

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

M. POIARES MADURO

van 24 november 2004¹

1. Met het onderhavige beroep wegens niet-nakoming beoogt de Commissie te doen vaststellen dat de Franse Republiek, door in artikel 4 van loi n° 85-704 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée (wet nr. 85-704 inzake overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en de betrekkingen met particuliere uitvoerders) van 12 juli 1985, zoals gewijzigd bij wet nr. 91-662 van 13 juli 1991 en bij wet nr. 96-987 van 14 november 1996², te bepalen dat als gedelegeerd opdrachtgever enkel kunnen worden aangewezen limitatief opgesomde rechtspersonen naar Frans recht, niet heeft voldaan aan de verplichtingen die op haar rusten krachtens richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening³, meer in het bijzonder de artikelen 8 en 9 daarvan, en krachtens artikel 49 EG.

2. Dit beroep biedt de mogelijkheid, de materiële werkingssfeer van richtlijn 92/50 en inzonderheid het begrip opdracht te preciseren. Bovendien betreft het zowel de inachtneming van de genoemde richtlijn als het beginsel van het vrij verrichten van diensten als vermeld in artikel 49 EG, zodat moet worden vastgesteld wat beide teksten met elkaar verbindt.

1 — Oorspronkelijke taal: Portugees.

2 — Respectievelijk JORF van 13 juli 1985, blz. 7914, 19 juli 1991, blz. 9524 en 15 november 1996, blz. 16656; hierna „wet nr. 85-704”.

3 — PB L 209, blz. 1.

I — De feiten en het rechtskader

3. Vooraf dient erop te worden gewezen dat een procedure tot wijziging van artikel 4 van wet nr. 85-704, dat het voorwerp is van het onderhavige beroep, aan de gang is. Bij besluit nr. 2004-566 van 17 juni 2004 wordt dit artikel in die zin gewijzigd dat de delegatie voortaan zowel kan worden verleend aan een publiekrechtelijke als aan een privaatrechtelijke persoon.⁴ Het besluit stelt een onverenigbaarheid in tussen de functie van gedelegeerd opdrachtgever en „de leiding van de werken, de uitvoering van de werken of de technische controle van het werk of de werken waarop de delegatie betrekking heeft”, teneinde belangenconflicten te voorkomen.⁵ Deze onverenigbaarheid strekt zich uit tot met de gedelegeerde opdrachtgever verbonden ondernemingen. Een wetsontwerp, strekkende tot de ratificatie van dit besluit, is op 15 september 2004 aan het Parlement voorgelegd. Volgens vaste rechtspraak moet echter het bestaan van de niet-nakoming worden beoordeeld naar de situatie op de datum van het verstrijken van de termijn van twee maanden vanaf het met redenen omkleed advies, dat in het onderhavige geval dateert van 27 juni 2002. Ik zal verder in deze conclusie dan ook verwijzen naar de Franse wet zoals deze op dat moment van kracht was.

4 — JORF nr. 141 van 19 juni 2004.

5 — De vroegere versie van de wet voorzag enkel ten aanzien van de in artikel 4, tweede streepje, genoemde gedelegeerden in een dergelijke onverenigbaarheid.

4. Alvorens de respectieve standpunten van de Franse Republiek en de Commissie op deze twee punten toe te lichten, zal ik beknopt de relevante nationale en communautaire bepalingen uiteenzetten.

5. Richtlijn 92/50 coördineert het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening. Zij beoogt „belemmeringen voor het vrij verrichten van diensten op te heffen en dus om de belangen te beschermen van de in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers die goederen of diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden”.⁶ Om dit doel te bereiken, probeert de richtlijn „te waarborgen dat ondernemingen uit andere lidstaten kunnen inschrijven op opdrachten of een geheel van opdrachten die om objectieve redenen in verband met de waarde ervan interessant kunnen zijn”.⁷ Richtlijn 92/50 voorziet voor twee categorieën diensten, ingedeeld in de bijlagen I A en I B, in een verschillende regeling. Volgens artikel 9 van de richtlijn hebben de voorschriften die van toepassing zijn op de diensten vermeld in bijlage I B uitsluitend betrekking op het vereiste de technische specificaties vast te stellen en op de toezending van een aankondiging betreffende de uitslag van de aanbestedingsprocedure. Daarentegen gelden volgens artikel 8 voor de diensten vermeld in bijlage I A van de richtlijn verdergaande vereisten; zij moeten bijvoorbeeld vooraf volgens specifieke modaliteiten en binnen de vastgestelde termijnen worden gepubliceerd.

6 — Arrest van 10 november 1998, BFI Holding (C-360/96, Jurispr. blz. 1-6821, punt 41).

7 — Arrest van 5 oktober 2000, Commissie/Frankrijk (C-16/98, Jurispr. blz. 1-8315, punt 44). Het arrest heeft betrekking op richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sector water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 199, blz. 84).

6. Het beginsel van het vrij verrichten van diensten van artikel 49 EG is van toepassing op alle dienstverrichtingen voorzover deze niet vallen onder de in de artikelen 45 EG en 46 EG genoemde uitzonderingen. Aangezien richtlijn 92/50 enkel van toepassing is op dienstverrichtingen op basis van overheidsopdrachten⁸, vallen de diensten die op andere grondslagen worden verricht alleen onder het beginsel van het vrij verrichten van diensten. De opdrachten die de in artikel 13 van richtlijn 92/50 vastgestelde financiële drempels niet overschrijden, vallen eveneens onder artikel 49 EG.

7. De wet die het voorwerp is van het onderhavige beroep organiseert en regelt overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken. Zij is van toepassing op de uitvoering van alle bouw- of infrastructuurwerken alsmede op de voor de exploitatie daarvan bestemde industriële voorzieningen waarvan de opdrachtgevers de staat, openbare instellingen of bepaalde particuliere instellingen zijn.⁹ In dit kader kan de opdrachtgever een delegatieovereenkomst sluiten overeenkomstig de bepalingen van deze wet.

8 — Achtste overweging van de considerans van richtlijn 92/50.

9 — Artikel 1 van wet nr. 85-704 bepaalt: „De opdrachtgevers zijn 1) de staat en zijn openbare instellingen; 2) de territoriale lichamen en hun openbare instellingen, de krachtens artikel L. 321-1 van de Code de l'urbanisme (wetboek van stedelijke ruimtelijke ordening) opgerichte openbare instellingen voor stadsuitbreiding, hun verenigingen en de gemengde corporaties als bedoeld in artikel L. 166-1 van de Code des communes (gemeentewetboek); 3) de in artikel L. 64 van de Code de la sécurité sociale (socialzekerheidswetboek) genoemde particuliere instellingen, alsmede hun verenigingen en federaties; 4) de, in artikel L. 411-2 van de Code de la construction et de l'habitation (bouw- en woningwetboek) genoemde particuliere instellingen voor lage-huurwoningen, alsmede de gemengde vennootschappen, voor door de staat gesubsidieerde en door deze instellingen en vennootschappen gebouwde huurwoningen.”

8. De kenmerken van een dergelijke overeenkomst worden gepreciseerd in artikel 5 van wet nr. 85-704: „De betrekkingen tussen de opdrachtgever en de [gedelegeerde opdrachtgever] worden vastgelegd in een overeenkomst, die op straffe van nietigheid vermeldt: het werk waarop de overeenkomst betrekking heeft, de gedelegeerde bevoegdheden, de voorwaarden waaronder de opdrachtgever vaststelt dat de gedelegeerde taak is voltooid, de vergoeding van de gedelegeerde opdrachtgever, de boetes die deze laatste bij niet-nakoming van zijn verplichtingen moet voldoen en de voorwaarden waaronder de overeenkomst kan worden opgezegd [...]”.

