

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

J. MAZÁK

van 19 februari 2009¹

I — Inleiding

1. Met het onderhavige beroep, ingediend krachtens artikel 226 EG, verzoekt de Commissie van de Europese Gemeenschappen het Hof vast te stellen dat de Bondsrepubliek Duitsland de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 8, junctis de titels III tot en met VI van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening², op grond dat de Landkreise Harburg, Rotenburg (Wümme), Soltau-Fallingb. en Stade rechtstreeks een overeenkomst betreffende de verwijdering van afvalstoffen hebben gesloten met Stadtreinigung Hamburg (reinigingsdienst van de stad Hamburg) en dat deze dienstverleningsovereenkomst niet is aanbesteed volgens een Europese openbare of niet-openbare aanbestedingsprocedure.

2. De bij richtlijn 92/50 ingevoerde procedurevoorschriften voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening vormen een van de maatregelen die bestemd zijn om de interne markt tot stand te brengen door bij te dragen tot de opheffing van hinderpalen voor het vrije verkeer van dien-

sten. Het gaat onloochenbaar om een maatregel die ten goede komt aan zowel de dienstverrichter als de dienstontvanger.

3. In casu vormt de verwijdering van afvalstoffen een dienst die ten behoeve van vier Landkreise wordt verricht. In werkelijkheid ligt het aantal personen ten behoeve van wie de dienst wordt verricht, veel hoger. De Landkreise fungeren namelijk slechts als tussenpersoon voor hun inwoners, die eindgebruiker van deze dienst zijn. Mocht dan ook blijken dat de keuze voor een bepaalde dienstverrichter in strijd met de eisen van het gemeenschapsrecht is gemaakt, zouden de belangen van deze inwoners daardoor het meest worden geschaad.

II — Rechtskader

4. Overeenkomstig artikel 1, sub a, van richtlijn 92/50 wordt onder „overheidsopdrachten voor dienstverlening” verstaan: schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel, die zijn gesloten tussen een dienstverlener enerzijds en een aanbestedende dienst anderzijds, met uitsluiting van de onder de punten i tot en met ix van deze bepaling vermelde overeenkomsten.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — PB L 209, blz. 1; hierna: „richtlijn 92/50”.

5. Volgens artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50: [...]”

„worden als „aanbestedende diensten’ beschouwd: de Staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen.

Onder publiekrechtelijke instelling wordt verstaan, 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
- rechtspersoonlijkheid heeft en
- waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de Staat of de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht voor meer dan de helft door de Staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

6. Volgens artikel 1, sub c, van richtlijn 92/50 wordt onder „dienstverleners” verstaan: natuurlijke of rechtspersonen, met inbegrip van openbare lichamen, die diensten aanbieden.

7. Artikel 8 van richtlijn 92/50 bepaalt dat opdrachten voor het verlenen van de in bijlage I A vermelde diensten overeenkomstig de bepalingen van de titels III tot en met VI van deze richtlijn worden geplaatst. Bijlage I A vermeldt onder categorie 16 „Riolering en vuilophaaldiensten; afvalverwerking en aanverwante diensten”.

8. Uit de opbouw van artikel 11 van richtlijn 92/50 volgt duidelijk dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van hun dienstverleningsopdrachten de openbare of niet-openbare procedure dienen toe te passen, met uitzondering van de in de leden 2 en 3 van dit artikel bedoelde gevallen, waarin de aanbestedende diensten hun overheidsopdrachten voor dienstverlening kunnen plaatsen volgens hetzij een procedure van gunning via onderhandelingen, na voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van opdracht (in lid 2 bedoelde gevallen), hetzij een procedure van gunning via onderhandelingen, zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van opdracht (in lid 3 bedoelde gevallen).

9. Volgens artikel 11, lid 3, sub b, van richtlijn 92/50 kunnen de aanbestedende diensten hun overheidsopdrachten voor dienstverlening plaatsen volgens een procedure van gunning via onderhandelingen, zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van opdracht, in geval van diensten die om technische of artistieke redenen of om redenen van bescherming van alleenrechten slechts aan een bepaalde dienstverlener kunnen worden toevertrouwd.

