk van de autoriteiten van de lidstaten is gebleken, dat deze autoriteiten

38 — Arresten van 20 december 1994 (Cass. I, nr. 10947) en 17 juni 1996 (Cass. III, nr. 5541), aangehaald in de schriftelijke opmerkingen van de FTS. Cursivering van mij.

39 — Arrest van 15 januari 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. (C-44/96, Jurispr. blz. I-73, punt 33).

40 — Aan de artikelen 57, lid 2, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 47, lid 2, EG) en 66 EG-Verdrag (thans artikel 55 EG) wordt in de considerans van de richtlijn gerefereerd. Zie ook de tweede overweging daarvan.

41 — Tiende overweging van de considerans.

hun partners volgens andere dan zuiver economische criteria kiezen.

75. Het voortrekken van nationale marktdeelnemers gaat voorbij aan overwegingen inzake kwaliteit van de werkzaamheden en de prijs daarvoor, die voorop behoren te staan bij de aanwijzing van de ondernemingen. Hierdoor wordt schade toegebracht aan de belangen van de uitgesloten concurrenten, die door het mislopen van verdiensten zijn benadeeld, alsmede aan die van de belastingbetaler, omdat de autoriteiten de belastingopbrengst niet op basis van zuiver economische overwegingen aanwenden.

76. Daarom coördineren de communautaire voorschriften inzake overheidsopdrachten, en in het bijzonder de richtlijn, de procedures met betrekking tot het plaatsen van opdrachten zodanig dat mededinging tussen de ondernemers ontstaat.

77. Daarom ook is een van de voorwaarden voor de toepassing van de richtlijn het vereiste van totstandkoming van een contractuele relatie. De gemeenschapsrechtelijke procedurevoorschriften inzake overheidsopdrachten zijn namelijk *alleen* gerechtvaardigd *wanneer de aanbestedende diensten over een discretionaire bevoegdheid bij het aanwijzen van de marktdeelnemers beschikken*. Anders kunnen deze dwingende bepalingen niet worden gerechtvaardigd door het risico van inbreuk op het vrij verkeer en de mededinging. Want vrijheid om te kiezen is ook vrijheid om te discrimineren.

78. Deze keuzevrijheid ontbreekt hier, maar zou kunnen herleven wanneer de handelwijze van de exploitant — die, zoals wij later zullen zien, niet noodzakelijkerwijze een aannemer behoeft te zijn — werd voorgeschreven door de aanbestedende dienst, in het bijzonder bij de aanwijzing van de onderneming die de werken uitvoert. Het is duidelijk dat iedere dwang van overheidswege op dit gebied ontduiding van de wet betekent — zo niet van de nationale wet, dan toch zeker van de gemeenschapsnorm — en alsdan opnieuw zou moeten worden gekwalificeerd als een overeenkomst tussen de aanbestedende dienst en de aannemer.

79. De mogelijkheid van de gemeente om een rol te spelen, is in elk geval in casu nihil, of het nu gaat om de keuze van de aannemer dan wel om de betrekkingen met hem tijdens de uitvoering van de overeenkomst, zoals bijna alle partijen erkennen.

80. Ik herinner eraan dat volgens de litigieuze nationale wettelijke regeling de gemeente kan besluiten dat een stedenbouwkundige bijdrage moet worden betaald, die in de plaats komt van de verplichting de voorzieningen in eigen beheer aan te leggen.

81. Men moet zich ervan vergewissen dat door de herinvoering van een beslissingsmogelijkheid bij de keuze van de aannemer, niet het risico ontstaat dat de aanbestedende dienst opnieuw zijn toevlucht tot discriminatoire praktijken neemt.

82. Dit laatste probleem doet zich natuurlijk alleen voor wanneer de gemeente besluit haar recht op inning van de bijdrage te doen gelden in plaats van de aanleg „onder aftrek” van de voorzieningen.

85. Derhalve kan de voorwaarde inzake de contractuele aard van de rechtsbetrekkingen niet als vervuld worden beschouwd.

De eigenschap van aannemer

83. Het spreekt vanzelf dat onder deze omstandigheden de in de richtlijn voorgeschreven procedures moeten worden gevolgd, omdat de aanbestedende dienst besluit zich tot andere aannemers te wenden. Aldus maakt hij echter een, althans negatieve, keuze, door de exploitant het recht te ontzeggen om in eigen beheer de bouwwerkzaamheden uit te voeren.