9. Artikel 3 van deze wet bevat een opsomming van de taken die een opdrachtgever aan een gedelegeerde opdrachtgever kan opdragen:

„— vaststelling van de administratieve en technische voorwaarden voor de planning en de uitvoering van het bouwwerk;

— voorbereiding van de keuze van de uitvoerder; ondertekening van de uitvoeringsovereenkomst na goedkeuring van de keuze van de uitvoerder door de opdrachtgever; en toezicht op de nakoming van de uitvoeringsovereenkomst;

— goedkeuring van de voorontwerpen en overeenkomsten aangaande het project;

— voorbereiding van de keuze van de aannemer; ondertekening van de bouwovereenkomst na goedkeuring van de keuze van de aannemer door de opdrachtgever en toezicht op de tenuitvoerlegging van de bouwovereenkomst;

— uitbetaling van de vergoeding voor de leiding van de bouw en de uitvoering van de bouwwerken;

— aanvaarding van de bouwwerken;

— uitvoering van alle handelingen in verband met de hierboven genoemde taken.”

10. Volgens artikel 2 van deze wet kunnen bepaalde taken niet door de opdrachtgever worden overgedragen. Het betreft de algemene conceptie van het project en de leiding over de uitvoering ervan.

11. Zoals blijkt uit de aangehaalde bepalingen van de litigieuze wet, kunnen zeer vele taken door de opdrachtgever aan de gedelegeerde opdrachtgever worden opgedragen. De specificiteit van de delegatieovereenkomst is evenwel gelegen in de identiteit

- van de gedelegeerde opdrachtgever, die door de opdrachtgever slechts kan worden gekozen uit de in artikel 4 van de betrokken wet limitatief opgesomde categorieën:
- de plaatselijke gemengde vennootschappen waarop wet nr. 83-597 inzake de gemengde vennootschappen van 7 juli 1983 van toepassing is;
 - de krachtens artikel L. 321-1 van het wetboek van stedelijke ruimtelijke ordening opgerichte openbare instellingen alsmede de krachtens de artikelen L. 322-1 en volgende van dit wetboek erkende of ambtshalve opgerichte stedelijke verenigingen;
 - de vennootschappen opgericht krachtens artikel 9 van loi n° 51-592 relative aux comptes spéciaux du Trésor pour l'année 1951 (wet nr. 51-592 betreffende de speciale rekeningen van de fiscus voor het jaar 1951) van 24 mei 1951, zoals gewijzigd bij artikel 28 van wet nr. 62-933 van 8 augustus 1962 ter aanvulling van de loi d'orientation agricole (wet op de landbouworientatie);
 - elke publiek- of privaatrechtelijke persoon waaraan de realisering van een ontwikkelingszone of een verkaveling is opgedragen in de zin van de eerste titel van boek III van het wetboek van stedelijke ruimtelijke ordening, voor de daaronder vallende bouwwerkzaamheden;
 - de vennootschappen die de in artikel L. 222-1 van het bouw- en woningwetboek voorziene overeenkomst voor het uitvoeren van werkzaamheden van stedelijke herstructurering van de in arti-
- „— de sub 1 en 2 van artikel 1 van deze wet genoemde rechtspersonen [dat wil zeggen de staat en zijn openbare instellingen, de territoriale lichamen en hun openbare instellingen, de openbare instellingen voor stadsuitbreiding, hun verenigingen en de gemengde corporaties], met uitzondering van overheidsinstellingen op medisch en maatschappelijk gebied, die enkel kunnen optreden voor andere overheidsinstellingen op medisch en maatschappelijk gebied;
- rechtspersonen waarvan minstens de helft van het kapitaal al dan niet rechtstreeks in handen is van de sub 1 en 2 van artikel 1 genoemde rechtspersonen en die tot doel hebben opdrachtgevers bij te staan, op voorwaarde dat zij geen werkzaamheid verrichten als uitvoerder of ondernemer voor rekening van derden;
 - de in artikel L. 411-2 van het bouw- en woningwetboek genoemde particuliere instellingen voor lage-huurwoningen, zij het uitsluitend voor werkzaamheden ten gunste van andere instellingen voor lage-huurwoningen alsmede voor werkzaamheden in verband met projecten voor gesubsidieerde woningen;

kel 1466 A, sub I, van het belastingwetboek genoemde grote complexen en vervallen woonwijken sluiten.”

kondigd dat de litigieuze bepalingen spoedig zouden worden opgeheven, heeft de Commissie er de voorkeur aan gegeven het Hof te adiëren.

12. De op grond van wet nr. 85-704 gesloten delegatieovereenkomsten vallen niet onder de Franse wet inzake overheidsopdrachten.¹⁰ Bij de keuze van de gedelegeerde opdrachtgever behoeft de opdrachtgever vooraf geen aanbesteding uit te schrijven. De gedelegeerde opdrachtgever valt daarentegen voor de overeenkomsten die hij in naam van de opdrachtgever aangaat, onder de Franse wet inzake overheidsopdrachten.¹¹ De vraag rijst of de overeenkomstig wet nr. 85-704 gesloten delegatieovereenkomsten moeten voldoen aan de beginselen van aanbesteding en voorafgaande bekendmaking die voortvloeien uit richtlijn 92/50 en de bepalingen van het Verdrag betreffende het vrij verrichten van diensten.

14. De grieven van de Commissie spitsen zich toe op twee punten. Enerzijds valt de delegatieovereenkomst zoals deze door de Franse wet wordt gedefinieerd binnen de werkingssfeer van richtlijn 92/50 en is de betrokken regeling niet verenigbaar met de artikelen 8 en 9 van die richtlijn. Anderzijds is artikel 4 van de betrokken wet, in de gevallen dat richtlijn 92/50 niet van toepassing is, onverenigbaar met de bepalingen van het Verdrag betreffende het vrij verrichten van diensten omdat de delegatieovereenkomsten aan bepaalde rechtspersonen zijn voorbehouden.

13. Na de Franse Republiek bij brief van 31 mei 2000 om inlichtingen te hebben verzocht, heeft de Commissie, ontevreden met de haar gegeven antwoorden, op 25 juli 2001 een aanmaningsbrief gestuurd. De antwoorden van de Franse autoriteiten hebben de Commissie niet overtuigd zodat deze hun op 27 juni 2002 een met redenen omkleed advies heeft doen toekomen. Ofschoon de Franse Republiek heeft aange-

15. Voorzover richtlijn 92/50 van toepassing is, zal ik nagaan of zij in acht is genomen. In de tweede plaats zal ik onderzoeken of wet nr. 85-704 beantwoordt aan artikel 49 EG in de gevallen waarin de richtlijn niet van toepassing is.

¹⁰ — Dit volgde uit artikel 3, lid 7, van de wet op de overheidsopdrachten, aangenomen bij besluit nr. 2001-210 van 7 maart 2001 inzake de wet op de overheidsopdrachten (JORF van 8 maart 2001, blz. 3700). Zie dienaangaande Richer, I., *Le contrat de mandat au risque du droit administratif*, CJEG 1999, blz. 127. Deze bepaling is bij een arrest van de Conseil d'État (Frankrijk) van 8 maart 2003 nietig verklaard. De wet inzake de overheidsopdrachten, aangenomen bij besluit nr. 2004-15 van 7 januari 2004 (JORF van 8 januari 2004, blz. 703), houdt rekening met deze nietigverklaring; voortaan vallen ook delegatieovereenkomsten onder de wet.

¹¹ — Artikel 4, laatste alinea, van wet nr. 85-704.