13. De litigieuze overeenkomst is op 18 december 1995 rechtstreeks gesloten, dat wil zeggen zonder dat een Europese openbare of niet-openbare aanbestedingsprocedure heeft plaatsgevonden. Blijkens de preambule van de overeenkomst heeft Stadtreinigung Hamburg de Landkreise bij brief van 30 november 1994 een deelcapaciteit aangeboden van 120 000 ton/jaar op de totale jaarlijkse capaciteit van de afvalverwerkingsinstallatie te Rugenberger Damm (hierna: „installatie van Rugenberger Damm”) en hebben de Landkreise dit aanbod aanvaard bij brief van 6 januari 1995.

III — Feiten

10. Het beroep van de Commissie heeft betrekking op een overeenkomst die is gesloten tussen enerzijds de Landkreise Harburg, Rotenburg (Wümme), Soltau-Fallingbostal en Stade (hierna: „Landkreise”) en anderzijds Stadtreinigung Hamburg (hierna: „litigieuze overeenkomst”).

14. In de litigieuze overeenkomst heeft Stadtreinigung Hamburg zich ertoe verbonden, een capaciteit van 120 000 ton/jaar ter beschikking te stellen ten behoeve van de thermische behandeling van afvalstoffen in de installatie van Rugenberger Damm; de Landkreise hebben zich ertoe verbonden, Stadtreinigung Hamburg een jaarlijkse vergoeding te betalen, bestaand uit een vast bedrag en een variabel bedrag naargelang van de geleverde hoeveelheid.

11. Zowel de Landkreise als Stadtreinigung Hamburg zijn publiekrechtelijke instellingen belast met de verwijdering van afvalstoffen.

12. Het Land Niedersachsen, waaronder de Landkreise ressorteren, vormt tezamen met het Land Schleswig-Holstein en de Vrije Hanzestad Hamburg de Metropolregion Hamburg.

15. De litigieuze overeenkomst had een looptijd van twintig jaar, ingaand op 15 april 1999, aangezien de installatie van Rugenberger Damm zich ten tijde van de sluiting van de overeenkomst nog slechts in de ontwerpfase bevond.

IV — Precontentieuze procedure en procesverloop voor het Hof

16. De Commissie heeft besloten op te treden naar aanleiding van de klacht van een burger die meende een te hoge bijdrage voor de behandeling van afvalstoffen te betalen.

17. Van oordeel dat de Bondsrepubliek Duitsland wellicht artikel 8, junctis de titels III tot en met VI van richtlijn 92/50 had geschonden door rechtstreeks een overeenkomst betreffende de verwijdering van afvalstoffen, met als contractspartijen de Landkreise en Stadtreinigung Hamburg, te sluiten zonder een Europese aanbestedingsprocedure te voeren, heeft de Commissie deze lidstaat op 30 maart 2004 een aanmaningsbrief gezonden overeenkomstig artikel 226 EG.

18. De Bondsrepubliek Duitsland heeft daarop bij brief van 30 juni 2004 geantwoord. Zij betoogde dat de litigieuze overeenkomst naar haar mening een afspraak over de gemeenschappelijke uitvoering van een op de Landkreise en de stad Hamburg rustende taak van algemeen belang inhield en dat derhalve sprake was van een geval van gemeentelijke samenwerking.

19. Aangezien de Commissie de opmerkingen van de Bondsrepubliek Duitsland

niet bevredigend achtte, heeft zij op 22 december 2004 een met redenen omkleed advies tot deze lidstaat gericht. Daarin stelde zij vast dat de betrokken overeenkomst binnen de werkingssfeer van richtlijn 92/50 viel, zodat de rechtstreekse sluiting van de overeenkomst tussen de Landkreise en Stadtreinigung Hamburg inbreuk op deze richtlijn maakte.

20. In weerwil van de argumenten die de Bondsrepubliek Duitsland in haar reactie van 25 april 2005 op het met redenen omkleed advies heeft aangevoerd, heeft de Commissie het onderhavige beroep ingesteld waarmee zij het Hof verzoekt, vast te stellen dat de Bondsrepubliek Duitsland de krachtens artikel 8, junctis de titels III tot en met VI van richtlijn 92/50 op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen, en deze lidstaat te verwijzen in de kosten van het geding.