86. Het feit dat de exploitant niet altijd een aannemer is, vormt de tweede reden waarom ik van mening ben dat niet kan worden geconcludeerd dat een nationale wettelijke regeling die — uitzonderingen daargelaten — de uitvoering in eigen beheer van infrastructurele werken „onder aftrek” oplegt, in strijd is met de richtlijn.

84. Ik denk niet dat deze vrees gerechtvaardigd is. Enerzijds staat het niet vast dat de exploitant altijd een aannemer is en, zo hij dit was, hij dan stelselmatig ernaar zou streven het recht te verwerven om de werkzaamheden uit te voeren. In beide gevallen kan dit recht evengoed als een buitensporige en, uit persoonlijk oogpunt, ongerechtvaardigde last beschouwd worden. Dit geldt te meer daar de exploitant, indien hij zelf de aanleg van de voorzieningen voor zijn rekening neemt en de kosten die daaruit voortvloeien lager zijn dan voorzien, gehouden blijft het verschil aan de gemeente te betalen. Zo kan de uitvoering van de werken een verplichting vormen zonder uitzicht op een financiële lastenverlichting als gevolg van de aanleg in eigen beheer. Anderzijds kan de aldus uitgesloten exploitant die de werken wil uitvoeren, altijd nog deelnemen aan de aanbestedingsprocedure, mits de richtlijn volgens de regels wordt toegepast.

87. Zoals bekend, vereist de richtlijn een overeenkomst *tussen een aanbestedende dienst en een aannemer*.

88. Volgens de betrokken nationale wettelijke regeling heeft de exploitant echter geen aannemer te zijn. Indien de exploitant niet in staat is zelf de werken uit te voeren, moet hij een aannemer aanwijzen die dit zal doen. Met deze laatste zal hij contractuele betrekkingen aangaan, waardoor hij bouwheer wordt, en niet met de aanbestedende dienst. Aangezien de gemeente — ik vestigde daar al eerder de aandacht op⁴² — zich niet mengt in de betrekkingen tussen

42 — Punt 79 van deze conclusie.

de exploitant en de aannemer, is haar mogelijke invloed bijzonder beperkt.

89. De kwalificatie van overheidsopdracht valt af, niet alleen omdat er geen aannemer is die de rechtstreekse partner van de gemeente is, maar ook wegens het feit dat de aanbestedende dienst zich niet bemoeit met de bouwwerkzaamheden die de exploitant aan de aannemer heeft opgedragen.⁴³

90. De redenen die de toepassing van de richtlijn rechtvaardigen, zijn ook hier niet aanwezig. De grens die het gebied van de overheidsopdrachten scheidt van dat van de zuiver particuliere betrekkingen is overschreden. De exploitant, een particuliere marktdeelnemer die verplicht is tot betaling van de werkzaamheden onder aftrek van de stedenbouwkundige bijdrage, voegt zich opnieuw naar een zuiver economisch rationele logica die hem aanzet keuzes te maken rekening houdend met zijn eigenbelang. Het vereiste toezicht op de uitgaven door een bouwheer die zich te snel van iedere begrotingsdwang vrij zou kunnen wanen, vervaagt bij de oplettendheid van een particuliere marktdeelnemer die natuurlijk

43 — Zie, wat dit betreft, de conclusie van advocaat-generaal Lenz in de zaak *Gestión Hotelera Internacional* (arrest van 19 april 1994, C-331/92, Jurispr. blz. I-1329, punten 35 en 41), waarin deze aantoont dat een gemengde overeenkomst als die welke aan de verwijzende rechter ter beoordeling was voorgelegd, die zowel op de uitvoering van werken als op de overdracht van goederen betrekking had, niet valt onder richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 185, blz. 5). Advocaat-generaal Lenz zet uiteen dat de potentiële inschrijvende onderneming per definitie wegens haar doel geen aannemer kan zijn, zodat de overheidsopdracht in kwestie, in het kader waarvan een concessie moest worden verleend voor de exploitatie van een casino en een hotel, geen overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in de zin van richtlijn 71/305 vormt, omdat zij een verbintenis inhoudt om werken te laten uitvoeren door derden. Het Hof heeft deze redenering in punt 24 van zijn arrest in wezen overgenomen.

ervoor zorgt zijn uitgaven te beperken. Zo wordt op een als het ware mechanische wijze een daadwerkelijke mededinging gewaarborgd, omdat de particuliere marktdeelnemer, die vrij is in de keuze van de aannemer en tevens enig schuldenaar is van de prijs die hij deze moet betalen, om overwegingen van economische aard ervoor zal zorgen de beste prestatie voor de beste prijs te kiezen.