II — Onverenigbaarheid van wet nr. 85-704 met richtlijn 92/50

16. Teneinde na te gaan of, zoals de Commissie in haar beroep stelt, artikel 4 van wet nr. 85-704 onverenigbaar is met de

bepalingen van richtlijn 92/50, zal ik in de eerste plaats onderzoeken of de in die wet bedoelde situaties binnen de werkingssfeer van de richtlijn vallen.

A — Valt de delegatieovereenkomst zoals gedefinieerd bij wet nr. 85-704 binnen de werkingssfeer van richtlijn 92/50?

17. Het geschil van partijen heeft voornamelijk betrekking op de vraag of delegatieovereenkomsten zoals gedefinieerd bij wet nr. 85-704 binnen de materiële werkingssfeer van richtlijn 92/50 vallen. De werkingssfeer van deze richtlijn is gedefinieerd in artikel 1. Teneinde vast te stellen of sprake is van een eventuele niet-nakoming, zal ik derhalve eerst onderzoeken of de delegatieovereenkomst zoals gedefinieerd bij wet nr. 85-704, voldoet aan de criteria van artikel 1, sub a, van richtlijn 92/50.

18. Deze bepaling definieert „overheidsopdrachten voor dienstverlening” als „schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel, die zijn gesloten tussen een dienstverlener enerzijds en een aanbestedende dienst anderzijds”. Aan deze voorwaarde lijkt in casu te zijn voldaan.

19. In de eerste plaats zijn aanbestedende diensten in de zin van artikel 1, sub b, van de

richtlijn „de Staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen, verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen”. De publiekrechtelijke instellingen worden in hetzelfde artikel op basis van hun functie gedefinieerd als „iedere instelling die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, andere dan die van industriële of commerciële aard” en die wordt gecontroleerd door de staat, hetzij doordat deze houder is van het grootste gedeelte van het kapitaal hetzij doordat hij de raad van bestuur van de betrokken instelling kan aanwijzen. Volgens artikel 1 van wet nr. 85-704 zijn de personen die de functies van opdrachtgever kunnen uitoefenen, de staat en zijn openbare instellingen, de territoriale lichamen, hun openbare instellingen, de openbare instellingen voor stadsuitbreiding, hun verenigingen alsmede de gemengde corporaties. Volgens wet nr. 85-704 kunnen delegatieovereenkomsten ook worden gesloten door de particuliere instellingen genoemd in artikel L. 64 van het socialezekerheidswetboek en hun verenigingen en federaties, alsmede door de particuliere instellingen voor lage-huurwoningen en de gemengde vennootschappen voor door de Staat gesubsidieerde en door deze instellingen en vennootschappen gebouwde huurwoningen. Het staat buiten twiifel dat al deze organen aanbestedende diensten zijn in de zin van richtlijn 92/50.

20. In de tweede plaats volgt uit artikel 5 van wet nr. 85-704 dat elke delegatieovereenkomst schriftelijk moet worden aangegaan. Aan de tweede voorwaarde van artikel 1, sub a, van richtlijn 92/50 is derhalve voldaan.

21. In de derde plaats voorziet artikel 5 van de wet op straffe van nietigheid van de delegatieovereenkomst in een vergoeding van de gedelegeerde opdrachtgever. De gedelegeerde opdrachtgeving is derhalve een overeenkomst onder bezwarende titel.

22. In de vierde plaats lijken de aan de gedelegeerde opdrachtgever toevertrouwde taken, zoals deze zijn beschreven in artikel 4 van die wet, te bestaan in het verrichten van diensten.

23. Uit een eerste analyse op basis van deze criteria blijkt dat de delegatieovereenkomst in de zin van de Franse wet een overheidsopdracht voor dienstverlening is in de zin van artikel 1, sub a, van richtlijn 92/50.

24. De Franse Republiek voert echter twee argumenten tegen deze kwalificatie aan. Zij betoogt in de eerste plaats dat de delegatieovereenkomst, zoals gedefinieerd bij wet nr. 85-704, gelet op haar talrijke specifieke kenmerken niet als een overheidsopdracht voor dienstverlening kan worden beschouwd. Bovendien is zij van mening dat de redenering van het Hof in het arrest *Ordine degli Architetti e.a.*¹², die naar analogie kan worden toegepast, eveneens tot gevolg heeft dat de delegatieovereenkomst in de zin van wet nr. 85-704 buiten de werkingssfeer van richtlijn 92/50 valt.

1. Impliceert de gedelegeerde opdrachtgeving een overdracht van openbaar gezag?

25. Volgens de verwerende staat verschilt de gedelegeerde opdrachtgeving in meerdere opzichten van een overeenkomst tot het verrichten van diensten. De essentie van de delegatie is naar zijn mening hierin gelegen, dat zij aan de gedelegeerde opdrachtgever de bevoegdheid verleent om de opdrachtgever te vertegenwoordigen. Deze vertegenwoordigende functie is onlosmakelijk verbonden met de andere aan de gedelegeerde opdrachtgever toegekende bevoegdheden. Zo is de gedelegeerde opdrachtgever belast met een taak van algemeen belang en heeft hij zelfs beslissingsbevoegdheid, die hij deelt met de opdrachtgever. De betrekkingen tussen de opdrachtgever en de gedelegeerde opdrachtgever zijn van geheel andere aard dan die welke voortvloeien uit een commerciële overeenkomst. Deze specifieke kenmerken staan, gezamenlijk beschouwd, eraan in de weg dat een delegatieovereenkomst met een overeenkomst voor het verrichten van diensten wordt gelijkgesteld.

26. De Commissie betwist al deze punten. Volgens haar volstaat het feit dat diensten worden verricht in het kader van een delegatieovereenkomst niet om deze buiten de werkingssfeer van richtlijn 92/50 te doen vallen. Zo vallen bijvoorbeeld de tussen een raadsman en zijn cliënt gesloten lastgevingsovereenkomsten onder de genoemde richtlijn op grond van punt 21 van haar bijlage I B. Deze analyse stemt bovendien overeen met die van de *Conseil d'État* (Frankrijk) in zijn arrest van 5 maart 2003¹³, waarin deze

12 -- Arrest van 12 juli 2001 (C-399/98, Jurispr. blz. I-5409).

13 -- Zaak nr. 233372, *Union nationale des services publics et industriels et commerciaux e.a.*

heeft geoordeeld dat een algemene en systematische uitsluiting van delegatieovereenkomsten van het Franse wetboek inzake overheidsopdrachten niet verenigbaar is met richtlijn 92/50. Ten slotte sluit het bestaan van overwegingen van algemeen belang evenmin de kwalificatie als dienstverleningsopdracht in de zin van de richtlijn uit, aangezien dergelijke overwegingen heel vaak een rol spelen in overeenkomsten die onder de richtlijn vallen.¹⁴ Volgens de Commissie lijkt derhalve geen van de door de Franse Republiek aangevoerde specifieke kenmerken de onderhavige overeenkomst van de werkingssfeer van richtlijn 92/50 te kunnen uitsluiten.

27. De eerste vraag die moet worden beantwoord, heeft betrekking op de aard van de tussen de opdrachtgever en de gedelegeerde opdrachtgever gesloten overeenkomst. Ofschoon het in beginsel voor de gemeenschapsrechtelijke kwalificatie niet van belang is hoe het nationale recht een tussen een aanbestedende dienst en een dienstverlener gesloten overeenkomst kwalificeert, dient er op te worden gewezen dat de richtlijn alleen van toepassing is op „opdrachten” voor dienstverlening, waarbij met name concessies van openbare diensten zijn uitgesloten.