21. Op basis van de argumenten die zij in haar verweerschrift en in dupliek heeft aangevoerd, verzoekt de Bondsrepubliek Duitsland het Hof het beroep te verwerpen en verzoekster in de kosten te verwijzen.

22. Bij beschikking van de president van het Hof van 14 juni 2007 zijn het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Finland toegelaten tot interventie in de onderhavige zaak

tot ondersteuning van de conclusies van de Bondsrepubliek Duitsland. De Republiek Finland heeft echter geen memorie van interventie ingediend.

toepassing van de openbare dan wel de niet-openbare procedure in de zin van artikel 11, lid 4, van richtlijn 92/50.

23. De Bondsrepubliek Duitsland heeft verzocht om een terechtzitting. Deze heeft plaatsgevonden op 11 november 2008, waarbij de gemachtigden van de Bondsrepubliek Duitsland en de Commissie zijn verschenen.

25. Ik zal de gegrondheid van de grief van de Commissie onderzoeken in het licht van de argumenten van de Bondsrepubliek Duitsland, waarmee deze lidstaat niet betwist dat de litigieuze overeenkomst niet is aanbesteed, doch wil aantonen dat de Landkreise niet verplicht waren bij het sluiten van de litigieuze overeenkomst een aanbestedingsprocedure te volgen, en wel om vier redenen.

V — Beoordeling

24. De Commissie gaat in haar verzoekschrift uit van de stelling dat de Landkreise aanbestedende diensten in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50 zijn, dat Stadtreinigung Hamburg een dienstverlener in de zin van artikel 1, sub c, van richtlijn 92/50 is en dat de litigieuze overeenkomst tussen de Landkreise en Stadtreinigung Hamburg een overheidsopdracht voor dienstverlening in de zin van artikel 1, sub a, van richtlijn 92/50 is. Aangezien de litigieuze overeenkomst betrekking heeft op een dienst van bijlage I A bij richtlijn 92/50 en zich geen van de gevallen voordoet waarin deze overeenkomst zou mogen worden geplaatst volgens een procedure van gunning via onderhandelingen, na voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van opdracht (artikel 11, lid 2, van richtlijn 92/50), of volgens een procedure van gunning via onderhandelingen, zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van opdracht (artikel 11, lid 3, van richtlijn 92/50), had de litigieuze overeenkomst slechts mogen worden gesloten met

26. In de eerste plaats vormt de litigieuze overeenkomst de uitdrukking van de samenwerking tussen overheidslichamen, en betreft dus enkel de interne verhoudingen binnen de overheid in het kader van de uitvoering van overheidstaken. Hieruit volgt dat zij niet onder richtlijn 92/50 valt. In de tweede plaats is de litigieuze overeenkomst geen overeenkomst in de zin van artikel 1, sub a, van deze richtlijn. In de derde plaats bestond er, mocht de litigieuze overeenkomst als een overeenkomst in de zin van richtlijn 92/50 worden aangemerkt, een technische reden in de zin van artikel 11, lid 3, sub b, van deze richtlijn op grond waarvan de overeenkomst kon worden gesloten volgens een procedure van gunning via onderhandelingen, zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van opdracht. In de vierde plaats was het krachtens artikel 86, lid 2, EG niet noodzakelijk een openbare of niet-openbare procedure te voeren, aangezien een dergelijke procedure de Landkreise en Stadtreinigung Hamburg zou hebben belet hun taken te vervullen.

A — *Werkingsfeer van richtlijn 92/50*

27. De Bondsrepubliek Duitsland verweert zich met de stelling dat de litigieuze overeenkomst een interne overheidshandeling is, die in het algemeen niet onder richtlijn 92/50 valt. Zij meent met de Nederlandse regering dat deze richtlijn betrekking heeft op de gunning van opdrachten aan ondernemingen en slechts van toepassing is wanneer de staat heeft besloten een taak niet zelf uit te voeren maar de overeenkomstige dienst op de markt te betrekken.

