CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL F. G. JACOBS

van 24 februari 2000 *

1. In deze zaak gaat het om de wijze van berekening van de waarde van een aan te besteden werk, die van belang is om te weten of de communautaire regels inzake aanbestedingsprocedures van toepassing zijn. In het bijzonder is hier de vraag aan de orde of de waarde van alle of sommige elektrificatie- en straatverlichtingswerkzaamheden die in een aantal gemeenten binnen hetzelfde departement moeten worden uitgevoerd, met het oog op richtlijn 93/38/EEG van de Raad [1] (hierna: „richtlijn") moet worden samengeteld, wanneer de opdrachten weliswaar door afzonderlijke plaatselijke overheden worden gegund, maar onder toezicht en coördinatie van één enkele instelling die door die plaatselijke overheden is opgericht voor technische en administratieve ondersteuning, wanneer de opdrachten voor de respectieve netwerken inhoudelijk grotendeels identiek zijn en onderling gelijk, wanneer het werk in dezelfde periode moet worden uitgevoerd en wanneer de aanbestedingsberichten alle tegelijkertijd zijn gepubliceerd.

De relevante bepalingen van de richtlijn

2. De Commissie stelt niet-nakoming van de verplichtingen uit hoofde van artikel 4, lid 2, artikel 14, leden 1, 10 en 13, en de artikelen 21, 24 en 25 van de richtlijn. Ook sommige definities in de artikelen 1 en 2 zijn hier van belang.

3. Artikel 1, punt 1, definitieert onder meer „overheidsdiensten" als „de staat, zijn territoriale overheden, publiekrechtelijke lichamen en verenigingen bestaande uit een of meer van deze overheden of publiekrechtelijke lichamen". Ingevolge artikel 2, lid 1, geldt de richtlijn voor „aanbestedende diensten die: a) overheidsdiensten of openbare bedrijven zijn en die een van de in lid 2 als relevant in de zin van deze richtlijn aangemerkte activiteiten tot taak hebben; (...)". Tot deze activiteiten behoort de beschikbaarstelling of exploitatie van vaste netten die aan het publiek een dienst verlenen op het gebied van de productie, het vervoer of de distributie van elektriciteit of de elektriciteitstoevoer aan die netten.

* Oorspronkelijke taal: Engels.

1 — Richtlijn van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 199, blz. 84).

4. Artikel 4, lid 2, bepaalt: „De aanbestedende diensten zorgen ervoor dat er geen discriminatie tussen leveranciers, aannemers of dienstverrichters plaatsvindt."

5. Artikel 14 bepaalt:

„1. Deze richtlijn is van toepassing op opdrachten waarvan de geraamde waarde zonder de belasting over de toegevoegde waarde (BTW) gelijk is aan of meer bedraagt dan:

(...)

c) 5 000 000 ECU voor opdrachten voor de uitvoering van werken.

(...)

10. De berekening van de waarde van een opdracht voor de uitvoering van werken moet, met het oog op de toepassing van lid 1, worden gebaseerd op de totale waarde van het werk. Onder ‚werk' wordt verstaan het resultaat van een geheel van werkzaamheden van de bouwnijverheid of de water- en wegenbouw dat een zelfstandige economische functie zal moeten vervullen.

Wanneer met name een levering, een werk of een dienst in verscheidene percelen is verdeeld, moet de waarde van elk perceel in aanmerking worden genomen bij het bepalen van de in lid 1 bedoelde waarde. Wanneer de samengetelde waarde van de percelen gelijk is aan of meer bedraagt dan de in lid 1 vermelde waarde, zijn de bepalingen van dit lid op alle percelen van toepassing. Bij opdrachten voor de uitvoering van werken mogen de aanbestedende diensten echter afwijken van lid 1 voor percelen waarvan de geraamde waarde, exclusief BTW, minder dan 1 000 000 ECU bedraagt, mits het samengetelde bedrag van deze percelen niet meer dan 20 % van de totale waarde van het geheel van de percelen bedraagt.

(...)

13. De aanbestedende diensten mogen de toepassing van deze richtlijn niet omzeilen door de opdrachten te splitsen of bijzondere regels te gebruiken voor de berekening van de waarde van de opdrachten."

6. De artikelen 21, 24 en 25 van de richtlijn zijn opgenomen onder titel IV, „Procedures voor het plaatsen van opdrachten". Ingevolge artikel 21, lid 1, moet een oproep tot mededinging geschieden via een overeenkomstig een van de bijlagen bij de verordening opgestelde aankondiging, die ingevolge artikel 21, lid 5, in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* (hierna: „*PB*") moet worden bekendgemaakt. In deze zaak gaat het om bijlage XII, waarin de te verschaffen informatie tot in detail wordt opgesomd. Ingevolge artikel 24, lid 1, moeten aanbeste-

dende diensten die een opdracht hebben geplaatst de Commissie binnen twee maanden na de plaatsing ervan mededeling doen van het resultaat van de gunningsprocedure, ook weer door een overeenkomstig een van de bijlagen van de verordening opgestelde aankondiging (ditmaal bijlage XV), die ingevolge artikel 24, lid 2, in het *PB* moet worden bekendgemaakt. Ingevolge artikel 25, lid 1, moeten aanbestedende diensten de datum van verzending van beide soorten aankondigingen kunnen aantonen. Artikel 25, lid 5, verbiedt bekendmaking op enige andere wijze voordat de aankondigingen naar het Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen zijn ingezonden.

