CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL P. LÉGER van 15 juni 2000 *

1. Op grond van de nationale wetgeving inzake de waterkwaliteit hebben verschillende Oostenrijkse overheidsinstanties een openbare aanbestedingsprocedure georganiseerd voor monsternemingen en analyses van water van Oostenrijkse meren en rivieren.

2. De deelneming aan de aanbestedingsprocedure van gesubsidieerde instellingen naast zuiver particuliere inschrijvers ligt ten grondslag aan een geschil dat de geadieerde Oostenrijkse rechter ertoe heeft gebracht het Hof verschillende prejudiciële vragen te stellen.

Deze hebben in wezen betrekking op de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening waarin gesubsidieerde instellingen zijn toegelaten, die daarenboven zonder uitzondering de nationaliteit van de lidstaat van de aanbestedende dienst hebben en op het grondgebied van die lidstaat zijn gevestigd.

3. De in de litigieuze aanbestedingsprocedure gerezen vragen hebben in twee opzichten betrekking op het gelijkheidsbeginsel.

De vraag is of het feit dat gesubsidieerde instellingen offertes mogen indienen een schending kan vormen van het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, of althans een beperking van de vrijheid van dienstverrichting, nu die instellingen zonder uitzondering de Oostenrijkse nationaliteit hebben.

Ook indien men ervan uitgaat dat geen beperking van de vrijheid van dienstverrichting kan worden vastgesteld, rijst de vraag of het voordeel dat deze instellingen ten opzichte van de andere inschrijvers kunnen hebben als gevolg van de overheidssubsidie die zij ontvangen, verenigbaar is met de doelstelling van richtlijn 92/50/EEG [1], het beschermen van een doeltreffende mededinging.

* Oorspronkelijke taal: Frans.

1 — Richtlijn van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1; hierna: „richtlijn")

I — De richtlijn

4. De richtlijn beoogt de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening te coördineren. Daarmee draagt zij bij tot de geleidelijke totstandbrenging van de interne markt, die wordt omschreven als een markt die een ruimte zonder binnengrenzen omvat waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd. [2]

5. De richtlijn is in het bijzonder bedoeld om belemmeringen van het vrije verkeer van diensten te vermijden. [3] Zij wordt gerechtvaardigd door de noodzaak om voor de dienstverleners de toegang tot de procedures voor het plaatsen van opdrachten te vergemakkelijken, om een einde te maken aan praktijken die in het algemeen de mededinging en in het bijzonder de deelneming van onderdanen van andere lidstaten aan aanbestedingen beperken. [4]

6. Artikel 3, leden 1 en 2:

„1. Bij het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening of het houden van prijsvragen voor ontwerpen passen de aanbestedende diensten aan de bepalingen van deze richtlijn aangepaste procedures toe.

2. De aanbestedende diensten zorgen ervoor dat tussen verschillende dienstverleners niet wordt gediscrimineerd."

7. Artikel 6 bevat een uitzondering op de toepassing van de richtlijn en bepaalt:

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

8. Artikel 37 van de richtlijn vermeldt een aantal verplichtingen waaraan de aanbestedende dienst moet voldoen wanneer hij abnormaal lage aanbiedingen wil afwijzen. Artikel 37, eerste alinea, luidt als volgt:

„Indien voor een bepaalde opdracht aanbiedingen worden gedaan die in verhouding tot de te verrichten dienst abnormaal laag lijken, verzoekt de aanbestedende dienst, voordat hij deze aanbiedingen kan afwijzen, schriftelijk om de door hem dienstig geachte preciseringen over de samenstelling van de betrokken aanbieding en onderzoekt hij de samenstelling aan de hand van de ontvangen toelichtingen."

2 — Eerste en tweede overweging van de considerans.
3 — Zesde overweging van de considerans.
4 — Twintigste overweging van de considerans.

II — De feiten en het hoofdgeding

9. Uit hoofde van de gedelegeerde Oostenrijkse federale bevoegdheden hebben de Landesregierungen van Salzburg, Niederösterreich, Oberösterreich, Steiermark, Kärnten, Tirol en Burgenland, alsmede het Landeswasserbauamt Vorarlberg, een openbare aanbestedingsprocedure georganiseerd voor monsternemingen en analyses voor de waarnemingsperioden 1998/1999 en 1999/2000, op grond van de Wassergüte-Erhebungsverordnung [5] (waterkwaliteitsregeling).

10. ARGE Gewässerschutz [6], een vereniging van ondernemingen en burgerlijk ingenieurs, en andere instanties, waaronder het Oostenrijkse Forschungszentrum Seibersdorf GmbH [7] en het Oostenrijkse Forschungs- und Prüfungszentrum Arsenal GmbH [8], hebben in het kader van deze procedure offertes ingediend.

11. Van mening dat de subsidie die laatstgenoemde inschrijvers ontvangen hun concurrentievoordelen verschaft en een belemmering van de handel tussen de lidstaten vormt, heeft ARGE op grond van het Bundesvergabegesetz een arbitrageprocedure voor de Bundes-Vergabekontrollkommission ingeleid.

12. De Bundes-Vergabekontrollkommission was van mening dat het Bundesvergabegesetz geen beletsel vormde voor gelijktijdige deelneming aan een aanbestedingsprocedure door zuiver particuliere inschrijvers en door de overheid gesubsidieerde of publiekrechtelijke instellingen, zoals onderzoeksinstellingen of universitaire instituten.

13. ARGE heeft vervolgens beroep ingesteld bij het Bundesvergabeamt.

III — De prejudiciële vragen

14. Van oordeel dat voor de beslechting van het geschil een uitlegging van het gemeenschapsrecht vereist is, heeft het Bundesvergabeamt besloten het Hof te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Is de beslissing van een aanbestedende dienst om in een aanbestedingsprocedure instellingen toe te laten, die van die aanbestedende dienst zelf dan wel van andere aanbestedende diensten

5 — *BGBL.* 1991, blz. 338.
6 — Hierna: „ARGE".
7 — Onderzoekscentrum Seibersdorf; hierna: „Seibersdorf".
8 — Onderzoeksinstituut Arsenal; hierna: „Arsenal".

financiële steun van ongeacht welke aard ontvangen, waardoor die instellingen in staat zijn in een aanbestedingsprocedure prijzen te bieden die aanzienlijk lager zijn dan de prijzen van hun op commerciële basis werkende mededingers, in strijd met het beginsel van gelijke behandeling van alle inschrijvers en gegadigden in een aanbestedingsprocedure?

2) Vormt de beslissing van een aanbestedende dienst om in een aanbestedingsprocedure zulke instellingen toe te laten, een verkapte discriminatie, gelet op het feit dat die instellingen die financiële steun ontvangen, zonder uitzondering de nationaliteit hebben van of zijn gevestigd in de lidstaat waarin ook de aanbestedende dienst is gevestigd?

3) Vormt de beslissing van een aanbestedende dienst om in een aanbestedingsprocedure zulke instellingen toe te laten, gesteld al dat deze geen discriminatie van de overige inschrijvers en gegadigden inhoudt, een beperking van het vrij verrichten van diensten, die niet verenigbaar is met de bepalingen van het EG-Verdrag, in het bijzonder de artikelen 59 en volgende?

4) Mag de aanbestedende dienst overeenkomsten tot dienstverrichting sluiten met instellingen die uitsluitend of althans overwegend in handen zijn van de overheid en die hun diensten uitsluitend of althans overwegend verrichten ten behoeve van die aanbestedende dienst of van andere overheidsinstellingen, zonder voor die dienstverrichting een aanbestedingsprocedure te openen overeenkomstig richtlijn 92/50/EEG, waarin commercieel werkende inschrijvers kunnen meedingen?"

IV — Voorafgaande opmerkingen

15. Zoals gezegd, hebben de eerste drie prejudiciële vragen betrekking op het gelijkheidsbeginsel, zowel uit het oogpunt van discriminatie op grond van nationaliteit (tweede en derde vraag) als uit dat van discriminatie tussen gesubsidieerde en andere inschrijvers (eerste vraag).

16. De vierde vraag heeft betrekking op de personele werkingssfeer van de richtlijn. Het gaat om de vraag of de richtlijn van toepassing is op overeenkomsten tot dienstverrichting die gesloten worden tussen een aanbestedende dienst en een dienstverrichter die in hoge mate afhankelijk is van een overheidsinstantie, gelet op het feit dat deze overheidsinstantie zowel de belangrijkste eigenaar als de belangrijkste ontvanger is van de door hem verrichte diensten.

17. Eerst worden de tweede en de derde vraag tezamen onderzocht, daar zij beide op bepalingen van het EG-Verdrag betrekking hebben, namelijk artikel 59 EG-Ver-

drag (thans, na wijziging, artikel 49 EG) en volgende, inzake het beginsel van de vrijheid van dienstverrichting.

18. Daarna zal ik op de vierde prejudiciële vraag ingaan, inzake de werkingssfeer van de richtlijn, en vervolgens op de eerste vraag, die betrekking heeft op het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers, zoals neergelegd in de richtlijn.