28. Zonder te stellen dat de onderhavige contractsverhouding vergelijkbaar is met een concessie¹⁵, betoogt de Franse Republiek dat

niettemin sprake is van overdracht van de uitoefening van het openbaar gezag door de opdrachtgever aan de gedelegeerde opdrachtgever. Zij tracht aldus het Hof ertoe aan te zetten de rechtspraak inzake de concessie op parallelle wijze toe te passen op de gedelegeerde opdrachtgeving. Uit een onderzoek van de rechtspraak volgt namelijk dat juist een dergelijke overdracht van openbaar gezag aan de concessiehouder de uitsluiting van de werkingssfeer van richtlijn 92/50 rechtvaardigt. Ik zal eerst de communautaire rechtspraak betreffende concessies uiteenzetten en vervolgens nagaan of deze eventueel kan worden toegepast op de in casu aan de orde zijnde delegatieovereenkomst.

29. Terwijl concessieovereenkomsten voor openbare werken met zoveel woorden vallen onder 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 werken¹⁶, worden concessies van diensten niet geregeld bij richtlijn 92/50. Het Hof heeft vastgesteld dat deze niet onder haar werkingssfeer vallen.¹⁷ Ook richtlijn

14 — Zie dienaangaande arrest van 5 december 1989, *Commissie/Italië* (C-3/88, Jurispr. blz. I-4035).

15 — Verschillende in het Franse recht bestaande soorten overeenkomsten tot uitbesteding van overheidsdiensten kunnen vanuit gemeenschapsrechtelijk oogpunt met concessies worden gelijkgesteld. De uitdrukking concessie is in het gemeenschapsrecht omvattender dan in het Franse recht.

16 — Artikel 3 van richtlijn 93/37 (PB L 199, blz. 54); laatstelijk gewijzigd bij richtlijn 2001/78/EG van de Commissie van 13 september 2001 tot wijziging van bijlage IV van richtlijn 93/36/EEG van de Raad, van de bijlagen IV, V en VI van richtlijn 93/37/EEG van de Raad, van de bijlagen III en IV van richtlijn 92/50/EEG van de Raad, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52/EG, alsmede van de bijlagen XII-XV, XVII en XVIII van richtlijn 93/38/EEG van de Raad, zoals gewijzigd bij richtlijn 98/4/EG (richtlijn over het gebruik van de standaardformulieren bij de bekendmaking van aankondigingen van overheidsopdrachten) (PB L 285, blz. 1).

17 — Arrest van 7 december 2000, *Telaustria en Telefonadress* (C-324/98, Jurispr. blz. I-10745, punt 48), en beschikking van 30 mei 2002, *Buchhändler-Vereinigung* (C-358/00, Jurispr. blz. I-4685, punten 27 en 28).

2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten¹⁸, die met name richtlijn 92/50 vervangt, sluit concessieovereenkomsten voor diensten van haar werkingssfeer uit.

30. Het criterium om uit te maken of sprake is van een concessie is weliswaar niet in wettelijke bepalingen vastgelegd, maar kan worden vastgesteld op basis van de definitie van richtlijn 93/37.¹⁹ In haar interpretatieve mededeling over concessieovereenkomsten in het communautaire recht²⁰, probeert de Commissie ook een definitie van dit begrip uit te werken en opteert zij voor het exploitatierisico als beslissend criterium. Richtlijn 2004/18 ruimt in dit verband elke onzekerheid uit de weg aangezien zij een concessieovereenkomst voor diensten in artikel 1, lid 4, definieert als „een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor diensten met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de te verlenen diensten bestaat hetzij uit uitsluitend het recht de dienst te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs”.

18 — PB L 134, blz. 114. Artikel 17 van deze richtlijn bepaalt namelijk dat „deze richtlijn niet van toepassing [is] op concessieovereenkomsten voor diensten”.

19 — Artikel 1, sub d, van richtlijn 93/37 definieert een concessieovereenkomst voor openbare werken als „een overeenkomst met dezelfde kenmerken als die bedoeld sub a, met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de uit te voeren werken bestaat uit hetzij uitsluitend het recht het werk te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs”.

20 — PB 2000 C 121, blz. 2.

31. Het Hof heeft in het arrest BFI Holding vastgesteld dat een overeenkomst die in het nationale recht als concessie wordt gekwalificeerd en betrekking heeft op het ophalen van huishoudelijk afval, binnen de werkingssfeer van richtlijn 92/50 kan vallen.²¹ Daarbij heeft het Hof zich, zonder zich door de nationale kwalificatie te laten beïnvloeden, uitsluitend doen leiden door de bepalingen van artikel 1 van richtlijn 92/50.

32. In zijn conclusie in de zaak Telaustria en Telefonadress heeft advocaat-generaal Fennelly voorgesteld in de eerste plaats de omstandigheid in aanmerking te nemen dat „de concessiehouder zelf het grootste [...] economische risico [...] heeft te dragen”.²² Het feit dat de concessieovereenkomst is gesloten ten behoeve van derde gebruikers is volgens hem een subsidiair criterium en het is volgens hem niet vereist dat de betrokken dienst het algemeen belang dient. In die zaak heeft het Hof het begrip concessie niet precies afgebakend maar geoordeeld dat daarvan sprake is wanneer „de tegenprestatie van de eerstgenoemde onderneming aan de laatstgenoemde inhoudt, dat de verkrijgde als beloning het recht verkrijgt om haar eigen prestatie te exploiteren”.²³

21 — Arrest BFI Holding, reeds aangehaald. Advocaat-generaal La Pergola had de situatie anders beoordeeld: „Al met al is mijns inziens ARA geen „derde” 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 sfeer 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. Kortom, naar mijn mening kan de betrekking tussen de gemeenten en ARA niet worden beschouwd als een overheidsopdracht in de zin van de richtlijn” (punt 38 van de conclusie).

22 — Conclusie van advocaat-generaal Fennelly van 18 mei 2000 in de zaak Telaustria en Telefonadress (reeds aangehaald, punt 30).

23 — Arrest Telaustria en Telefonadress, reeds aangehaald, punt 58.

33. Bij de beoordeling van de lottoconcessie in Italië²⁴ heeft het Hof geoordeeld dat bij gebreke van overdracht van verantwoordelijkheid aan de concessiehouder die concessie moest worden beschouwd als een overeenkomst die valt onder richtlijn 77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor levering.²⁵

34. Het criterium betreffende de beloning van de concessiehouder kan niet worden toegepast op de delegatieovereenkomst. Er kan immers geen exploitatierecht bestaan in het kader van een gedelegeerde opdrachtgeving. Daarentegen moet worden nagegaan of de delegatieovereenkomst een overdracht van openbaar gezag door de opdrachtgever aan de gedelegeerde opdrachtgever tot gevolg heeft. Dit zou een aanwijzing zijn dat een dergelijke overeenkomst inderdaad niet een opdracht in de zin van richtlijn 92/50 is. Daarentegen moet het betoog van de Franse Republiek worden verworpen wanneer van een dergelijke overdracht geen sprake is.