28. Dienaangaande wil ik eraan herinneren, dat het Hof heeft geoordeeld dat de richtlijnen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten³ in het algemeen van toepassing zijn wanneer een aanbestedende dienst een overeenkomst onder bezwarende titel wenst te sluiten met een lichaam dat daar rechtens van onderscheiden is, ongeacht of dat lichaam zelf een aanbestedende dienst is.⁴ Voorts is deze richtlijn ook van toepassing wanneer een opdracht wordt geplaatst ter vervulling van een taak om te voorzien in behoeften van algemeen belang of wanneer de opdracht geen verband houdt met deze taak.⁵

3 — Het gaat om richtlijn 92/50, richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB L 199, blz. 1) en 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 (PB L 199, blz. 54). De drie deelrichtlijnen zijn ingetrokken en vervangen bij richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114).

4 — Zie arresten van 18 november 1999, Teckal (C-107/98, Jurispr. blz. I-8121, punten 50 en 51), en 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau (C-26/03, Jurispr. blz. I-1, punt 47).

5 — Zie in die zin arrest van 15 januari 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. (C-44/96, Jurispr. blz. I-73, punt 32), en arrest Stadt Halle en RPL Lochau (aangehaald in voetnoot 4, punt 26).

29. Volgens het Hof bestaat er echter een uitzondering op deze algemene regel. De richtlijnen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten zijn niet van toepassing, zelfs niet indien de medecontractant rechtens onderscheiden is van de aanbestedende dienst, indien aan twee voorwaarden is voldaan. In de eerste plaats dient het overheidsorgaan, dat een aanbestedende dienst is, op het betrokken lichaam hetzelfde toezicht uit te oefenen als op zijn eigen diensten en in de tweede plaats moet dit lichaam het merendeel van zijn werkzaamheden verrichten tezamen met de overheidsinstantie of de overheidsinstanties die hem beheersen.⁶

30. Op basis van deze uitzondering heeft het Hof bovendien geoordeeld dat het onmogelijk is om de verhoudingen die tussen overheidsinstanties zijn aangegaan, ongeacht de aard ervan, a priori uit te sluiten van de werkingsfeer van de richtlijnen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten.⁷

31. In casu is het duidelijk dat, zoals de Bondsrepubliek Duitsland uiteenzet, de litigieuze overeenkomst een middel tot samenwerking tussen overheidsorganen is. Uit deze enkele omstandigheid volgt echter niet dat de betrokken overeenkomst niet binnen de werkingsfeer van richtlijn 92/50 valt. Een

6 — Zie arrest Teckal (aangehaald in voetnoot 4, punt 50); arrest van 8 april 2008, Commissie/Italië (C-337/05, Jurispr. blz. I-2173, punt 36), en aldaar aangehaalde rechtspraak, en arrest van 17 juli 2008, Commissie/Italië (C-371/05, punt 22).

7 — Zie in die zin arrest van 13 januari 2005, Commissie/Spanje (C-84/03, Jurispr. blz. I-139, punt 40).

tegengestelde conclusie zou slechts mogelijk zijn, indien werd aangetoond dat is voldaan aan de twee voorwaarden die voor het eerst in het arrest Teckal zijn geformuleerd.

32. Zoals de Bondsrepubliek Duitsland terecht opmerkt, bestaat er nog een andere mogelijkheid voor een overheidsorgaan dat onder het begrip „aangebestede dienst” in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50 valt, om de toepassing van deze richtlijn uit te sluiten. Het gaat om de situatie waarin een overheidsorgaan de op hem rustende taken van openbaar belang vervult met zijn eigen administratieve, technische en andere middelen, zonder een beroep te hoeven doen op externe lichamen die niet tot zijn diensten behoren. Aangezien in een dergelijk geval geen sprake kan zijn van een overeenkomst onder bezwarende titel met een lichaam dat juridisch van de aanbestedende dienst onderscheiden is, hoeven de gemeenschapsregels inzake overheidsopdrachten niet te worden toegepast.⁸

33. Dit betekent dat overheidsorganen zich voor de vervulling van taken van openbaar belang niet tot de markt hoeven te wenden om een bepaalde dienst verricht te krijgen. Zij hebben de mogelijkheid om hetzij eigen middelen aan te wenden (in dat geval is richtlijn 92/50 niet van toepassing), hetzij een beroep te doen op de markt.