V — De beperkingen van het vrij verrichten van diensten (tweede en derde prejudiciële vraag)

19. Met deze vragen wenst het Bundesvergabeamt te vernemen of de artikelen 59 en volgende van het Verdrag aldus moeten worden uitgelegd, dat zij zich verzetten tegen een beslissing van een aanbestedende dienst om in een aanbestedingsprocedure instellingen toe te laten die overheidssteun ontvangen, waardoor zij in staat zijn prijzen te bieden die aanzienlijk lager zijn dan die van de andere inschrijvers, wanneer die instellingen zonder uitzondering de nationaliteit hebben van en gevestigd zijn in de lidstaat waarin de aanbestedende dienst is gevestigd. [9]

20. Volgens artikel 59, eerste alinea, van het Verdrag „worden de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap in de loop van de overgangsperiode geleidelijk opgeheven ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht".

21. De dwingende bepalingen van artikel 59, inzake de vrijheid van dienstverrichting, brengen de opheffing mee van alle discriminaties jegens de dienstverrichter, welke zijn gebaseerd op zijn nationaliteit [10] of op de omstandigheid dat hij is gevestigd in een andere lidstaat dan die waar de dienst moet worden verricht. [11]

22. Deze regeling is bevestigd in artikel 60, derde alinea, EG-Verdrag (thans artikel 50, derde alinea, EG). Met toepassing van het beginsel van nationale behandeling voor het vrij verkeer van diensten, is daarin bepaald: „degene die de diensten verricht kan daartoe zijn werkzaamheden tijdelijk uitoefenen in het land waar de dienst wordt

9 — Hoewel de tweede vraag verwijst naar instellingen die de nationaliteit hebben van *of* zijn gevestigd in de lidstaat waarin ook de aanbestedende dienst zelf is gevestigd, blijkt uit de motivering van de prejudiciële verwijzing dat het om beide kenmerken en niet om één daarvan gaat.

10 — De toekenning van een „nationaliteit" aan rechtspersonen, die het mogelijk maakt dat zij op grond van nationaliteit worden gediscrimineerd, vloeit voort uit het Verdrag. In artikel 58, eerste alinea, EG-Verdrag (thans artikel 48, eerste alinea EG), dat overeenkomstig artikel 66 EG-Verdrag (thans artikel 55 EG) van toepassing is op diensten, is bepaald: „De vennootschappen welke in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en welke hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Gemeenschap hebben, worden voor de toepassing van de bepalingen van dit hoofdstuk gelijkgesteld met de natuurlijke personen die onderdaan zijn van de lidstaten." De plaats van hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging is, naar het voorbeeld van de nationaliteit van natuurlijke personen, bepalend voor de vaststelling van de nationale rechtsorde waaronder zij ressorteren (zie met name arrest van 9 maart 1999, Centros, C-212/97, Jurispr. blz. I-1459, punt 20).

11 — Arrest van 18 januari 1979, Van Wesemael e.a. (110/78 en 111/78, Jurispr. blz. 35, punt 27).

verricht, onder dezelfde voorwaarden als die welke dat land aan zijn eigen onderdanen oplegt".

23. De bestreden maatregel is de maatregel op grond waarvan instellingen als Seibersdorf en Arsenal, die het verwijt krijgen dat zij een concurrentievoordeel genieten omdat zij subsidie ontvangen, tot de aanbestedingsprocedure zijn toegelaten. Beide instellingen hebben een nauwe band met de lidstaat van de aanbestedende dienst, omdat zij hun zetel op Oostenrijks grondgebied hebben en door Oostenrijks recht worden beheerst. [12]

24. Om eventuele onduidelijkheden in verband met de uitlegging van de gestelde prejudiciële vragen uit te sluiten, wijs ik erop dat het in de tweede prejudiciële vraag bedoelde discriminerende criterium geen betrekking heeft op het feit dat gesubsidieerde lichamen tot deelneming aan de aanbestedingsprocedure zijn toegelaten. Dat punt wordt in de eerste vraag behandeld, die later aan de orde komt. Zoals gezegd gaat het er in de tweede vraag om dat de gesubsidieerde instellingen allemaal Oostenrijks zijn, waardoor de indruk kan ontstaan dat de gesubsidieerde deelnemers uit andere lidstaten niet zijn toegelaten in de aanbestedingsprocedure.

25. Het Bundesvergabeamt denkt op dit punt aan verkapte discriminatie.

26. Het beginsel van gelijke behandeling, waarvan artikel 59 een bijzondere uitdrukking is, verbiedt niet alleen kennelijke discriminatie op grond van nationaliteit, maar ook alle vormen van verkapte discriminatie die door toepassing van andere onderscheidingscriteria in feite tot hetzelfde resultaat leiden. [13]

27. Uit het feit dat de verwijzende rechter naar een eventuele verkapte discriminatie verwijst, kan worden afgeleid dat hij ervan uitgaat dat de litigieuze maatregel geen kennelijke discriminatie inhoudt, in die zin dat de maatregel geen voorwaarde stelt inzake de nationaliteit of de vestigingsplaats van de, al dan niet gesubsidieerde, instellingen.

Ook als voor het recht om op de aanbesteding in te schrijven geen voorwaarde inzake nationaliteit of vestigingsplaats zou gelden, zouden de Oostenrijkse of op Oostenrijks grondgebied gevestigde instellingen echter bevoordeeld blijven, indien de litigieuze maatregel de inschrijvers verschillend zou behandelen door als voorwaarde te stellen dat *uitsluitend door de Oostenrijkse autoriteiten gesubsidieerde instellingen* in de aanbestedingsprocedure worden toegelaten.

12 — Blijkens de verwijzingsbeschikking.

13 — Zie bijvoorbeeld arrest van 3 juni 1992, Commissie/Italië (C-360/89, Jurispr. blz. I-3401, punt 11).

28. Zoals de Oostenrijkse regering terecht heeft aangegeven [14], zou een nationale regeling die uitsluitend door de Oostenrijkse autoriteiten gesubsidieerde instellingen het recht zou geven aan openbare aanbestedingsprocedures deel te nemen ongetwijfeld een beperking op het vrij verrichten van diensten kunnen vormen. In dat geval zou dit criterium een verschil in behandeling maskeren tussen de instellingen die op zijn minst een filiaal op Oostenrijks grondgebied hebben en die als enige instellingen aanspraak op overheidssteun zouden kunnen maken, en de andere. Gesubsidieerde buitenlandse marktdeelnemers zouden niet in staat zijn dit voordeel te gebruiken om te concurreren met de Oostenrijkse marktdeelnemers die in dezelfde situatie verkeren en hun kansen op het verkrijgen van opdrachten van de Oostenrijkse aanbestedende dienst te vergroten.

29. Hoe dan ook, of de litigieuze maatregel nu getoetst wordt vanuit het oogpunt van rechtstreekse of verkapte discriminatie, maakt voor het antwoord geen verschil.

30. Het is mijns inziens niet gerechtvaardigd uit het enkele feit dat alle gesubsidieerde instellingen die aan een aanbestedingsprocedure voor overheidsopdrachten deelnemen dezelfde nationaliteit hebben als de aanbestedende dienst, te concluderen dat de rechtmatigheid van de betrokken procedure noodzakelijkerwijs door de toepassing van discriminerende voorwaarden is aangetast.

14 — Blijkens haar schriftelijke opmerkingen.

31. Het beginsel van non-discriminatie schrijft namelijk niet voor dat in alle omstandigheden diverse marktdeelnemers van verschillende nationaliteiten vertegenwoordigd moet zijn, maar verlangt slechts dat die marktdeelnemers bij de uitoefening van het vrij verkeer binnen de Gemeenschap niet vanwege hun herkomst worden gehinderd.

32. De beslissing om gesubsidieerde instellingen met de Oostenrijkse nationaliteit in de procedure toe te laten vervult derhalve niet de voorwaarden voor de kwalificatie discriminatie op grond van nationaliteit, plaats van vestiging van de inschrijvers of herkomst van de door hen ontvangen subsidie.

33. Daartoe zou moeten worden aangetoond dat de aanbestedingsprocedure rechtens of feitelijk een regeling bevat waarin het recht van marktdeelnemers om aan die procedure deel te nemen afhankelijk wordt gesteld van de nationaliteit of de plaats van vestiging van hun zetel.

34. Tevens zou moeten worden aangetoond dat voor toelating als inschrijvers als voorwaarde geldt dat de gesubsidieerde instellingen hun subsidie van de Oostenrijkse autoriteiten ontvangen.

35. Hoewel niets erop wijst dat een inschrijver met een andere nationaliteit, die op het grondgebied van een andere lidstaat is gevestigd of steun ontvangt van andere autoriteiten dan de Oostenrijkse, aan de inschrijving heeft deelgenomen, legt de procedure in kwestie mijns inziens geen voorwaarden vast waarin dit soort deelnemers wordt uitgesloten.