35. Het probleem van het onderhavige geval ligt in het specifieke karakter van de delegatieovereenkomst, krachtens welke de gedelegeerde opdrachtgever de opdrachtgever vertegenwoordigt. Het op dit specifieke karakter gebaseerde argument van de verwerende staat kan evenwel niet slagen, aangezien de

gedelegeerde opdrachtgeving zoals gedefinieerd bij wet nr. 85-704 niet alleen een overeenkomst is waarbij de gedelegeerde zich verbindt om de opdrachtgever te vertegenwoordigen. Zoals blijkt uit de gevarieerde lijst van taken die overeenkomstig artikel 3 van die wet aan de gedelegeerde opdrachtgever kunnen worden opgedragen, verleent laatstgenoemde daarnaast nog ondersteunende diensten aan de opdrachtgever.²⁶

36. De Franse Republiek betoogt dat de twee door de gedelegeerde opdrachtgever uitgevoerde functies onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden. Het feit evenwel dat artikel 3 van wet nr. 85-704 slechts een indicatieve lijst bevat van functies die aan de gedelegeerde opdrachtgever kunnen worden toevertrouwd, verzet zich tegen de uitlegging van de verwerende staat. Volgens deze wetsbepaling kan de opdrachtgever perfect een beroep doen op een derde om bepaalde diensten te verlenen en aan de gedelegeerde opdrachtgever alleen de vertegenwoordigende functies toevertrouwen. Het staat hem anderzijds ook vrij om alle in artikel 3 van die wet opgesomde taken aan eenzelfde persoon toe te vertrouwen. Zijn handelingsvrijheid wordt slechts beperkt door artikel 2 van die wet, dat hem verbiedt zich aan de functie van „hoofdverantwoordelijke voor het bouwwerk” te onttrekken. De aan de opdrachtgever gelaten keuzevrijheid met betrekking tot de taken die hij al dan niet aan de gedelegeerde opdrachtgever wenst toe te vertrouwen, toont aan dat het zonder meer mogelijk is de diverse taken die op deze laatste kunnen rusten te scheiden: enerzijds de taken die overeenkomen met dienstverrichtingen, anderzijds de taken die een vertegenwoordiging van de opdrachtgever inhouden.

24 — Arrest van 26 april 1994, Commissie/Italië (C-272/91, Jurispr. blz. I-1409, punt 24).

25 — PB 1977, L 13, blz. 1, gewijzigd bij richtlijn 88/295/EEG van de Raad van 22 maart 1988 tot wijziging van richtlijn 77/62/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, alsmede tot intrekking van sommige bepalingen van richtlijn 80/767/EEG (PB L 127, blz. 1).

26 — Bijvoorbeeld de vaststelling van de administratieve en technische voorwaarden voor de planning en de uitvoering van het bouwwerk, of het toezicht op de nakoming van de uitvoerings- en de bouwovereenkomst.

37. Aangezien het mogelijk is onderscheid te maken tussen twee soorten taken die aan de gedelegeerde opdrachtgever kunnen worden toevertrouwd, is er geen enkel bezwaar deze twee soorten eventueel aan een verschillende regeling te onderwerpen. De diensten die worden verricht in het kader van de uitvoering van een gedelegeerde opdrachtgeving beantwoorden aan het begrip overheidsopdrachten voor dienstverlening in de zin van artikel 1, sub a, van richtlijn 92/50. Bijgevolg zal een overeenkomstig wet nr. 85-704 tot stand gekomen gedelegeerde opdrachtgeving, althans voorzover zij dienstverrichtingen omvat, onderworpen zijn aan de voorschriften van die richtlijn.

38. Ik ga nu over tot het onderzoek van de tweede categorie taken van de gedelegeerde opdrachtgever, teneinde vast te stellen of deze buiten de werkingssfeer van de richtlijn kunnen vallen omdat zij een overdracht van overheidsgezag impliceren. De gedelegeerde opdrachtgever vertegenwoordigt de opdrachtgever in twee gevallen: bij de ondertekening van de uitvoeringsovereenkomst en bij de ondertekening van de aannemingsovereenkomst, enerzijds, en bij de uitbetaling van de vergoeding van de geselecteerde dienstverrichters en aannemers, anderzijds.

39. De gedelegeerde opdrachtgever is weliswaar bevoegd de uitvoerings- en aannemingsovereenkomsten namens de opdrachtgever te ondertekenen, maar kan dit niet doen alvorens daartoe de goedkeuring van laatstgenoemde te hebben verkregen.²⁷ Er

27 — De gedelegeerde opdrachtgever kan zich daarentegen niet verzetten tegen een beslissing van de opdrachtgever.

kan dan ook geen sprake zijn van een werkelijke overdracht van overheidsgezag omdat de gedelegeerde deze beslissingen niet op eigen houtje kan nemen.

40. Wat de betaling van de vergoeding aan de dienstverrichters en aannemers betreft, wordt de financiering hiervan door de opdrachtgever verzekerd zodat de gedelegeerde opdrachtgever ook op dit gebied geen handelingsvrijheid bezit. Hij schiet enkel middelen voor, die de opdrachtgever hem zal terugbetalen.

41. Daaruit volgt dat, ofschoon de gedelegeerde bepaalde rechtshandelingen namens de opdrachtgever kan verrichten, hij bij het verrichten van die handelingen onvoldoende zelfstandig handelt om te kunnen concluderen dat openbaar gezag is overgedragen.²⁸ Het argument van de Franse Republiek betreffende het specifieke karakter van de gedelegeerde opdrachtgeving dient dan ook te worden verworpen en deze overeenkomst is in haar geheel aan richtlijn 92/50 onderworpen.

2. De eventuele invloed van het arrest Ordine degli Architetti e.a.

42. De Franse Republiek is van mening dat de redenering die is gevolgd in het reeds aangehaalde arrest Ordine degli Architetti

28 — Zie voor het gebrek aan zelfstandigheid van een erkende commissaris ten opzichte van de Controledienst voor de Verzekeringen, arrest van 13 juli 1993, Thijssen (C-42/92, Jurispr. blz. I-4047, punten 20-22). Zie eveneens arresten van 5 december 1989 en 26 april 1994, Commissie/Italië, reeds aangehaald.

e.a. naar analogie van toepassing is en tot gevolg heeft dat alle delegatieovereenkomsten buiten de werkingssfeer van de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten vallen. In die zaak had een Italiaanse rechterlijke instantie het Hof gevraagd naar de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van een nationale wet volgens welke de aanvrager van een bouwvergunning geheel of gedeeltelijk kan worden vrijgesteld van de betaling van een wegens de verlening van deze vergunning verschuldigde bijdrage wanneer hij in eigen beheer een infrastructurele voorziening aanlegt (bijvoorbeeld straten, parkeerplaatsen of gasleidingnetten).

43. Na te hebben vastgesteld dat de uitvoering van deze werken onder richtlijn 93/37 valt, kwam het Hof tot de conclusie dat een nationale bepaling als de betrokkene onverenigbaar is met de genoemde richtlijn wanneer de waarde van het betrokken werk meer bedraagt dan de in die richtlijn vastgestelde drempel.²⁹ Met andere woorden, het Hof was van oordeel dat de overeenkomst tussen de gemeente en de eigenaar van een grond die een bouwvergunning aanvraagt, binnen de werkingssfeer van genoemde richtlijn valt. Alvorens deze conclusie te bereiken, maakte het Hof in punt 100 van het arrest het volgende voorbehoud: „Dat betekent niet, dat de richtlijn in geval van aanleg van een infrastructurele voorziening slechts wordt nageleefd, indien het gemeentebestuur zelf de in deze richtlijn omschreven aanbestedingsprocedure toepast. Het nuttig effect daarvan zou evengoed worden verzekerd, indien het gemeentebestuur op grond van de nationale wetgeving de exploitant-vergunninghouder door mid-

del van de met hem gesloten overeenkomst kon verplichten de overeengekomen werken uit te voeren volgens de in de richtlijn omschreven procedures, zulks ter vervulling van de verplichtingen die dienaangaande krachtens de richtlijn op het gemeentebestuur rusten. In dat geval moet de exploitant krachtens de met de gemeente gesloten overeenkomsten die hem vrijstellen van betaling van de bijdrage in de exploitatiekosten als tegenprestatie voor de aanleg van een openbare infrastructurele voorziening, worden beschouwd als houder van een uitdrukkelijke volmacht van de gemeente voor de aanleg van deze voorziening. Deze mogelijkheid dat de voorschriften van de richtlijn inzake bekendmaking worden toegepast door andere personen dan de aanbestedende dienst, is in artikel 3, lid 4, van de richtlijn uitdrukkelijk geregeld voor concessieovereenkomsten voor openbare werken.”