De overeenkomst onder bezwarende titel

91. Ik moet nog bespreken waarom ik van mening ben dat de betrekkingen tussen de exploitant en de gemeente met het oog op de aanleg van infrastructurele werken, het element van *bezwarende titel* in de zin van artikel 1, sub a, van de richtlijn ontberen.

92. De verwijzende rechter daarentegen is van mening dat de houder van een verkavelingsvergunning die infrastructurele werken uitvoert, geenszins een prestatie om niet verricht. Hij vereffent eerder een schuld van dezelfde waarde die ontstaat ten bate van de gemeente, wanneer hij bouwwerkzaamheden wil uitvoeren waarvoor die infrastructurele werken vereist zijn.⁴⁴

93. Wij hebben gezien dat het doel van de richtlijn erin bestaat, een eind te maken aan de discriminerende praktijken van de aan-

44 — Bladzijde 14 van de verwijzingsbeschikking.

bestedende diensten. Men kan zich echter de vraag stellen of het risico van inbreuk op het vrij verkeer en de vrije mededinging ook bestaat wanneer er geen sprake is van geldelijke tegenprestatie voor de uitvoering van de werken.

94. De marktdeelnemers worden gemotiveerd door het vooruitzicht een economisch voordeel uit het verkrijgen van opdrachten te behalen. De discriminerende gunning van opdrachten is ontoelaatbaar, omdat dit juist gepaard gaat met betalingen aan uitgekozen ondernemers. Wordt de opdracht niet door de aanbestedende dienst gefinancierd, dan is het nauwelijks voorstelbaar dat de uitgekozen ondernemer wordt bevoordeeld. Wordt door een prestatie om niet of gefinancierd door degene die de werken laat uitvoeren, inbreuk gemaakt op het mededingingsbeginsel, dan komt dat omdat zulks de belangen van deze laatste schaadt en niet omdat zulks hem bevoordeelt ten opzichte van zijn concurrenten.

Onder deze omstandigheden rechtvaardigt de discriminerende gunning van een opdracht aan een aannemer zonder financiële tegenprestatie niet het gebruik van de procedures van de richtlijn. Het is voldoende, aangenomen dat het geval zich kan voordoen dat de betrekkingen van contractuele aard zijn en niet door de wet zijn opgelegd, dat de marktdeelnemer weigert de opdracht te plaatsen opdat het concurrentienadeel verdwijnt.

95. Hoe is het nu met de nationale wettelijke regeling in kwestie op dit punt gesteld?

96. Volgens de gegevens uit het dossier kunnen zich kennelijk twee mogelijkheden voordoen.

97. Ofwel de exploitant voert de werken uit of laat ze uitvoeren onder aftrek van de stedenbouwkundige bijdrage. Ofwel hij betaalt de bijdrage aan de gemeente na daartoe te zijn gesommeerd, en de gemeente laat vervolgens de werken uitvoeren in overeenstemming met de wettelijke bepalingen inzake overheidsopdrachten. Zoals gezegd, deze laatste mogelijkheid vormt een uitzondering op de aanleg in eigen beheer „onder aftrek”, wat de regel is.

98. De verwijzende rechter is van mening dat de exploitant geen enkele prestatie om niet levert. Dat is juist, voorzover hij door de uitvoering van de werken „onder aftrek” wordt vrijgesteld van de verplichting tot betaling van de bijdrage. Zijn optreden heeft dan door het bestaan van een betaling een economisch karakter. Zelfs als die in natura is en niet in geld, delgt hij de schuld.

99. Wanneer men de economische betrekkingen echter goed onderzoekt — men zou eigenlijk moeten spreken van „fiscale” betrekkingen, vanwege de aard van de bijdrage die in de plaats komt van de uitvoering van werken „onder aftrek” — dan moet men vaststellen dat het gevaar voor discriminatie dat gewoonlijk bij de financiering door de overheid van particuliere activiteiten bestaat, in casu niet aanwezig is.