36. In het bijzonder zijn er geen aanwijzingen voor de veronderstelling dat de litigieuze maatregel het vereiste bevat dat de steun uitsluitend door Oostenrijkse autoriteiten wordt verleend. Onder voorbehoud van bevestiging op dit punt door het Bundesvergabeamt [15], moet de deelneming van uitsluitend Oostenrijkse gesubsidieerde instellingen worden toegeschreven aan omstandigheden die niets te maken hebben met het toepasselijke recht en de geldende praktijk.

37. Mocht de verwijzende rechter vaststellen dat wél sprake is van een dergelijke bepaling, dan zou hij daaruit ongetwijfeld conclusies moeten trekken voor de regelmatigheid van de procedure en deze met het gemeenschapsrecht strijdige regeling buiten toepassing moeten laten.

38. Voor zover de litigieuze maatregel niet discriminerend is, kan bovendien uit de beslissing inzake de toelating eigenlijk geen beperking van de vrijheid van dienstverrichting worden afgeleid, omdat de onderdanen van een andere lidstaat die door die lidstaat worden gesubsidieerd, net als de andere marktdeelnemers in elk geval offertes mogen indienen.

39. Derhalve moet worden geconcludeerd dat de artikelen 59 en volgende van het Verdrag aldus moeten worden uitgelegd, dat zij zich niet verzetten tegen een maatregel als het in het hoofdgeding aan de orde zijnde besluit, op grond waarvan een aanbestedende dienst in een aanbestedingsprocedure voor overheidsopdrachten door de overheid gesubsidieerde instellingen heeft toegelaten, die dus prijzen kunnen bieden die aanzienlijk lager zijn dan de prijzen van de andere inschrijvers, ook al hebben die inschrijvers zonder uitzondering de nationaliteit van en zijn zij gevestigd in de lidstaat waar de aanbestedende dienst is gevestigd, voor zover geen voorwaarde is gesteld inzake de nationaliteit van de marktdeelnemers, hun plaats van vestiging of de herkomst van de subsidie die zij eventueel ontvangen.

15 — Het Bundesvergabeamt stelt: „Het is alleszins mogelijk dat er ook in andere lidstaten instellingen zijn die steun ontvangen van hun overheid en die aan de litigieuze aanbestedingsprocedure zouden kunnen deelnemen (...)" (Nederlandse vertaling van de verwijzingsbeschikking). In de ogen van de verwijzende rechter is de eventuele deelneming van buitenlandse marktdeelnemers die eveneens door de bevoegde autoriteiten van hun lidstaat van herkomst worden gesubsidieerd, echter niet voldoende om te stellen dat er geen sprake is van discriminatie op grond van nationaliteit, plaats van vestiging van de inschrijvers of van herkomst van de subsidie die zij ontvangen. In dezelfde volzin zegt het: „de commerciële dienstverrichters uit andere lidstaten konden of hoefden er geen rekening mee te houden, dat zij in de aanbestedingsprocedure tegenover Oostenrijkse inschrijvers zouden komen te staan die door subsidie van Oostenrijkse territoriale lichamen jegens hen een wezenlijk kostenvoordeel hebben (...)". Daarmee sluit het Bundesvergabeamt klaarblijkelijk een argument uit waarmee het ontbreken van een beperking van de vrije dienstverrichting kan worden vastgesteld — de mogelijkheid voor gesubsidieerde buitenlandse ondernemingen om net als de nationale Oostenrijkse gesubsidieerde ondernemingen op een aanbesteding te reageren —, met een beroep op gronden die gebaseerd zijn op overwegingen die niets met deze problematiek te maken hebben — de schending van het beginsel van gelijke behandeling van marktdeelnemers, ongeacht hun nationaliteit, vanwege de deelneming van gesubsidieerde ondernemingen. Ik zal dit argument in het betoog over de eerste prejudiciële vraag onderzoeken.

VI — De werkingssfeer van de richtlijn: overeenkomsten tot dienstverrichting gesloten tussen een aanbestedende dienst en een dienstverrichter die afhankelijk is van aanbestedende diensten (vierde prejudiciële vraag)

40. Met de vierde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de richtlijn aldus moet worden uitgelegd, dat een overeenkomst tot dienstverrichting tussen een aanbestedende dienst en een dienstverrichter binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt, wanneer de dienstverrichter overwegend in handen is van de aanbestedende dienst, en de diensten die hij verricht overwegend bestemd zijn voor aanbestedende diensten, waaronder die waarvan hij eigendom is.

41. Het Bundesvergabeamt wijst op de mogelijkheid om de contractuele betrekkingen tussen een aanbestedende dienst en instellingen die volledig eigendom van die dienst zijn en uitsluitend voor die dienst werkzaam zijn, niet aan de eisen van de richtlijn te onderwerpen. Het Bundesvergabeamt vindt deze voorwaarden echter te restrictief en is van mening dat een aanbestedende dienst en een dienstverrichter ook functioneel met elkaar verbonden kunnen zijn zonder dat de dienstverrichter uitsluitend eigendom van de aanbestedende dienst is en alleen voor die dienst werkzaam is. Ook in dat geval rechtvaardigt de nauwe band tussen de aanbestedende dienst en die instelling dat hun contractuele betrekkingen niet onder de richtlijn vallen.

A — *De ontvankelijkheid*

42. Zoals ARGE en de Oostenrijkse regering in hun schriftelijke opmerkingen hebben aangevoerd, kan de ontvankelijkheid van deze vraag in twijfel worden getrokken. Uit de prejudiciële verwijzing blijkt namelijk niet dat de toepasselijkheid van de richtlijn op de aanbestedingsprocedure voor de Oostenrijkse rechter ter discussie is gesteld.

43. Het is echter uitsluitend een zaak van 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. Het Hof kan een verzoek van een nationale rechter slechts afwijzen, wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van een communautair voorschrift geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, of wanneer het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om op de gestelde vragen een nuttig antwoord te geven. [16]

44. Men kan niet beweren dat de werkingssfeer van de richtlijn geen verband houdt met het hoofdgeding. Als zou blijken dat

16 — Arrest van 18 november 1999, Unitron Scandinavia en 3-S (C-275/98, Jurispr. blz. I-8291, punt 18).

instellingen als de twee gesubsidieerde inschrijvers door hun kenmerken niet binnen de werkingssfeer van de richtlijn vallen, valt niet a priori uit te sluiten dat de verwijzende rechter, op basis en binnen de beperkingen van de toepasselijke nationale procedure, uit de richtlijn conclusies kan trekken die tot de beslechting van het geschil kunnen bijdragen, bijvoorbeeld door in de plaats van de bepalingen van de richtlijn ambtshalve andere bepalingen toe te passen.

45. Zoals wij zullen zien is de inhoud van het dossier bovendien nauwkeurig genoeg om de grondbeginselen vast te kunnen leggen waardoor de verwijzende rechter zich bij de beslechting van het hoofdgeding zal kunnen laten leiden.

46. In die omstandigheden acht ik het daarom noodzakelijk de gestelde vraag te beantwoorden, ook al is er blijkens het dossier niets dat tegen het aanvankelijk vastgestelde wettelijk kader pleit waarbinnen de aanbestedende dienst over een dienstverrichter zou beslissen.

47. Derhalve dient te worden onderzocht of de richtlijn in het onderhavige geval van toepassing is.

B — *Ten gronde*

48. Volgens de achtste overweging van de richtlijn „wordt alleen dienstverlening op basis van een overheidsopdracht door deze richtlijn bestreken (...) ". Uit artikel 1, sub a, van de richtlijn vloeit voort dat in de zin van de richtlijn en met uitsluiting van bepaalde opdrachten, onder overheidsopdrachten voor dienstverlening wordt verstaan schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die zijn gesloten tussen een dienstverlener enerzijds en een aanbestedende dienst anderzijds.

49. De rechtsverhouding van contractuele aard tussen de dienstverlener en de ontvanger van de dienst veronderstelt dat sprake is van twee rechtspersonen die bekwaam zijn om zich door een vrije wilsverklaring te verbinden. Daarom moet de dienstverrichter bepaalde kenmerken bezitten waaruit blijkt dat hij in de uitoefening van zijn economische activiteit ten opzichte van de overheidsinstantie die hem een opdracht geeft, voldoende zelfstandig kan handelen.

Zoals advocaat-generaal Cosmas in zijn conclusie in de zaak Teckal [17] duidelijk heeft gesteld, moet de medecontractant van de aanbestedende dienst *daadwerkelijk een derde zijn,* dat wil zeggen het moet gaan om een persoon die onderscheiden is van deze

17 — Arrest van 18 november 1999, C-107/98 (Jurispr. blz. I-8121, punten 53 e.v.).

dienst. Hij voegt eraan toe dat het gemeenschapsrecht op het gebied van overheidsopdrachten voor leveringen [18] „de aanbestedende diensten niet verplicht, de procedure die een doelmatige mededinging tussen de belanghebbenden waarborgt, te volgen, wanneer de betrokken diensten zelf de levering van de benodigde producten willen verzorgen".