44. De Commissie en de Franse Republiek leggen deze passage op verschillende wijze uit.

45. De Franse Republiek tracht uit dit punt een algemene delegatietheorie af te leiden.³⁰ Volgens de door haar voorgestelde lezing van dit punt volstaat het voor de inachtneming van de voorschriften van richtlijn 93/37 of van richtlijn 92/50, dat de gedelegeerde opdrachtgever zelf aan deze richtlijnen is onderworpen. Wet nr. 85-704 zou bijgevolg

29 — Arrest *Ordine degli Architetti e.a.*, reeds aangehaald, punt 103.

30 — Ter terechtzitting heeft de Franse Republiek hieraan toegevoegd dat richtlijn 2004/18 in artikel 11 deze delegatietheorie overneemt en haar toepast op inkoopcentrales.

beantwoorden aan het gemeenschapsrecht, omdat zij op de door de gedelegeerde opdrachtgever gesloten overeenkomsten dezelfde regels van toepassing acht als op de door de opdrachtgever gesloten overeenkomsten.³¹

46. De Commissie poogt de verschillen vast te stellen tussen de zaak in het hoofdgeding en de zaak die leidde tot het arrest *Ordine degli Architetti* e.a. Zij merkt om te beginnen op dat het over verschillende richtlijnen gaat. Vervolgens beklemtoont zij dat in een geval als dat van het arrest *Ordine degli Architetti* e.a. de gemeente niet de gedelegeerde opdrachtgever kan kiezen, omdat deze noodzakelijkerwijs de bijdrageplichtige houder van de bouwvergunning is. Ten slotte voorziet de overeenkomst tussen de gemeente en de terreineigenaar die een bouwvergunning aanvraagt enkel in de aftrek van de verschuldigde bijdrage als tegenprestatie voor de aanleg van infrastructurele voorzieningen, en niet in enigerlei dienstverlening ten behoeve van de gemeente.

47. Gelet op een en ander komt het mij voor dat het arrest *Ordine degli Architetti* e.a. niet op de door de Franse Republiek gesuggererde wijze kan worden uitgelegd. Zoals de Commissie uiteenzet, is het nuttig effect van richtlijn 93/37 immers verzekerd zodra de door de eigenaar gesloten aanbestedingsovereenkomsten onder de voorschriften van

deze richtlijn vallen.³² Anders gezegd, het is voor de inachtneming van de doelstellingen van richtlijn 93/37 niet van belang of de aanbestedingsplichtige opdrachtgever de gemeente is dan wel de eigenaar die de bouwvergunning aanvraagt.

48. Indien men evenwel naar analogie zou aannemen dat de tussen de opdrachtgever en de gedelegeerde opdrachtgever gesloten dienstverleningsovereenkomst van de werkingssfeer van richtlijn 92/50 kan worden uitgesloten, zou men afbreuk doen aan het nuttig effect van die richtlijn. Anders dan in het geval dat door het Hof in de zaak *Ordine degli Architetti* e.a. is onderzocht, moet namelijk onderscheid worden gemaakt tussen de vertegenwoordigingstaken, zoals het ondertekenen van de overeenkomsten die namens de opdrachtgever worden gesloten, en de door de gedelegeerde opdrachtgever onder bezwarende titel voor de opdrachtgever verrichte diensten. Enkel op eerstgenoemde diensten zou het arrest *Ordine degli Architetti* e.a. eventueel kunnen worden toegepast. Indien er sprake was van een overdracht van openbaar gezag door de opdrachtgever aan de gedelegeerde opdrachtgever, zou men ervan kunnen uitgaan dat het voor het nuttig effect van richtlijn 92/50 volstaat dat deze richtlijn alleen op de gedelegeerde opdrachtgever van toepassing is. Wat daarentegen de dienstverrichtingen ten behoeve van de opdrachtgever betreft, kan het simpele feit dat zij zijn verricht in het kader van een delegatieovereenkomst niet beletten dat zij onder deze richtlijn vallen.

32 — De conclusie zou uiteraard anders luiden wanneer de eigenaar van het terrein die een bouwvergunning aanvraagt, voor de overeenkomsten die hij met de aannemers sluit, niet aan de verplichtingen van de richtlijn onderworpen zou zijn, omdat in dat geval de toepassing van de richtlijn volledig zou zijn uitgesloten, ook al gaat het bij de op te richten gebouwen om „openbare werken” in de zin van de richtlijn.

31 — Artikel 4, laatste alinea, van wet nr. 85-704.

49. Wat de vertegenwoordigingsactiviteiten van de gedelegeerde opdrachtgever betreft, deze kunnen, nu van een overdracht van openbaar gezag geen sprake is, slechts met dienstverrichtingen worden gelijkgesteld. Aangezien niets zich er tegen verzet dat de opdrachtgever op grond van een aanbestedingsovereenkomst en niet op grond van een delegatieovereenkomst een dienstverrichter dezelfde ondersteunende taken opdraagt als door een gedelegeerde opdrachtgever kunnen worden verricht, kan bovendien niet worden betwijfeld dat richtlijn 92/50 op de gedelegeerde opdrachtgeving van toepassing is. Aangezien de kwalificatie van een overeenkomst volgens het nationale recht er niet toe kan leiden dat de toepasselijkheid van het gemeenschapsrecht wordt omzeild, is richtlijn 92/50 van toepassing op diensten die de gedelegeerde ten behoeve van de opdrachtgever verricht, zonder dat de kwalificatie van de contractuele verhouding volgens het nationale recht daarop van enige invloed kan zijn.

50. Ook al zou de delegatieovereenkomst zoals zij in de Franse wet is gedefinieerd buiten de werkingssfeer van de richtlijn vallen, is zij hoe dan ook, zoals wij meer in detail in het derde deel zullen zien, onderworpen aan de voorschriften betreffende het vrij verrichten van diensten,.

B — Onverenigbaarheid van artikel 4 van wet nr. 85-704 met richtlijn 92/50

51. Nu de delegatieovereenkomst in de zin van wet nr. 85-704 binnen de werkingssfeer

van richtlijn 92/50 valt, moet worden nagegaan of de Franse tekst met die richtlijn verenigbaar is. Artikel 4 van wet nr. 85-704, dat het voorwerp van dit beroep is, bepaalt dat de functie van gedelegeerde opdrachtgever alleen kan worden verleend aan limitatief opgesomde categorieën van publiekrechtelijke rechtspersonen naar Frans recht.

52. Dit lijkt duidelijk in strijd te zijn met de doelstelling van richtlijn 92/50, alle dienstverrichters gelijke toegang tot openbare aanbestedingen te verlenen.³³ Het Hof heeft namelijk met betrekking tot richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken³⁴ geoordeeld dat, „ook al wordt in de richtlijn het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers niet uitdrukkelijk genoemd, de verplichting om dit beginsel te eerbiedigen, niettemin volgt uit de hoofddoelstelling van deze richtlijn”³⁵ Deze vaststelling geldt ook voor richtlijn 92/50. Artikel 4 van wet nr. 85-704 is derhalve kennelijk in strijd met het beginsel dat inschrijvers gelijk moeten worden behandeld, aangezien de gedelegeerde opdrachtgeving uitsluitend is voorbehouden aan bepaalde categorieën van publiekrechtelijke rechtspersonen.

33 — Zie inzonderheid de twintigste overweging van de considerans van de richtlijn.

34 — PB L 185, blz. 5.