34. Ik deel in dit verband niet het standpunt van de Bondsrepubliek Duitsland dat in casu een samenwerking tussen twee verschillende bestuursseenheden op één lijn staat met het gebruik van de eigen middelen van de aanbestedende dienst. Stadtreinigung Hamburg kan niet worden beschouwd als de eigen middelen van de betrokken Landkreise, die de aanbestedende diensten zijn.

B — Overheidsopdrachten voor dienstverlening in de zin van artikel 1, sub a, van richtlijn 92/50

35. De Bondsrepubliek Duitsland is van mening dat de litigieuze overeenkomst geen overheidsopdracht voor dienstverlening in de zin van artikel 1, sub a, van richtlijn 92/50 vormt en wel om drie redenen⁹. In de eerste plaats vormt de overeenkomst een interne maatregel tot een bredere samenwerking tussen overheidsorganen in het kader van de Metropolregion Hamburg. In de tweede plaats heeft Stadtreinigung Hamburg in het kader van de overeenkomst niet de hoedanigheid van dienstverlener, maar biedt zij, als publiekrechtelijke instelling die verantwoordelijk is voor de verwijdering van afvalstoffen, administratieve bijstand aan de Landkreise, die eveneens belast zijn met de verwijdering van afvalstoffen. In de derde plaats overschrijdt de inhoud van de overeenkomst het kader van een gangbare dienstverleningsopdracht.

⁸ — Zie arrest Stadt Halle en RPL Lochau (aangehaald in voetnoot 4, punt 48).

⁹ — Eigenlijk noemt Duitsland vier redenen, maar het argument dat sprake zou zijn van een „interne maatregel” houdt mijns inziens nauw verband met het argument betreffende een „element van bredere samenwerking”.

36. Naar mijn mening doen deze argumenten niet af aan de conclusie dat de overeenkomst tussen de vier Landkreise en Stadtreinigung Hamburg een overheidsopdracht voor dienstverlening in de zin van artikel 1, sub a, van richtlijn 92/50 is.

37. Uit de rechtspraak van het Hof vloeit voort dat het bestaan van een overeenkomst in de zin van artikel 1, sub a, van richtlijn 93/36 vooronderstelt dat er een overeenkomst is gesloten tussen twee afzonderlijke personen.¹⁰

38. Aan deze voorwaarde is in casu voldaan. Bovendien valt het voorwerp van de litigieuze overeenkomst, te weten de thermische behandeling van afvalstoffen, onder de diensten van categorie 16 van bijlage I A bij de richtlijn.

39. Aangezien Stadtreinigung Hamburg niet kan worden beschouwd als de eigen middelen van de Landkreise¹¹, kan de toepassing van richtlijn 92/50 enkel worden uitgesloten, indien is voldaan aan de twee cumulatieve voorwaarden voor toepassing van de door mij in punt 29 van deze conclusie genoemde uitzondering.

40. Onderzocht moet derhalve worden of de Landkreise op Stadtreinigung Hamburg hetzelfde toezicht uitoefenen als op hun eigen diensten en of Stadtreinigung Hamburg het merendeel van haar werkzaamheden tezamen met de Landkreise verricht.

41. Het Hof heeft zich al tal van keren over de vraag gebogen, wat de voorwaarde betreffende „hetzelfde toezicht” precies inhoudt. Volgens zijn rechtspraak moet de vraag, of een overheidsorgaan toezicht op de medecontractant uitoefent zoals op haar eigen diensten, worden beantwoord aan de hand van niet alleen alle relevante wettelijke bepalingen maar ook de concrete omstandigheden van het geval. Uit dit onderzoek moet blijken dat een lichaam waaraan de opdracht wordt toegewezen, onder een zodanig toezicht staat dat de aanbestedende dienst diens beslissingen kan beïnvloeden. Het moet gaan om een doorslaggevende invloed zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van dit lichaam.¹²

42. De Bondsrepubliek Duitsland heeft in dit verband betoogd, dat de voorwaarde betreffende hetzelfde toezicht was vervuld, aangezien de betrokken Landkreise op het niveau van de Metropolregio Hamburg onderling toezicht op elkaar uitoefenen.

10 — Zie arrest Teckal (aangehaald in voetnoot 4, punt 49) en arrest van 11 mei 2006, Carbotermo en Consorzio Alisei (C-340/04, Jurispr. blz. I-4137, punt 32).