50. Daarom vallen de zogenaamde „in-house"-diensten, dat wil zeggen die diensten die een overheidsinstantie door haar eigen diensten of door weliswaar organisatorisch onderscheiden, maar van haar afhankelijke diensten worden verricht, niet binnen de werkingssfeer van de richtlijn. [19]

51. In het reeds aangehaalde arrest Teckal werd het Hof de vraag voorgelegd of een territoriaal lichaam een aanbestedingsprocedure als bedoeld in richtlijn 93/36 moet houden, wanneer met de levering van goederen een consortium wordt belast waarvan het lichaam zelf deel uitmaakt.

52. Naast de toetsing van bepaalde juridische voorwaarden voor de toepasselijkheid van deze richtlijn, bijvoorbeeld dat het territoriale lichaam de hoedanigheid van aanbestedende dienst bezit of dat sprake is van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel, heeft het Hof de relatie tussen de aanbestedende dienst en haar medecontractant onderzocht.

53. Net als de onderhavige richtlijn is richtlijn 93/96 van toepassing wanneer een aanbestedende dienst een overeenkomst met een marktdeelnemer wil sluiten. Bij de toetsing van de vraag of er een overeenkomst was tussen twee afzonderlijke personen, heeft het Hof verklaard dat „daartoe in beginsel volstaat, dat de overeenkomst is gesloten tussen een territoriaal lichaam en een persoon die daar rechtens van onderscheiden is". [20] Het Hof heeft echter gepreciseerd: „Dit zou slechts anders zijn wanneer het territoriale lichaam op de betrokken persoon *toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten* en deze persoon *tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen.*" [21]

54. Deze fundamentele criteria berusten op de gedachte dat het lichaam waarmee de aanbestedende dienst de overeenkomst sluit, daadwerkelijk zelfstandig is. Uit het genoemde arrest Teckal vloeit voort dat de richtlijn van toepassing is wanneer het lichaam formeel van de aanbestedende dienst onderscheiden is en zelfstandig beslissingen kan nemen. [22]

18 — 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).

19 — Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Alber in zaak RI.SAN. (arrest van 9 september 1999, C-108/98, Jurispr. blz. I-5219, punten 46 en volgende).

20 — Arrest Teckal, reeds aangehaald, punt 50.

21 — Ibidem, cursivering van mij.

22 — Ibidem, punt 51.

55. Jammer genoeg zijn deze criteria niet zeer nauwkeurig. Het bestaan van een onderscheiden lichaam is gemakkelijk voor te stellen en te constateren, daar alleen maar vastgesteld hoeft te worden dat de marktdeelnemer een andere rechtsvorm heeft dan de aanbestedende dienst. Veel moeilijker vast te stellen is daarentegen in hoeverre het lichaam zelfstandig is. De aard van het toezicht dat een lichaam uitoefent op een juridisch van hem onderscheiden orgaan, of de vraag vanaf wanneer mag worden aangenomen dat het orgaan hoofdzakelijk werkt voor de overheidsinstantie waarvan het afhangt, kunnen ernstige twijfels oproepen.

56. De daadwerkelijke zelfstandigheid van een lichaam kan echter aan de hand van een groot aantal criteria worden vastgesteld. Aangezien alleen de nationale rechter alle gegevens, feitelijk en rechtens, kent die nuttig zijn voor de beslechting van het geschil dat hem is voorgelegd en hij het gemeenschapsrecht op dit geschil moet toepassen, is hij de meest aangewezen persoon om de handelingsvrijheid waarover een dergelijke marktdeelnemer ten opzichte van de aanbestedende dienst beschikt, nauwkeurig te beoordelen.

57. In elk geval moeten de nauwe banden van Seibersdorf en Arsenal met de Oostenrijkse overheid in het licht van deze beginselen worden geanalyseerd. Dan kan worden vastgesteld of daarin een afhankelijkheid tot uitdrukking komt die rechtvaardigt dat zij met monsternemingen en analyses van water kunnen worden belast buiten het kader van de bepalingen van de richtlijn.

1. Het toezicht van de aanbestedende dienst

58. Zoals gezegd, valt een overeenkomst niet onder de richtlijn wanneer het territoriaal lichaam op de betrokken persoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten. [23]

59. Wanneer de aanbestedende dienst jegens een marktdeelnemer dezelfde controlerende bevoegdheid uitoefent als jegens zijn eigen diensten, worden de taken waarmee hij die marktdeelnemer belast niet anders behandeld dan wanneer hij die binnen zijn eigen dienst zou hebben gedelegeerd. Indien het lichaam op de werkzaamheden van de dienstverrichter beslissende invloed kan uitoefenen en de laatstgenoemde daarom zelfstandigheid ontbeert, is er geen sprake van een echte overeenkomst tussen het lichaam en de dienstverrichter.

60. Volgens het Bundesvergabeamt zijn de onderzoeksinstellingen in kwestie overwegend economisch eigendom van de Oostenrijkse Staat of een deelstaat. Hun bestuursorganen worden door het betrokken territoriaal lichaam aangewezen of door een

23 — Ibidem, punt 50.

van die territoriale lichamen gecontroleerd. [24] ARGE beroept zich echter niet op eigendom van een deelstaat. Volgens haar bezit de Republiek Oostenrijk 50,5 % van de aandelen van Seibersdorf, terwijl de resterende 49 % in handen is van particuliere ondernemingen. Arsenal is volgens ARGE 100 % eigendom van de Republiek Oostenrijk. [25]

Het staat aan de verwijzende rechter het bewijsmateriaal waarover hij beschikt nauwkeurig te onderzoeken. Met inachtneming van de aanvullende gegevens van ARGE ga ik ervan uit dat de Staat op zijn minst hoofdaandeelhouder is.

61. Wat Arsenal betreft, ben ik van mening dat de analyse van advocaat-generaal Alber in zijn conclusie in de genoemde zaak RI.SAN. op de onderhavige zaak van overeenkomstige toepassing is. Volgens deze analyse kunnen wij „gezien het feit dat zij voor 100 % eigendom is van de Italiaanse Staat, ook zonder volledige kennis van haar interne organisatie, concluderen dat de vennootschap in zoverre een onderdeel van de Italiaanse Staat is". [26]

62. De situatie van Seibersdorf is minder duidelijk. Nagegaan moet worden in hoeverre deze instelling ondanks het feit dat de staat eveneens de meerderheid van de aandelen bezit, haar zelfstandigheid ten opzichte van de staat kan behouden.

63. Daartoe zal de verwijzende rechter onderzoeken in hoeverre de verklaring van ARGE gegrond is, dat de werkzaamheden van deze marktdeelnemer, ondanks de meerderheidsdeelneming van de staat, door zijn particuliere eigenaren worden bepaald. [27] Hij dient te verifiëren hoeveel vertegenwoordigers van particuliere marktdeelnemers welke functies in de besluitvormingsorganen van deze instelling bekleden, en te beslissen in hoeverre deze bevoegdheidsverdeling overeenkomstig het toepasselijke nationale recht het economische beleid van het Seibersdorf beïnvloedt.

64. Dit hoeft echter slechts te gebeuren wanneer de verwijzende rechter op grond van zijn nationale recht van mening, is dat de omstandigheid dat deze instellingen volgens zijn eigen woorden „uitsluitend of althans overwegend in handen zijn van de overheid" [28], niet volstaat om te waarborgen dat de overheid de lichamen die haar eigendom zijn daadwerkelijk controleert.

24 — Blijkens de verwijzingsbeschikking.

25 — Blijkens haar schriftelijke opmerkingen.

26 — Punt 53.

27 — ARGE voert in haar schriftelijke opmerkingen namelijk aan dat „de deelnemende particuliere ondernemingen, doordat zij een groot aantal functies binnen de raad van bestuur of de raad van commissarissen bekleden, in elk geval dominant zijn".

28 — Vierde prejudiciële vraag.

65. In elk geval kan het feit dat het om openbare lichamen gaat niet voldoende zijn. Om het Bundesvergabeamt een ter zake dienend antwoord te geven komt het erop aan zich ervan te vergewissen dat de overheidsinstantie die de onderzoeksinstellingen in het hoofdgeding controleert en de aanbestedende dienst één en dezelfde persoon zijn.

66. Het voorbehoud in het arrest Teckal berust op het beginsel dat het wegens het gebrek aan zelfstandigheid van een economisch lichaam ten opzichte van de instantie waarvan het eigendom is, onmogelijk of illusoir is dat tussen hen een overeenkomst bestaat, en dat de omstandigheid dat zij juridisch onderscheiden zijn, daaraan niet afdoet. Wordt uitgegaan van een rechtsverhouding die niet binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt, dan impliceert dit dat de aanbestedende dienst die de marktdeelnemer met de verrichting van verschillende diensten belast, ook de overheidsinstantie is die de marktdeelnemer controleert, en niet een andere instantie.

67. Daarentegen valt een contractuele relatie tussen een overheidsorgaan en een dienstverrichter die niet ondergeschikt is aan dat orgaan, binnen de werkingssfeer van de richtlijn, zelfs wanneer die dienstverrichter eigendom is van een ander openbaar lichaam.