35 — Arrest Hof van 22 juni 1993, Commissie/Denemarken (C-243/89, Jurispr. blz. I-3353, punt 33). Zie eveneens punt 18 van de conclusie van advocaat-generaal Tesouro in die zaak: „Dienaangaande heeft immers nauwelijks te worden beklemtoond, dat bij de aanbesteding van een overheidsopdracht, juist omdat het om een mededingingsprocedure gaat, de gelijkheid van alle deelnemers aan deze procedure moet worden gewaarborgd: anders zou het niet gaan om een aanbesteding van een overheidsopdracht maar eerder om een onderhandeling in de particuliere sfeer. Kortom, de gelijke behandeling ligt ten grondslag aan elke regeling van aanbestedingsprocedures voor overheidsopdrachten, in zoverre zij daarvan de essentie zelf vormt.”

53. Bovendien schrijft wet nr. 85-704 geen voorafgaande aanbesteding voor het sluiten van een delegatieovereenkomst voor, zodat de opdrachtgever geheel vrij kan kiezen binnen de categorie van publiekrechtelijke rechtspersonen aangegeven in artikel 4 van die wet, zelfs wanneer de waarde van de betrokken dienstverrichtingen de bij artikel 13 van richtlijn 92/50 vastgestelde drempel overschrijdt.

geerde opdrachtgeving van toepassing is, volstaat in het onderhavige geval de constatering dat de gewraakte wet niet in een aanbestedingsprocedure voor het selecteren van de gedelegeerde opdrachtgever voorziet. Op grond hiervan dient te worden vastgesteld dat wet nr. 85-704 niet verenigbaar is met de artikelen 8 en 9 van richtlijn 92/50, ongeacht of de dienstverrichtingen die aan de gedelegeerde opdrachtgever worden toevertrouwd onder bijlage I A dan wel bijlage I B vallen.

54. Zoals ik hierboven al heb gesteld, verschillen de verplichtingen tot aanbesteding en voorafgaande bekendmaking naargelang de voor de aanbestedende dienst te verrichten diensten voorkomen in de lijst van bijlage I A of bijlage I B van richtlijn 92/50. Welke regeling op een bepaalde dienst van toepassing is, wordt dus bepaald door de categorie waaronder deze valt. Voor opdrachten die betrekking hebben op de diensten genoemd in bijlage I B gelden minder strenge vereisten dan voor die genoemd in bijlage I A. Voor gemengde contracten bepaalt artikel 10 van richtlijn 92/50: „De opdrachten die tegelijk betrekking hebben op in bijlage I A en in bijlage I B vermelde diensten, worden overeenkomstig de bepalingen van de titels III tot en met VI geplaatst indien de waarde van de in bijlage I A vermelde diensten hoger is dan die van de diensten welke in bijlage I B zijn vermeld, en, zo niet, overeenkomstig de artikelen 14 en 16.”

56. Ook al is de classificatie van de door de gedelegeerde opdrachtgever verrichte diensten van weinig invloed op de verenigbaarheid van de nationale wet met richtlijn 92/50, een verduidelijking ter zake is gewenst omdat partijen tegengestelde opvattingen verdedigen.³⁶ De verwerende staat betoogt subsidiair dat de door de gedelegeerde opdrachtgever verrichte diensten in wezen overeenkomen met diensten van juridische aard in de zin van punt 21 van bijlage I B van richtlijn 92/50, en in de tweede plaats met administratieve taken zoals de voorbereiding van de aanbestedings- en gunningsprocedures en boekhoudkundige verrichtingen, die vallen onder categorie 27 (andere diensten) van die bijlage. De Commissie is van mening dat de gedelegeerde opdrachtgever voornamelijk bouwkundige en technische diensten in de zin van punt 12 van bijlage I A verricht. De louter vertegenwoordigende functies van de gedelegeerde opdrachtgever vallen volgens de Commissie onder punt 27 van bijlage I B van richtlijn 92/50, „Andere diensten”.

55. Zonder dat zelfs maar hoeft te worden nagegaan welke procedure op de gedele-

36 — Bovendien heeft deze kwestie consequenties ten aanzien van de verenigbaarheid van wet nr. 85-704, zoals gewijzigd bij besluit nr. 2004-566 van 17 juni 2004, met richtlijn 92/50.

57. Te oordelen naar het in punt 9 van deze conclusie aangehaalde artikel 3 van wet nr. 85-704, waarin de taken zijn vermeld die aan de gedelegeerde opdrachtgever kunnen worden toegewezen, kan bezwaarlijk worden gesteld, zoals de Commissie doet, dat de aan de gedelegeerde opdrachtgever toevertrouwde taken uitsluitend bestaan in het ontwerpen van architectonische plannen of in technische diensten in de zin van categorie 12 van bijlage I A, ook al lijken de „[v]aststelling van de administratieve en technische voorwaarden voor de planning en de uitvoering van het bouwwerk”³⁷ alsmede de „[a]nvaarding van de bouwwerken”³⁸ onder die categorie te vallen. Elk geval dient afzonderlijk te worden onderzocht. De opdrachtgever kan overeenkomstig artikel 10 van richtlijn 92/50 bepalen welke regeling op de betrokken gedelegeerde opdrachtgeving van toepassing is, aangezien het wegens de verscheidenheid van de voorwerpen van dergelijke overeenkomsten niet mogelijk is deze aan een uniforme regeling te onderwerpen.³⁹

58. Gelet op deze overwegingen dient te worden vastgesteld dat artikel 4 van de betrokken wet onverenigbaar is met de artikelen 8 en 9 van richtlijn 92/50.⁴⁰ Voor de gevallen waarin de richtlijn niet van toepassing is, moet tot slot worden nagegaan of artikel 4 van wet nr. 85-704 beantwoordt aan het beginsel van het vrij verrichten van diensten.

37 — Artikel 3, sub 1, van wet nr. 85-704.

38 — Artikel 3, sub 6, van wet nr. 85-704.

39 — Arrest van 14 november 2002, Felix Swoboda (C-411/00, Jurispr. blz. I-10567).

40 — Ingevolge artikel 2, lid 2, van de Franse wet inzake overheidsopdrachten, zoals vastgesteld bij besluit nr. 2004-15 van 7 januari 2004 (JORE, blz. 703), vallen „de overeenkomsten die worden gesloten op grond van een door een van de in lid 1 van dit artikel genoemde publiekrechtelijke rechtspersonen verstrekte lastgeving” onder de bepalingen van deze wet.

III — Onverenigbaarheid van artikel 4 van wet nr. 85-704 met artikel 49 EG

59. Men kan zich afvragen wat het belang is van een cumulatieve toepassing van de artikelen van het Verdrag betreffende de vrijheid van dienstverrichting en de vrijheid van vestiging tezamen met de richtlijnen inzake overheidsopdrachten, in casu richtlijn 92/50. Het spreekt evenwel voor zich dat de bepalingen van het Verdrag betreffende het vrije verkeer van toepassing zijn op alle overheidsopdrachten die buiten de werkingssfeer van de richtlijnen vallen.⁴¹ Evenzeer blijven de overeenkomsten die buiten de werkingssfeer van richtlijn 92/50 vallen, zoals concessieovereenkomsten, onderworpen aan de algemene voorschriften van het Verdrag.⁴² Bijgevolg dient voor het geval dat de gedelegeerde opdrachtgeving beneden de financiële drempels van richtlijn 92/50 zou blijven⁴³ of onder een uitzondering op die richtlijn zou vallen, te worden vastgesteld of artikel 4 van de betrokken wet in overeenstemming is met artikel 49 EG.

60. Volgens de Franse Republiek is artikel 49 EG niet van toepassing op het onderhavige geval, omdat de gedelegeerde opdrachtgever geen diensten verricht. Anders dan een dienstverrichter neemt de gedelegeerde

41 — Arrest van 9 juli 1987, CEI e.a. (27/86-29/86, Jurispr. blz. 3347, punt 15), en beschikking van 3 december 2001, Vestergaard (C-59/00, Jurispr. blz. I-9505, punten 19-21).