100. De economische aard van de betrekkingen tussen de exploitant en de gemeente volgens de betrokken nationale wettelijke regeling is immers niet hetzelfde als de door de richtlijn vereiste overeenkomst onder bezwarende titel, die naar mijn mening alleen een bedreiging vormt voor de door de richtlijn beschermde belangen.

101. In tegenstelling tot de meest voorkomende situatie bij het plaatsen van overheidsopdrachten is niet gebleken dat in geval van uitvoering van de werken in eigen beheer „onder aftrek” financiering uit openbaren middelen plaatsvindt.⁴⁵ Van zijn kant neemt de exploitant, die geen enkele betaling ontvangt, de kosten op zich. Per slot van rekening is het vermogen van de gemeente, nadat het werk voltooid is, zonder uitgaven van haar kant toegenomen met de waarde van het gebouw, terwijl het vermogen van de exploitant met dezelfde waarde verminderd is, zonder andere financiële tegenprestatie dan vrijstelling van de betaling van de bijdrage.

102. Hieruit volgt dat alleen in de betrekkingen tussen de exploitant en de aannemer sprake is van een tegenprestatie en niet in die tussen de exploitant en de gemeente. In feite is de contractuele betrekking die het meest lijkt op de door de richtlijn bedoelde situatie, die tussen de exploitant en de aannemer.

103. De betrekkingen tussen de gemeente en de exploitant kunnen derhalve niet als

overeenkomst „onder bezwarende titel” in de zin van de richtlijn worden gekwalificeerd. Aangezien de gemeente op geen enkele wijze deelneemt aan de financiering van het werk, kan zij in het geval van uitvoering in eigen beheer „onder aftrek” niet geacht worden de ondernemer aan wie de opdracht is gegund, bij niet-toepassing van de richtlijn te bevoordelen.

104. Het argument dat de richtlijn moet worden toegepast op grond van artikel 2, dient om dezelfde redenen te worden afgewezen.

105. Volgens deze bepaling nemen de lidstaten de nodige maatregelen opdat de aanbestedende diensten de richtlijn naleven of doen naleven wanneer zij rechtstreeks voor meer dan 50 % subsidie verlenen voor een opdracht voor de uitvoering van werken die door een andere instantie dan zichzelf is geplaatst.

106. Deze bepaling heeft ten doel praktijken te voorkomen waarmee de voorschriften inzake overheidsopdrachten worden ontdoken. Sommige aanbestedende diensten kunnen in de verleiding komen de uitvoering van werken in overheidsopdracht aan particuliere lichamen op te dragen.⁴⁶ Voor deze lichamen — zelf geen aanbestedende diensten — zou het eenvoudig zijn de wettelijke verplichtingen ten nadele van de door de richtlijn

45 — Uit de verwijzingsbeschikking blijkt dat alle kosten worden gedragen door Pirelli en door MCS, in zijn hoedanigheid van gevolmachtigde (blz. 2 en 3).

46 — Flamme, M.-A., en Flamme, P., „Enfin l'Europe des marchés publics”, *Actualité juridique — Droit administratif*, 20 november 1989, blz. 651.

beschermde belangen te omzeilen. Dit risico is echter geringer wanneer de overheidssubsidies minder bedragen dan 50 % van de opdracht, omdat het feit dat de particuliere ondernemer het project in hoofdzaak financiert, voor hem reden is om met meer zorg zijn eigen geld te beheren.

107. In casu kan artikel 2 van de richtlijn niet aldus uitgelegd worden dat het van toepassing is op door de exploitant aan een aannemer opgedragen werkzaamheden, omdat zij niet door de gemeente worden gefinancierd.

Conclusie

108. Op grond van het bovenstaande geef ik het Hof in overweging, op de door het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia gestelde vragen als volgt te antwoorden:

„Artikel 1, sub a, van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, verzet zich niet tegen nationale wettelijke bepalingen volgens welke de houder van de bouwvergunning, wanneer de uitvoering van een verkavelingsplan noopt tot de aanleg van gemeenschappelijke infrastructurele voorzieningen, deze op eigen kosten moet aanleggen en daarvoor wordt vrijgesteld van betaling van de aan de gemeente verschuldigde bijdrage voor die vergunning, tenzij de gemeente besluit de bijdrage te innen in plaats van de aanleg in eigen beheer, zonder dat de door de richtlijn voorgeschreven procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken behoeven te worden gevolgd.”