68. Volgens het dossier is de Republiek Oostenrijk kennelijk hoofdeigenaar van de twee onderzoeksinstellingen, terwijl de aanbestedende dienst bestaat uit de deelstaten en een gespecialiseerd plaatselijk bestuurslichaam (het Landeswasserbauamt van de deelstaat Vorarlberg).

Onder die omstandigheden dient het Bundesvergabeamt te beslissen of Seibersdorf en Arsenal naar nationaal recht door de openbare lichamen waaruit de aanbestedende dienst bestaat, aan dezelfde controle kunnen worden onderworpen als de eigen diensten van die openbare lichamen, hoewel zij van die lichamen zijn onderscheiden.

69. De richtlijn is van toepassing wanneer de verwijzende rechter tot de conclusie komt dat de aanbestedende dienst geen controlerende bevoegdheid in de zin van het arrest Teckal heeft over de onderzoeksinstellingen.

70. Indien blijkt dat de aanbestedende dienst daadwerkelijk toezicht uitoefent, moeten nog andere dingen worden vastgesteld. Want de kwalificatie „in-house"-diensten voor de activiteiten van de betrokken instellingen hangt niet alleen van dit criterium af. De loutere constatering van een structurele afhankelijkheid van het openbaar lichaam dat een overheidsopdracht verleent, volstaat niet om de verrichte diensten te kwalificeren als diensten die vergelijkbaar zijn met de diensten waarover deze autoriteiten zouden beschikken indien zij ze met eigen middelen lieten verrichten.

71. Daarom dient, overeenkomstig het arrest Teckal, tevens de ontvanger van de door die instellingen uitgeoefende economische activiteit in de beschouwing te worden betrokken.

In dat geval blijkt dat het de bedoeling van het lichaam is om de verrichte diensten niet alleen voor doelstellingen van openbaar belang te gebruiken, maar deze ook hoofdzakelijk ten behoeve van zichzelf te bestemmen.

2. De ontvanger van de activiteit van de dienstverrichter

72. Volgens het arrest Teckal kan men er niet van uitgaan dat een overeenkomst tussen afzonderlijke personen is gesloten, wanneer de marktdeelnemer het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen. [29]

73. Zoals gezegd, berust het in dit arrest geformuleerde principe op het criterium van de zelfstandigheid van de marktdeelnemer. Een instelling is niet noodzakelijkerwijs verstoken van handelingsvrijheid vanwege het enkele feit dat de beslissingen die haar aangaan worden genomen door het lichaam dat haar beheerst, indien zij althans een aanzienlijk deel van haar economische activiteit voor andere marktdeelnemers kan uitoefenen.

74. Indien de organisatorische verhouding tussen een instelling en de autoriteit die haar controleert, er echter op neerkomt dat zij praktisch alle diensten uitsluitend ten behoeve van die autoriteit verricht, is sprake van een volledige afhankelijkheid.

75. Alleen onder deze voorwaarde kan worden gesteld dat de instelling die de diensten verricht het administratief verlengstuk is van het openbaar lichaam, dat dus de mededingingsregels van de richtlijn niet na hoeft te leven omdat het de economische activiteiten die het nodig heeft, zelf verricht.

76. Wanneer een instelling in hoofdzaak werkzaam is voor de overheidsinstantie dat haar controleert, is het op grond van de eigendomsverhouding tussen de twee instellingen logisch dat de instelling diensten verricht ten behoeve van de overheidsinstantie, zoals een interne afdeling ten behoeve van de instantie waarvan zij deel uitmaakt. De dwingende bepalingen van de richtlijn, die bedoeld zijn ter bevordering van de mededinging, zijn daarom niet van toepassing, omdat van mededinging geen sprake meer is.

77. Het ware daarentegen minder begrijpelijk indien deze door de overheid gesubsidieerde instelling andere marktdeelnemers of lichamen diensten zou aanbieden en aan de toepassing van de regels inzake overheidsopdrachten zou ontsnappen, hoewel zij handelt onder voorwaarden die vergelijkbaar zijn met die van een traditionele marktdeelnemer. Haar herkomst en haar publiekrechtelijke aard volstaan niet om haar van andere dienstverrichters te onderscheiden, wanneer zij dezelfde soort diensten in een vergelijkbare commerciële context aanbiedt.

29 — Punt 50.

78. Het feit dat een dergelijke marktdeelnemer op verschillende gebieden actief is, wijst erop dat hij in een bijzondere positie verkeert ten opzichte van de interne diensten van het lichaam waartoe hij behoort, een positie die niet kan worden afgedaan als een louter organisatorische autonomie.

79. Daarom gelden de gronden voor de bescherming van de mededinging waarop de communautaire regels voor het plaatsen van overheidsopdrachten zijn gebaseerd, evenzeer voor hem als voor andere dienstverrichters.

80. Voorts verschilt een dienstverrichter die met een ander lichaam dan dat waartoe hij behoort een overeenkomst wil sluiten, evenmin van een andere marktdeelnemer, zowel bezien vanuit het oogpunt van zijn concurrenten als vanuit dat van het openbaar lichaam dat de opdracht gunt. Omdat deze instelling in dat geval geen onderdeel van de aanbestedende dienst is, zijn de door haar aangeboden dienstverrichtingen voor deze aanbestedende dienst die van een derde.

81. Hoewel de controle op de dienstverrichter door de overheidsinstantie die een overeenkomst wenst te sluiten, dus een noodzakelijke voorwaarde is voor het aanmerken van de diensten van de dienstverrichter als „in-house"-diensten, is deze omstandigheid op zich niet toereikend. De activiteit van de dienstverrichter moet hoofdzakelijk worden verricht ten behoeve van het lichaam waartoe hij behoort. Wanneer de dienstverrichter commerciële werkzaamheden verricht, wordt de richtlijn dus weer toepasselijk, tenzij die werkzaamheden in verhouding tot zijn totale werkzaamheden slechts een marginale plaats innemen.

82. In casu zijn Seibersdorf en Arsenal volgens ARGE commercieel zeer actief op de markt. [30]

83. Om een beslissing over de toepasselijkheid van de richtlijn te kunnen nemen zal de verwijzende rechter dit punt nader moeten onderzoeken, ook al is hij blijkens de bewoordingen van de vierde vraag van mening dat de activiteit van de betrokken instellingen uitsluitend of althans overwegend wordt verricht ten behoeve van openbare lichamen. Hij zal meer in het bijzonder moeten vaststellen of de betrokken instellingen het merendeel van hun werkzaamheden verrichten ten behoeve van de aanbestedende dienst aan het toezicht waarvan zij mijns inziens [31] zijn onderworpen.

84. Wanneer de richtlijn van toepassing wordt verklaard op het geschil in het hoofdgeding, dient ook te worden onderzocht of de betrokken overeenkomst niet tot de overeenkomsten behoort waarvoor op grond van artikel 6 van de richtlijn een afwijking geldt.

30 — Aldus ARGE in haar schriftelijke opmerkingen.

31 — Zie punt 70 van deze conclusie.

3. De toepasselijkheid van artikel 6 van de richtlijn

85. Volgens artikel 6 geldt de richtlijn niet voor de gunning van overheidsopdrachten voor dienstverlening aan een instantie die zelf een aanbestedende dienst is, op basis van een alleenrecht dat zij uit hoofde van naar behoren bekendgemaakte nationale bepalingen geniet, op voorwaarde dat deze bepalingen verenigbaar zijn met het Verdrag.

86. Deze bepaling komt overeen met de achttiende overweging van de considerans van de richtlijn, volgens welke „indien er slechts één aangewezen voorzieningsbron bestaat, de desbetreffende opdrachten onder bepaalde voorwaarden geheel of ten dele van de onderhavige richtlijn kunnen worden vrijgesteld".

87. Met dit voorbehoud voor de betrokken overeenkomsten is in de richtlijn rekening gehouden met diensten die in sommige lidstaten slechts door bepaalde openbare lichamen, onder uitsluiting van alle andere dienstverrichters, ten behoeve van overheidsinstellingen kunnen worden verricht. De uitsluiting van andere instellingen geschiedt onafhankelijk van hun nationaliteit. [32]

32 — Zie Flamme, P., Flamme, M.-A., „Les marchés publics de services et la coordination de leurs procédures de passation", *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, nr. 365, februari 1993, blz. 150 e.v., paragraaf 9, punt 10.

88. De toepasselijkheid van de richtlijn hangt dus in de eerste plaats af van de aard van de betrokken diensten. In het onderhavige geval kan nu al worden vastgesteld dat de gesubsidieerde instellingen voldoen aan de drie criteria van de richtlijn om het begrip „publiekrechtelijke instelling" te definiëren, welk begrip wordt gebruikt ter aanduiding van andere aanbestedende diensten dan de staat, territoriale lichamen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen. [33]

89. Vaststaat dat deze instellingen zijn opgericht om te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, dat zij rechtspersoonlijkheid hebben, en dat zij onder leiding en toezicht staan van een andere aanbestedende dienst of in hoofdzaak door deze worden gefinancierd. [34]

33 — Volgens artikel 1, sub b, van de richtlijn „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".
In het arrest van 15 januari 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. (C-44/96, Jurispr. blz. I-73, punt 21) heeft het Hof deze voorwaarden, zoals die eveneens zijn vervat in artikel 1, sub b, tweede alinea, 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 (PB L 199, blz. 54), in cumulatieve zin uitgelegd. Deze oplossing kan worden toegepast op het onderhavige artikel, dat volledig identiek is met laatstbedoelde bepaling.