42 — Arrest van 9 september 1999, RLSAN. (C-108/98, Jurispr. blz. I-5219, punt 20), en arrest Telaustria en Telefonadress, reeds aangehaald, punt 60. Zie eveneens Cassia, P., *Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement*, RTDEur. 2002, blz. 413.

43 — Artikel 7 van richtlijn 92/50.

opdrachtgever deel aan de uitoefening van taken van algemeen belang, treedt hij op als vertegenwoordiger van een publiekrechtelijke rechtspersoon en beschikt hij over overgedragen bevoegdheden, waaronder een beslissingsbevoegdheid.

61. Zoals hierboven al uiteengezet, is er evenwel niets in te brengen tegen de kwalificatie van de door de gedelegeerde opdrachtgever verrichte taken als dienstverrichtingen.

62. Voorts herhaalt de verwerende staat zijn op het arrest *Ordine degli Architetti e.a.* gebaseerde betoog en acht hij zijn wetgeving in overeenstemming met artikel 49 EG, aangezien de gedelegeerde opdrachtgever voor de overeenkomsten die hij namens de opdrachtgever sluit, onderworpen is aan de voorschriften voor overheidsopdrachten.

63. De lezing die de Franse Republiek van dit arrest geeft is niet overtuigend. Zoals hierboven al uiteengezet, beperkt de gedelegeerde opdrachtgever er zich immers niet toe overeenkomsten voor rekening van de opdrachtgever af te sluiten, maar verricht hij voor deze laatste eveneens talrijke betaalde diensten. De kritiek van de Commissie heeft uitsluitend betrekking op deze contractuele verhouding in het kader waarvan de gedelegeerde opdrachtgever in werkelijkheid een dienstverrichter is. Het arrest *Ordine degli Architetti e.a.* heeft echter slechts betrekking op de lastgeving *sensu stricto*, dat wil zeggen op de situatie waarin de gedelegeerde opdrachtgever zich ertoe

beperkt op te treden voor rekening van degene die hij vertegenwoordigt. Bovendien sluit dit arrest geenszins uit dat een delegatieovereenkomst wordt geacht betrekking te hebben op het verrichten van diensten. Wanneer de gedelegeerde opdrachtgever eveneens handelt als een dienstverrichter, valt hij als zodanig onder artikel 49 EG.

64. De omstandigheid dat het recht om krachtens artikel 4 van wet nr. 85-704 overeenkomsten ter zake van de uitvoering van werken te sluiten is voorbehouden aan bepaalde publiekrechtelijke rechtspersonen, vormt een inbreuk op het vrij verrichten van diensten. Ofschoon de litigieuze bepaling niet uitdrukkelijk verwijst naar de nationaliteit van de in aanmerking komende dienstverrichters, is het zo goed als onmogelijk voor een onderneming van een andere lidstaat om het juridisch statuut van een Franse publiekrechtelijke rechtspersoon te verkrijgen.⁴⁴

65. Sterker nog, zelfs wanneer een buitenlandse onderneming zou kunnen behoren tot één van de categorieën rechtspersonen genoemd in artikel 4 van de betrokken wet, zou het in strijd zijn met het beginsel van het vrij verrichten van diensten van haar te eisen dat zij haar juridisch statuut wijzigt om de betrokken diensten te kunnen verrichten.

⁴⁴ – Arresten van 5 december 1989, *Commissie/Italië*, reeds aangehaald, en 26 april 1994, *Commissie/Italië*, reeds aangehaald. Op het gebied van het vrije verkeer van goederen volgt het Hof dezelfde redenering: arrest van 20 maart 1990, *Du Pont de Nemours Italiana* (C-21/88, *Jurispr.* blz. 1 889). Zie over dit onderwerp eveneens de studie van Noguellou, R., „La délégation de maîtrise d'ouvrage publique face au droit communautaire: un conflit latent”, in *Problèmes actuels de droit communautaire*, I.G.D.J., 1998.

Zoals advocaat-generaal Lenz in punt 22 van zijn conclusie in zaak C-360/89, Commissie/Italië⁴⁵ beklemtoont: „De ondernemingsvrijheid, die artikel 59 juist beoogt te beschermen, impliceert, dat [...] van die stap kan worden afgezien.”

66. Kortom, artikel 4 van wet nr. 85-704 vormt een belemmering van het vrij verrichten van diensten doordat het tot gevolg heeft dat de overeenkomsten betreffende de in artikel 3 van die wet genoemde diensten worden voorbehouden aan dienstverrichters van Franse nationaliteit.

67. Nu is vastgesteld dat wet nr. 85-704 niet verenigbaar is met artikel 49 EG, rijst de vraag naar de eventuele toepassing van artikel 45, eerste alinea, EG, luidende: „De bepalingen van dit hoofdstuk zijn, wat de betrokken lidstaat betreft, niet van toepassing op de werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag in deze staat, zelfs indien deze slechts voor een bepaalde gelegenheid geschieden.” De Commissie gaat na of deze uitzondering van toepassing is en komt tot de conclusie dat dit niet het geval is. Na eraan te hebben herinnerd dat deze uitzondering strikt moet worden uitgelegd en slechts „de activiteiten [betreft] die op zichzelf een rechtstreekse deelname aan de uitoefening van het openbaar gezag impliceren”⁴⁶, constateert zij dat de aan de gedelegeerde opdrachtgever toevertrouwde taken van wezenlijk technische aard zijn en als zodanig niet aan deze definitie beantwoorden.

68. Ook op de activiteiten waarbij de gedelegeerde opdrachtgever de opdrachtgever vertegenwoordigt, zoals de ondertekening van de uitvoerings- en de bouwovereenkomst en de vergoeding van de aannemers en de dienstverrichters, is artikel 45 EG volgens de Commissie niet van toepassing. De ondertekening van overeenkomsten is afhankelijk van de instemming van de opdrachtgever, zodat volgens de Commissie niet gezegd kan worden dat er daadwerkelijk openbaar gezag aan de gedelegeerde opdrachtgever wordt overgedragen. De betaling van de aannemers en de dienstverrichters impliceert evenmin een uitoefening van het openbaar gezag door de gedelegeerde opdrachtgever, aangezien de financiering ervan door de opdrachtgever wordt verzekerd.

69. Zoals hierboven aangetoond, neemt de gedelegeerde opdrachtgever bij de vervulling van de hem toevertrouwde ondersteunende of vertegenwoordigende taken niet deel aan de uitoefening van het openbaar gezag. Bijgevolg is de uitzondering van artikel 45 EG niet op hem van toepassing.⁴⁷

70. De uitzondering van artikel 46 EG geldt evenmin, aangezien de verwerende staat geen enkele rechtvaardiging uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid heeft aangevoerd.

45 — Arrest van 3 juni 1992 (C-360/89, Jurispr. blz. I-3401).

46 — Arrest van 5 december 1989, Commissie/Italië, reeds aangehaald.

47 — Zie in dit verband de in voetnoot 27 genoemde rechtspraak.

IV — Conclusie

71. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging vast te stellen dat de Franse Republiek niet heeft voldaan aan de verplichtingen die op haar rusten krachtens richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, en inzonderheid de artikelen 8 en 9 daarvan, en krachtens artikel 49 EG, door in artikel 4 van wet nr. 85-704 van 12 juli 1985 inzake overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en de betrekkingen met particuliere uitvoerders, zoals gewijzigd bij wet nr. 91-662 van 13 juli 1991 en bij wet nr. 96-987 van 14 november 1996, te bepalen dat als gedelegeerde opdrachtgever enkel kunnen worden aangewezen limitatief opgesomde rechtspersonen naar Frans recht.