11 — Zie punt 34 van deze conclusie.

12 — Zie arrest van 13 oktober 2005, Parking Brixen (C-458/03, Jurispr. blz. I-8585, punt 65); arrest Carbotermo en Consorzio Alisei (aangehaald in voetnoot 10, punt 36); arresten van 17 juli 2008, Commissie/Italië (aangehaald in voetnoot 6, punt 24), en 13 november 2008, Coditel Brabant (C-324/07, Jurispr. blz. I-8457, punt 28).

43. Ik wil hier opmerken, dat niets erop wijst dat de Landkreise deelnemen aan de reinigingsdienst van de stad Hamburg en zij dus toezicht daarop uitoefenen.

44. Bovendien onderstreept de Commissie terecht, dat de reinigingsdienst zijn activiteiten ten behoeve van de Landkreise niet uitoefent krachtens een wet of andere publiekrechtelijke bepalingen, maar op basis van een overeenkomst. De litigieuze overeenkomst vormt de enige rechtsband tussen de Landkreise en Stadtreinigung Hamburg en deze overeenkomst biedt de Landkreise geen enkele mogelijkheid om toezicht te houden.

45. Volgens mij is een algemene verwijzing naar de gemeenschappelijke doelstellingen zonder meer onvoldoende en moet het toezicht meer merkbaar zijn.

46. Het beginsel „do ut des”, waarop de samenwerking in het kader van de Metropolregion Hamburg volgens de Bondsrepubliek Duitsland is gebaseerd, stelt de Landkreise hoogstens in staat om op indirecte wijze toezicht te houden op Stadtreinigung Hamburg.

47. Aangezien mijns inziens niet is voldaan aan de eerste voorwaarde voor toepassing van de uitzondering, hoeft niet te worden onderzocht of de tweede voorwaarde is vervuld. Niettemin herinner ik eraan, dat de verwijdering van afvalstoffen slechts een deel van de activiteiten van Stadtreinigung Hamburg is.

48. Gelet op het voorgaande is er naar mijn mening niets dat de veronderstelling wettigt dat de litigieuze overeenkomst geen overheidsopdracht voor dienstverlening in de zin van richtlijn 92/50 is. Dit betekent dat het plaatsen ervan slechts mocht geschieden met inachtneming van de bepalingen van voornoemde richtlijn.

C — Procedure van gunning via onderhandelingen, zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van opdracht, als uitzondering op de algemene regel van een procedure van plaatsing van overheidsopdrachten

49. Ter verweer voert de Bondsrepubliek Duitsland voorts nog aan, dat de Landkreise de litigieuze overeenkomst uitsluitend met Stadtreinigung Hamburg konden sluiten, omdat deze over een veilige locatie voor de bouw van een installatie voor de behandeling van afvalstoffen beschikte. De omstandigheid dat in de Metropolregion Hamburg geen enkele andere locatie voor de bouw van dergelijke installaties voorhanden was en dat de bestaande installaties geen capaciteit beschikbaar hadden, vormt volgens haar een technische reden in de zin van artikel 11, lid 3,

sub b, van richtlijn 92/50 die rechtvaardigt dat een overheidsopdracht voor dienstverlening wordt geplaatst volgens een procedure van gunning via onderhandelingen, zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van opdracht.

50. Uit de opbouw van artikel 11 van richtlijn 92/50 volgt duidelijk, dat lid 3 ervan een uitzondering vormt op de algemene regel van lid 4 van hetzelfde artikel, inhoudend dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van hun dienstverleningsopdrachten de openbare dan wel de niet-openbare procedure toepassen.

51. Dienaangaande wil ik eraan herinneren dat artikel 11, lid 3, van richtlijn 92/50, krachtens welke bepaling mag worden afgevoerd van de regels die beogen de doeltreffendheid van de door het EG-Verdrag op het gebied van overheidsopdrachten voor dienstverlening toegekende rechten te waarborgen, strikt moet worden uitgelegd en dat degene die zich erop wenst te beroepen, dient te bewijzen dat de uitzonderlijke omstandigheden die de afwijking rechtvaardigen, daadwerkelijk bestaan.¹³

52. Het Hof heeft het bestaan van „technische redenen” reeds onderzocht in het arrest van 10 april 2003, Commissie/Duitsland.¹⁴ Het verklaarde daarin voor recht dat een technische reden ter zake van milieubescherming eventueel in aanmerking zou kunnen worden genomen om te beoordelen of de betrokken opdracht slechts aan een bepaalde dienstverlener kan worden toevertrouwd. Een uitputtende definitie van technische redenen gaf het Hof niet; het volstond met een negatieve definitie door de feiten op te sommen die geen technische redenen in de zin van artikel 11, lid 3, van richtlijn 92/50 vormen.