34 — Blijkens de verwijzingsbeschikking.

90. Omdat de twee instellingen dus zelf aanbestedende diensten zijn, moet nog worden aangetoond dat zij een alleenrecht hebben in de zin van artikel 6 van de richtlijn, uit hoofde van bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen.

91. Noch uit de uiteenzetting van de verwijzende rechter, noch uit hetgeen de interveniënten hebben aangevoerd is af te leiden dat een van de twee onderzoeksinstellingen op het moment van de aanbestedingsprocedure een alleenrecht had inzake de verrichting van het soort diensten waarop deze procedure betrekking heeft. Artikel 6 en de daaraan ten grondslag liggende exclusiviteitsgedachte zijn in de prejudiciële verwijzing niet eens ter sprake gekomen, wat erop wijst dat de twee inschrijvers waartegen ARGE bezwaar heeft gemaakt, niet over een alleenrecht beschikken.

92. Anders ware het onbegrijpelijk waarom een gunningsprocedure op grond van deze richtlijn zou zijn georganiseerd, terwijl artikel 6 juist bepaalt dat een dergelijke overeenkomst niet onder de bepalingen ervan valt.

93. Daarom concludeer ik dat de richtlijn van toepassing is wanneer een aanbestedende dienst een overeenkomst wenst te sluiten met een instelling die formeel van hem onderscheiden is en die hoofdzakelijk eigendom is van andere lichamen dan de lichamen waaruit de aanbestedende dienst bestaat.

Wanneer de instelling weliswaar formeel van de aanbestedende dienst onderscheiden is, maar deze dienst hoofdeigenaar ervan is, is de richtlijn van toepassing wanneer de instelling het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van andere marktdeelnemers of andere lichamen dan die waaruit deze aanbestedende dienst bestaat.

In beide gevallen is de richtlijn niet van toepassing wanneer de overeenkomst binnen de werkingssfeer van artikel 6 van de richtlijn valt.

VII — Discriminatie tijdens de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (eerste vraag)

94. Met de eerste prejudiciële vraag wenst het Bundesvergabeamt te vernemen of artikel 3, lid 2, van de richtlijn zich verzet tegen de beslissing van een aanbestedende dienst om in een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten instellingen toe te laten die financiële steun ontvangen van aanbestedende diensten, waardoor die instellingen in staat zijn prijzen te bieden

die aanzienlijk lager zijn dan die van de andere inschrijvers.

95. Het in dat lid neergelegde beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers beoogt niet alleen mogelijke discriminatie van marktdeelnemers uit andere lidstaten te verbieden. Net als andere bepalingen van deze richtlijn of van richtlijnen betreffende andere overheidsopdrachten [35] bevat het geen nationaliteitsvoorwaarde.

35 — Artikel 3, lid 1, van de richtlijn bepaalt bijvoorbeeld dat bij het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening of het houden van prijsvragen voor ontwerpen de aanbestedende diensten aan de bepalingen van deze richtlijn aangepaste procedures toepassen. Het Hof heeft ten aanzien van een vergelijkbare tekst — het identiek geformuleerde artikel 4, lid 1, van richtlijn 90/531/EEG 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), dat de toepassing van richtlijn 90/531 voorschrijft, wanneer de aanbestedende diensten hun opdrachten voor leveringen plaatsen —, duidelijk gesteld dat er geenszins sprake is van een voorwaarde inzake de nationaliteit of de plaats van vestiging van de inschrijvers (arrest van 2 april 1996, Commissie/België, C-87/94, Jurispr. blz. I-2043, punt 33). Overigens blijkt uit de twintigste overweging van de richtlijn dat het beëindigen van mededingingsbeperkende praktijken niet alleen moet gelden voor de praktijken die de deelneming aan aanbestedingen belemmeren van onderdanen van andere lidstaten. Evenzo heeft het Hof in het arrest van 22 juni 1993, Commissie/Denemarken (C-243/89, Jurispr. blz. I-3353, punt 33) ten aanzien van 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) bepaald dat, ook al is 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 de betrokken richtlijn, blijkens een van de overwegingen van de richtlijn, met betrekking tot de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten en de selectie- en gunningscriteria die die mededinging moeten waarborgen. Het Hof moest een uitspraak doen over een grief inzake de schending van richtlijn 71/305 ongeacht de nationaliteit van de inschrijver aan wie de opdracht was gegund. Het doel van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten, namelijk bescherming van de mededinging, moet worden bereikt met toepassing van het beginsel van gelijke behandeling, waarbij niet alleen wordt gelet op discriminatie wegens nationaliteit. Het beginsel van vrije mededinging is naar mijn mening een zelfstandig beginsel ten opzichte van het beginsel van het vrij verrichten van diensten, waarop de richtlijn is gebaseerd, ook al hangen de twee beginselen nauw samen, aangezien het eerstgenoemde beginsel bijdraagt tot de doeltreffendheid van het tweede.

96. De schending van de richtlijn hoeft dus niet samen te hangen met een inbreuk op de gelijke behandeling van inschrijvers uit verschillende lidstaten.

97. Dezelfde filosofie ligt overigens ook aan de desbetreffende nationale wetgeving ten grondslag. In § 16, lid 1, van het Bundesvergabegesetz (wet inzake de overheidsopdrachten) is bepaald: „Opdrachten voor dienstverrichtingen ingevolge een in deze wet geregelde procedure moeten worden gegund overeenkomstig de beginselen van vrije en eerlijke mededinging en gelijke behandeling van alle gegadigden en inschrijvers, aan bevoegde, efficiënte en betrouwbare ondernemingen — hetgeen uiterlijk op het tijdstip van de opening van de offertes wordt beoordeeld — tegen redelijke prijzen."

98. Dat de gesubsidieerde inschrijvers in het onderhavige geval zonder uitzondering Oostenrijkse instellingen zijn, is dus niet relevant voor de beantwoording van deze prejudiciële vraag.

99. Eerst moet worden beslist of het marktdeelnemers uitsluitend vanwege het feit dat zij subsidie ontvangen verboden is deel te nemen aan procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten; is dit niet verboden, dan moet worden nagegaan of dit antwoord ook geldt wanneer de subsidie in kwestie onrechtmatig is.

100. Het Bundesvergabeamt merkt op dat de aan de inschrijvers verleende subsidies steunmaatregelen in de zin van artikel 92 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 87 EG) of „bijzondere kostenvoordelen" [36] zijn. Het geeft aan dat „het concurrentievoordeel in de vorm van geringere kosten (...)" dat zij genieten „een gevolg is van met steun vergelijkbare subsidiëring door rechtstreekse financiering dan wel door het ter beschikking stellen van personeel, bedrijfsruimte of technische uitrusting, of beide". De verwijzende rechter voegt hieraan toe dat de subsidiëring geschiedt door het betrokken territoriaal lichaam, hetzij de federatie, hetzij een deelstaat. [37]

101. Ik herinner eraan dat „het begrip steun niet alleen positieve prestaties omvat zoals subsidies, maar ook maatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten, die normaliter op het budget van de onderneming drukken en daardoor, zonder nog subsidies in de strikte zin van het woord te zijn, van gelijke aard zijn en tot identieke gevolgen leiden". [38] Omdat het ter beschikking stellen van personeel of goederen door de Oostenrijkse openbare lichamen om niet of tegen een voordeeltarief geschiedt [39], dient overwogen te worden of de aldus verleende voordelen staatssteun in de zin van artikel 92 van het Verdrag vormen.

102. Zoals bekend is dit principieel verbod van staatssteun evenwel noch absoluut noch onvoorwaardelijk, aangezien niet alleen bepaalde steunmaatregelen op grond van artikel 92, lid 2, van rechtswege verenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt, maar artikel 92, lid 3, de Commissie ook een ruime beoordelingsvrijheid laat om in afwijking van het algemene verbod van lid 1 steunmaatregelen goed te keuren. [40]

103. Waar het gemeenschapsrecht bepaalde vormen van staatssteun toelaat, erkent het naar mijn mening dat de begunstigde marktdeelnemers het recht hebben onder dezelfde voorwaarden als de andere marktdeelnemers hun activiteit uit te oefenen. Wat zou het immers voor zin hebben ondernemers op rechtmatige wijze te steunen, wanneer tegelijkertijd de uitoefening van een normale economische activiteit of het sluiten van bepaalde overeenkomsten verboden zou zijn, onder het voorwendsel dat die aan bijzondere regels onderworpen zijn? Een dergelijke uitlegging zou bovendien nauwelijks verenigbaar zijn met de compensatiegedachte die bepaalde steunmaatregelen rechtvaardigt, aangezien de steun in de vorm van subsidie of logistieke bijstand al snel teniet zou worden gedaan door de beperkingen van de economische activiteit van de betrokkenen.