53. In het arrest van 2 juni 2005, Commissie/Griekenland¹⁵, heeft het Hof met betrekking tot artikel 20, lid 2, sub c, van richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie¹⁶ — dat een soortgelijke regel bevat als artikel 11, lid 3, van richtlijn 92/50 — geoordeeld dat de toepassing van deze bepaling was onderworpen aan twee cumulatieve voorwaarden: enerzijds dienen de aan te besteden werkzaamheden te worden gekenmerkt door een technische bijzonderheid en anderzijds moet deze technische bijzonderheid het volstrekt noodzakelijk maken om deze opdracht aan een bepaalde onderneming te gunnen.

13 — Zie arresten van 10 april 2003, Commissie/Duitsland (C-20/01 en C-28/01, Jurispr. blz. I-3609, punt 58), en 18 november 2004, Commissie/Duitsland (C-126/03, Jurispr. blz. I-11197, punt 23).

14 — Aangehaald in voetnoot 13, punten 58-67.

15 — C-394/02, Jurispr. blz. I-4713, punt 34.

16 — PB L 199, blz. 84.

54. Op basis van de aangehaalde rechtspraak ben ik van mening dat de Bondsrepubliek Duitsland niet heeft aangetoond dat het beroep op artikel 11, lid 3, van richtlijn 92/50 in casu gerechtvaardigd was.

55. Indien men de Bondsrepubliek Duitsland volgde in haar betoog, dat gebaseerd is op richtlijn 75/442/EEG van de Raad van 15 juli 1975 betreffende afvalstoffen¹⁷, zou dit erop neerkomen dat deze richtlijn de volle werking van richtlijn 92/50 teniet doet.

D — Richtlijn 92/50 als element dat in de weg staat aan de vervulling door de Landkreise van de taak om afvalstoffen te verwijderen

56. De Bondsrepubliek Duitsland brengt verder nog naar voren, dat de Landkreise en Stadtreinigung Hamburg, als publiekrechtelijke instellingen die verantwoordelijk zijn voor de verwijdering van afvalstoffen, hun taak slechts kunnen vervullen door de litigieuze overeenkomst te sluiten. Richtlijn 92/50 verplicht de Landkreise ertoe, een opdracht te gunnen aan de dienstverlener

die in het kader van een openbare of niet-openbare procedure de laagste prijs offreert of de economisch meest voordelige aanbieder doet. Aldus staat de uit richtlijn 92/50 voortvloeiende verplichting om de opdracht te plaatsen in het kader van een openbare of niet-openbare aanbestedingsprocedure in de weg aan de vervulling van de taken van de Landkreise en Stadtreinigung Hamburg. Krachtens artikel 86, lid 2, EG is zij derhalve als zodanig niet van toepassing op de Landkreise en Stadtreinigung Hamburg.

57. Wat artikel 86, lid 2, EG aangaat, volgens welke bepaling ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie onder de regels van dit Verdrag, met name de mededingingsregels, vallen, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert, heeft het Hof voor recht verklaard dat, waar het om een bepaling gaat die onder bepaalde omstandigheden een afwijking van de verdragsregels mogelijk maakt, zij strikt moet worden uitgelegd¹⁸, en dat de lidstaat of de onderneming die zich op deze bepaling beroept, moet aantonen dat aan de voorwaarden voor toepassing ervan is voldaan¹⁹.

18 — Zie arresten van 17 juli 1997, GT-Link (C-242/95, Jurispr. blz. I-4449, punt 50), en 17 mei 2001, TNT Traco (C-340/99, Jurispr. blz. I-04109, punt 56).