104. De mogelijke rechtmatigheid van de staatssteun heeft dus tot gevolg dat niets zich ertegen verzet dat de rechtmatig gesteunde economische instellingen ten volle actief kunnen zijn op de markt. Daar de markt zich niet beperkt tot niet-geregle-

36 — Aldus de verwijzingsbschikking.

37 — Nog steeds volgens de verwijzingsbeschikking.

38 — Arrest van 11 juli 1996, SFEI e.a. (C-39/94, Jurispr. blz. I-3547, punt 58).

39 — Ibidem, punt 59.

40 — Ibidem, punt 36.

menteerde contractuele betrekkingen, maar ook overheidsopdrachten omvat, is er geen reden om deze marktdeelnemers uit te sluiten van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten.

105. Ik sluit mij aan bij de zienswijze van de Commissie, dat een aangemelde en met de gemeenschappelijke markt verenigbaar verklaarde steunmaatregel geen invloed mag hebben op de beslissing van de aanbestedende dienst inzake de toelating van een inschrijver en inzake de toetsing van de ingediende offerte.

106. Daar komt bij, zoals de Oostenrijkse en Franse regering[41] hebben gesteld, dat het feit dat sommige tussen twee aanbestedende diensten gesloten overeenkomsten krachtens artikel 6 van de richtlijn buiten de werkingssfeer van de richtlijn vallen wanneer de overheidsopdracht voor dienstverlening wordt gegund op basis van een alleenrecht, de zienswijze bevestigt, dat de richtlijn kan gelden voor instellingen die staatssteun ontvangen wanneer geen sprake is van een alleenrecht. Volgens de in de richtlijn neergelegde definitie omvat het begrip „aanbestedende dienst" publiekrechtelijke instellingen, aldus omschreven dat zij in hoofdzaak door de overheid worden gefinancierd.[42] Voor de toepasselijkheid van de richtlijn volstaat dus dat een dienstverrichter aan de definitie van „aanbestedende dienst" voldoet, hetgeen meestal blijkt uit financiering van overheidswege, zonder dat hij door een alleenrecht verbonden is met de aanbestedende dienst ten behoeve waarvan hij de diensten verricht. De richtlijn sluit derhalve in beginsel niet uit dat een gesubsidieerde instelling aan een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten deelneemt.

107. Onder die omstandigheden verbiedt de richtlijn niet dat instellingen als die in het hoofdgeding, aan de litigieuze procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten deelnemen.

108. Het antwoord op de vraag hoe een aanbestedende dienst zich moet gedragen jegens een inschrijver die onrechtmatige staatssteun ontvangt, is daarentegen minder duidelijk.[43]

109. Natuurlijk betwisten de marktdeelnemers die uitgeschakeld zijn of wier kansen om een opdracht te verkrijgen zijn verminderd wegens de deelneming van instellingen die over dergelijke concurrentievoordelen beschikken, het recht van de aanbestedende dienst om die instellingen toe te laten zonder de rechtmatigheid van de steunmaatregelen aan een minimale toetsing te hoeven onderwerpen.

41 — In hun schriftelijke opmerkingen.

42 — Zie voetnoot 33 van deze conclusie.

43 — Hoewel de kwestie van de regeling die van toepassing is op onrechtmatige staatssteun in de schriftelijke opmerkingen van de interveniënten en ter terechtzitting vaak aan de orde is gekomen, is zij in het onderhavige geval zuiver hypothetisch, daar niet wordt aangevoerd dat de door de onderzoeksinstellingen ontvangen steun onrechtmatig zou zijn.

110. De onrechtmatigheid van een steunmaatregel zou tot het verbod van deelneming van een gesubsidieerde marktdeelnemer aan elke procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten moeten leiden. Ook als de onrechtmatig aan een marktdeelnemer verleende steun geen rechtstreekse invloed heeft op factoren als de in de aanbestedingsprocedure geboden prijs, die van grote betekenis zijn voor de uiteindelijke beslissing van de aanbestedende dienst, kan deze toch de lasten verlichten die zijn economische concurrentievermogen verminderen.

111. Hoewel deze opvatting juist is, kan zij het hoofdzakelijk juridische en procedurele probleem niet oplossen waarmee de verwijzende rechter in het hoofdgeding wordt geconfronteerd. Daar rijst namelijk de vraag of het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers krachtens artikel 3, lid 2, van de richtlijn, de aanbestedende dienst het recht geeft om de deelneming van onrechtmatig gesubsidieerde inschrijvers te verbieden, ja zelfs de subsidies die zij ontvangen op hun rechtmatigheid te toetsen.

112. De kenmerken waaraan de inschrijvers moeten voldoen, de aanbiedingen die zij doen en de dienovereenkomstige bewijsstukken, waarvan de deelneming van deze marktdeelnemers aan de procedure en de uiteindelijke gunning van de opdracht afhangen, zijn in titel VI van de richtlijn vastgelegd.

113. Daartoe behoren factoren op grond waarvan de aanbestedende dienst bepaalde dienstverrichters van deelneming aan een opdracht mag uitsluiten. Verschillende bepalingen hebben betrekking op wettelijke verplichtingen van de dienstverrichter. Op grond daarvan kan de aanbestedende dienst een inschrijver uitsluiten die bijvoorbeeld niet aan zijn verplichtingen uit hoofde van de sociale of fiscale wetgeving heeft voldaan. [44]

Maar in de richtlijn is niets bepaald over de consequenties die moeten worden getrokken uit de vaststelling dat niet-aangemelde steun is verleend, die mogelijk of zelfs kennelijk onrechtmatig is.

114. De Commissie is de ontstaansgeschiedenis van de richtlijn vanuit dit aspect nagegaan. Zij heeft opgemerkt dat in haar eerste voorstel [45] een identieke bepaling was opgenomen als in artikel 34, lid 5, laatste alinea, 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 telecommunicatie. [46] Op grond daarvan „kunnen aanbiedingen die abnormaal laag zijn als gevolg van de ontvangst van staatssteun door de aanbestedende diensten pas dan worden afgewezen als zij de inschrijver hebben geraadpleegd en deze niet kan aantonen dat de steun in kwestie overeenkomstig artikel 93, lid 3, van het Verdrag

44 — Een dienstverlener die bijvoorbeeld niet aan zijn belastingverplichtingen heeft voldaan overeenkomstig de wettelijke bepalingen van het land van de aanbestedende dienst, kan krachtens artikel 29, sub f, van de richtlijn van deelneming aan een opdracht worden uitgesloten.

45 — PB 1991, C 23, blz. 1.

46 — PB L 199, blz. 84.

ter kennis van de Commissie is gebracht of door de Commissie is goedgekeurd. Aanbestedende diensten die een inschrijving om deze redenen afwijzen, stellen de Commissie daarvan in kennis."

115. Volgens de Commissie heeft de Raad deze bepaling tijdens de wetgevingsprocedure uit haar voorstel geschrapt.[47] Als reactie daarop heeft de Commissie in haar mededeling aan het Europees Parlement een verklaring opgenomen volgens welke de Raad met deze wijziging van het voorstel voor de richtlijn, uitdrukking heeft gegeven „aan zijn wens discriminatie tussen particuliere en openbare inschrijvers te vermijden". In dezelfde verklaring herinnerde zij eraan „dat zij krachtens het Verdrag bevoegd is tot het voorkomen van misbruik van staatssteun waardoor de mededinging kan worden vervalst, en zij om die reden de wijzigingen kan aanvaarden".

116. Dit ontwikkelingsproces van de betrokken bepaling is in twee opzichten instructief.

117. In de eerste plaats was de wetgever zich er bij de vaststelling van de richtlijn klaarblijkelijk van bewust dat sommige marktdeelnemers in procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten in een gunstiger positie verkeren omdat zij staatssteun ontvangen. Dat de wetgever de wettelijke regeling van dergelijke situaties beperkt tot niet-aangemelde of niet-goedgekeurde steun, bevestigt overigens dat lichamen die rechtmatig verleende staatssteun ontvangen in beginsel aan procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening mogen deelnemen. Wat ik hierboven over dit aspect heb gezegd, vindt hier dus bevestiging in de wil van de gemeenschapswetgever.[48]

118. Tevens moeten conclusies worden verbonden aan het feit dat de gemeenschapswetgever ook een ondubbelzinnig standpunt heeft ingenomen over de omvang van de bevoegdheid van de aanbestedende dienst bij het gunnen van overheidsopdrachten voor dienstverlening. Artikel 37, eerste alinea, van de richtlijn heeft in zijn definitieve redactie betrekking op het recht van de aanbestedende dienst om abnormaal lage aanbiedingen in verhouding tot de te verrichten dienst af te wijzen. Volgens deze bepaling dient de aanbestedende dienst, voordat hij de aanbieding kan afwijzen, om preciseringen over de samenstelling daarvan te verzoeken en aan de hand van de ontvangen toelichtingen te onderzoeken of deze samenstelling overeenkomt met de realiteit.