19 — Zie arrest van 23 oktober 1997, Commissie/Frankrijk (C-159/94, Jurispr. blz. I-5815, punt 94); arrest TNT Traco (aangehaald in voetnoot 18, punt 59) en arrest van 15 november 2007, International Mail Spain (C-162/06, Jurispr. blz. I-9911, punt 49).

17 — *PB* L 194, blz. 39.

58. Naar mijn mening heeft de Bondsrepubliek Duitsland niet voldaan aan de op haar rustende bewijslast.

59. Het betoog van de Bondsrepubliek Duitsland lijkt op dit punt op twee premissen te zijn gebaseerd. De eerste premisse houdt in, dat indien de litigieuze overeenkomst niet had bestaan, de Landkreise en Stadtreinigung Hamburg zich niet van hun taken tot verwijdering van afvalstoffen hadden kunnen kwijten. De installatie van Rugenberger Damm kon namelijk slechts dankzij deze overeenkomst worden gebouwd. De tweede premisse luidt dat de litigieuze overeenkomst niet zou zijn gesloten, indien de Landkreise een oproep tot inschrijvingen in het kader van een openbare of niet-openbare aanbestedingsprocedure hadden gedaan, omdat in het kader van een dergelijke procedure de opdracht had moeten worden gegund aan de dienstverlener die de laagste prijs offereerde of de economisch meest voordelige aanbidding deed.

60. Mijns inziens is zowel de eerste als de tweede premisse onjuist.

61. Ik betwijfel of de litigieuze overeenkomst het enige middel was om de taken op het gebied van de verwijdering van afvalstoffen te kunnen vervullen. Zoals de Commissie terecht opmerkt, had Stadtreinigung

Hamburg haar beschikbare capaciteit ook aan andere opdrachtnemers kunnen aanbieden.²⁰

62. Ik denk evenmin dat de toepassing van de openbare of niet-openbare procedure in de weg had kunnen staan aan de sluiting van een dergelijke overeenkomst zoals die tussen de Landkreise en Stadtreinigung Hamburg is gesloten, aangezien in het kader van deze procedures een opdracht moet worden gegund aan de dienstverlener die de laagste prijs offereert of de economisch meest voordelige aanbidding doet.

63. Ik roep in herinnering dat het Hof reeds heeft geoordeeld dat in geval van gunning aan de inschrijver met de economisch meest voordelige aanbidding, de aanbestedende dienst een opdracht kan gunnen aan de hand van verschillende criteria die variëren naar gelang van de aard van de opdracht, en dat elk van de door de aanbestedende dienst gehanteerde gunningscriteria ter bepaling van de economisch meest voordelig aanbidding, niet noodzakelijkerwijs van zuiver economische aard is²¹. Het Hof heeft uitdrukkelijk gesteld dat de aanbestedende dienst in de verschillende stadia van een procedure tot plaatsing van overheidsopdrachten criteria met betrekking tot de bescherming van het milieu kan hanteren²².

20 — Tot slot had ook een verplichting voor Stadtreinigung Hamburg, als aanbestedende dienst in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50, om een aanbesteding uit te schrijven met als doel de ontbrekende hoeveelheid afvalstoffen te vinden, tot de mogelijkheden behoort.

21 — Zie arrest van 17 september 2002, Concordia Bus Finland (C-513/99, Jurispr. blz. I-7213, punten 53 en 55).

22 — Zie arrest Concordia Bus Finland (aangehaald in voetnoot 21, punt 57) en arrest van 10 april 2003, Commissie /Duitsland (aangehaald in voetnoot 13, punt 60).

VI — Conclusie

64. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging,

- vast te stellen dat de Bondsrepubliek Duitsland de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 8, junctis de titels III tot en met VI van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, op grond dat de Landkreise Harburg, Rotenburg (Wümme), Soltau-Fallingb. en Stade rechtstreeks een overeenkomst betreffende de verwijdering van afvalstoffen hebben gesloten met Stadtreinigung Hamburg en dat deze dienstverleningsovereenkomst niet is aanbesteed in het kader van een Europese openbare of niet-openbare aanbestedingsprocedure;

- de Bondsrepubliek Duitsland in de kosten te verwijzen;

- te verstaan dat het Koninkrijk der Nederlanden, interveniënt, zijn eigen kosten draagt.