Omdat een precieze bepaling als die van artikel 34 van richtlijn 93/38 ontbreekt, is de aanbestedende dienst uit hoofde van de richtlijn echter niet bevoegd de aanbieding af te wijzen van een inschrijver die onrechtmatige of niet bij de Commissie aangemelde steun ontvangt. Men kan de gekozen redactie betreuren, temeer omdat er geen duidelijke reden is om dit punt in richtlijn 93/38 anders te regelen dan in richtlijn 92/50.

47 — Punt 22 van de schriftelijke opmerkingen van de Commissie.

48 — Zie punten 99-106 van deze conclusie.

119. Dat de richtlijn op dit punt zwijgt, is terug te voeren op een omstandigheid waarmee bij de uitlegging van de bepaling rekening moet worden gehouden.

120. Uit de door de Raad in het voorstel van de Commissie aangebrachte wijzigingen en de uitdrukkelijke instemming van de Commissie daarmee, blijkt de opvatting die de gemeenschapswetgever heeft over de toetsing van onrechtmatige staatssteun, die volgens hem hoofdzakelijk een taak is van de Commissie.

121. Volgens de Franse regering en de Commissie hoeft het feit dat de richtlijn geen bepaling bevat over de bevoegdheid van de aanbestedende dienst om de aanbieding van een inschrijver die onrechtmatige steun ontvangt af te wijzen, niet te betekenen dat de aanbestedende dienst aan een dergelijke omstandigheid geen consequenties kan verbinden.

122. De Franse regering voert aan dat de richtlijn de aanbestedende dienst niet uitdrukkelijk voorschrijft of toestaat een aanbieding van een gesubsidieerde instelling af te wijzen. Maar zij wijst op de risico's die ontstaan wanneer de aanbestedende dienst een opdracht gunt aan een inschrijver die onrechtmatige steun ontvangt. De Franse regering voert aan dat een aanbestedende dienst, wanneer hij constateert dat een abnormaal lage aanbieding met onrechtmatige steun wordt gefinancierd, het recht heeft deze af te wijzen. De kans bestaat namelijk dat de inschrijver de ten onrechte ontvangen steun moet terugbetalen, waardoor het risico ontstaat dat de uitvoering van de opdracht niet kan worden voltooid.

123. De Commissie is van mening dat een aanbestedende dienst bij de selectie van de ondernemingen, dus bij de beoordeling van de financiële en economische draagkracht van de dienstverrichter, rekening kan houden met het feit dat een inschrijver onrechtmatige steun heeft ontvangen. Net als de Franse regering beroept de Commissie zich op de omstandigheid dat op grond van de rechtspraak van het Hof staatssteun die onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt of die niet bij de Commissie is aangemeld, mogelijk wordt teruggevorderd. Zij betoogt dat een aanbestedende dienst niet verweten kan worden dat hij zich beschermt tegen het risico van het sluiten van een overeenkomst met een marktdeelnemer die steun ontvangt waarvan de rechtmatigheid twijfelachtig is, door deze na een onderzoek van zijn financiële en economische draagkracht uit te sluiten. De Commissie geeft daarom in overweging te antwoorden dat het gemeenschapsrecht zich er niet tegen verzet dat een aanbestedende dienst, overeenkomstig zijn nationale wetgeving, tijdens de selectieprocedure bij de beoordeling van de financiële draagkracht van een inschrijver rekening houdt met de omstandigheid dat deze inschrijver onrechtmatige steun heeft ontvangen die kan worden teruggevorderd.

124. Ongeacht de waarde van deze argumenten, hoeven zij naar mijn mening slechts te worden onderzocht voor zover zij tot de beslechting van het geschil in het hoofdgeding bijdragen. Zoals gezegd heeft

de eerste vraag, gelet op haar bewoordingen en de interpretatie die daaraan moet worden gegeven in het licht van de verwijzingsbeschikking, betrekking op de rechtmatigheid van de beslissing van een aanbestedende dienst waarbij hij in een aanbestedingsprocedure gesubsidieerde instellingen *wél heeft toegelaten.*

125. Het gaat er in het onderhavige geval dus niet om de verwijzende rechter erover te informeren dat een aanbestedende dienst het recht heeft een inschrijver uit te sluiten of zijn aanbieding af te wijzen op grond van onrechtmatigheid van de steun. Aan de orde is integendeel de vraag of de aanbestedende dienst verplicht is aldus te handelen wanneer de steun onrechtmatig is.

Volgens de huidige stand van het gemeenschapsrecht heeft een aanbestedende dienst, op het punt van de deelneming van een gesubsidieerde instelling, het recht geen consequenties te trekken uit het feit dat sprake is van niet-aangemelde of onrechtmatige steun. Dit zou overigens niet anders zijn, wanneer de eerste versie van artikel 37 niet was gewijzigd. Volgens die versie had de aanbestedende dienst namelijk alleen de mogelijkheid een abnormaal lage aanbieding af te wijzen in geval van onrechtmatige of niet-aangemelde steun.

126. De Oostenrijkse regering ten slotte beroept zich op de dwingende mededingingsbepalingen van het Verdrag en de toepassing van artikel 37 van de richtlijn, wanneer een aanbieding abnormaal laag lijkt in verhouding tot de te verrichten dienst. Met toepassing van die bepaling beveelt zij een uitvoerig onderzoek aan van de verschillende kostenbestanddelen van de litigieuze aanbieding. Zij stelt voor de afwijzing van een aanbieding verplicht te maken wanneer uit de samenstelling van de kosten blijkt dat deze op grond van niet-goedgekeurde subsidie in strijd is met de mededinging.

127. De Oostenrijkse regering baseert haar opvatting zowel op de in de richtlijn neergelegde procedure voor het geval van een abnormaal lage aanbieding, als op het mededingingsrecht van de Gemeenschap. Zonder in te gaan op de gegrondheid daarvan, kan worden volstaan met op te merken dat de Republiek Oostenrijk ervan uitgaat dat de aanbestedende dienst eerst de litigieuze beslissing heeft genomen over de toelating tot de procedure, dan vaststelt dat de aanbieding abnormaal laag is, en op die grond te kennen geeft dat hij ze wil afwijzen. Daarmee gaat zij dus buiten het bestek van de eerste prejudiciële vraag, die beperkt is tot de toelatingsprocedure.

128. Gelet op een en ander, concludeer ik dat het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers, neergelegd in artikel 3, lid 2, van de richtlijn, zich niet verzet tegen de beslissing waarbij een aanbestedende dienst de deelneming aan een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten toelaat van lichamen die steun ontvangen van aanbestedende diensten, waardoor zij aanbiedingen kunnen doen waarvan de prijzen veel lager zijn dan die van de andere inschrijvers.

Conclusie

129. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Bundesvergabeamt als volgt te beantwoorden:

„1) Artikel 59 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 49 EG) en volgende artikelen moeten aldus worden uitgelegd, dat zij zich niet verzetten tegen een maatregel als het in het hoofdgeding aan de orde zijnde besluit, op grond waarvan een aanbestedende dienst in een aanbestedingsprocedure voor overheidsopdrachten door de overheid gesubsidieerde instellingen heeft toegelaten, die dus prijzen kunnen bieden die aanzienlijk lager zijn dan de prijzen van de andere inschrijvers, ook al hebben die inschrijvers zonder uitzondering de nationaliteit van en zijn zij gevestigd in de lidstaat waar de aanbestedende dienst is gevestigd, voor zover geen voorwaarde is gesteld inzake de nationaliteit van de marktdeelnemers, hun plaats van vestiging of de herkomst van de subsidie die zij eventueel ontvangen.

2) Richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening is van toepassing wanneer een aanbestedende dienst een overeenkomst wenst te sluiten met een instelling die formeel van hem onderscheiden is en die hoofdzakelijk eigendom is van andere lichamen dan die waaruit de aanbestedende dienst bestaat.

Wanneer de instelling weliswaar formeel van de aanbestedende dienst onderscheiden is, maar deze dienst hoofdeigenaar ervan is, is richtlijn 92/50 van toepassing wanneer de instelling het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van andere marktdeelnemers of andere lichamen dan die waaruit de aanbestedende dienst bestaat.

In beide gevallen is richtlijn 92/50 niet van toepassing wanneer de overeenkomst onder artikel 6 van die richtlijn valt.

3) Het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers, bedoeld in artikel 3, lid 2, van richtlijn 92/50, verzet zich niet tegen de beslissing van een aanbestedende dienst, waarbij deze de deelneming aan een procedure voór het plaatsen van overheidsopdrachten toelaat van lichamen die steun ontvangen van aanbestedende diensten, waardoor zij aanbiedingen kunnen doen waarvan de prijzen veel lager zijn dan die van de andere inschrijvers."