De feiten

7. In het Franse departement de Vendée hebben verschillende gemeentebesturen zogenoemde intergemeentelijke syndicaten gevormd voor het beheer van hun elektriciteitsdistributienetten. [2] In 1950 vormden al deze intergemeentelijke syndicaten plus twee afzonderlijke gemeenten (hierna alle gezamenlijk aangeduid als „plaatselijke diensten") één departementaal syndicaat, thans bekend als Syndicat départemental d'electrification de la Vendée, afgekort als „Sydev". [3] De plaatselijke diensten hielden daarmee niet op te bestaan, maar de Sydev nam de verantwoordelijkheid voor sommige van hun taken over. Uit door de Franse regering overgelegde documenten blijkt dat de bevoegdheden van de Sydev in de relevante periode (1994-1995) waren geregeld bij arrêté préfectoral van 3 oktober 1960, zij het dat de relevante bepalingen nadien (in 1997) zijn gewijzigd.

8. Ingevolge artikel 1 van het arrêté préfectoral van 1960 omvat de taak van de Sydev het volgende:

„1. gezamenlijke uitoefening van de rechten die door wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen inzake productie, transport, distributie en verbruik van elektrische energie aan plaatselijke overheden zijn toegekend, in het bijzonder bij de wet van 8 april 1946 inzake nationalisatie van elektriciteit en gas, en van alle taken die aan de aangesloten syndicaten en gemeenten zijn opgedragen;

2. gezamenlijke organisatie van de diensten die zij moeten leveren om een zo goed

2 — Noch de Commissie noch de Franse regering hebben het wettelijk kader voor het Hof toegelicht, maar naar het schijnt is de normale situatie in Frankrijk, voornamelijk geregeld bij de wetten van 15 juni 1906 en 8 april 1946, dat plaatselijke overheden verantwoordelijk zijn voor de elektriciteitsdistributie binnen hun gebied, waarvoor zij op standaardvoorwaarden concessies verlenen aan de nationale maatschappij Électricité de France (EDF), die nagenoeg een monopolie heeft voor de productie en distributie van elektriciteit in dat land. Zie bijvoorbeeld Bergougnoux, J., en Varoquaux, W., „Caractéristiques du service public d'électricité", *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* (*CJEG*), 1987, Librairies Techniques, Paris, blz. 811; Sablière, P., „Le nouveau modèle de cahier des charges pour la concession à Électricité de France de la distribution publique d'électricité", *CJEG*, 1993, blz. 1, en Sablière, P., „Le nouveau cahier des charges type de la concession du réseau d'alimentation générale en énergie électrique", *CJEG*, 1995, blz. 87.

3 — Dit schijnt de regel te zijn in Frankrijk: zie het advies/conclusie van mevrouw Devillers, Commissaire du gouvernement, in SIEP c/État et SDE, Cour administrative d'appel de Nantes, 17 september 1997, *CJEG*, 1998, blz. 398.

mogelijke beheer en exploitatie van hun elektriciteitsdistributie mogelijk te maken;

3. in het algemeen zich op de hoogte te houden van en deel te nemen in alle activiteiten in verband met elektriciteit en het gebruik ervan binnen het kader van de wettelijke en bestuursrechtelijke voorschriften".

9. Artikel 2 bevat een niet-uitputtende lijst van de activiteiten waarmee de Sydev zich met het oog op deze doelstellingen moest bezighouden, onder meer het vertegenwoordigen van de aangesloten overheden, het organiseren van administratieve, wettelijke en technische planning en research, het opmaken van een algemene inventarisatie van de behoeften van het departement en bevordering van de algemene en periodieke programma's voor werken in verband met de elektrische infrastructuur in de gemeenten, harmonisatie van de elektriciteitstarieven, het sluiten van overeenkomsten met concessiehouders voor de levering van elektriciteit en uitvoering van technische en financiële maatregelen.

10. Volgens de statuten van 1997 treedt de Sydev — anders dan in het arrêté préfectoral van 1960 was geregeld — namens de aangesloten overheden op als zowel „maître d'œuvre" (directievoerder) als „maître d'ouvrage" (aanbestedende dienst).

11. Op 21 december 1994 zond de Sydev een reeks berichten van aanbesteding van werken, waarvan 37 thans in geding, ter publicatie naar het *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* (hierna: „*BOAMP*").[4] De opdrachten betroffen uitbreidings- en onderhoudswerkzaamheden die gedurende een periode van drie jaar aan de bestaande elektriciteits- en straatverlichtingsnetten moesten worden uitgevoerd, onder de verantwoordelijkheid van de bij de Sydev aangesloten overheden. Alle aanbestedingsberichten werden gepubliceerd in de *BOAMP* van 12 januari 1995.

12. Deze aanbestedingsberichten betreffen 20 van de 23 bij de Sydev aangesloten diensten en op 3 gevallen na gaat het om zowel elektrificatie- als straatverlichtingswerkzaamheden voor ieder van die diensten. Getalsmatig bestrijken zij 80 % van alle elektriciteitstoevoer- en straatverlichtingsnetten in het departement.

13. In alle in de *BOAMP* gepubliceerde berichten werd de Sydev genoemd als de „instelling die de opdracht plaatst"; de offerten dienden te worden toegezonden aan de directie werken van de Sydev, aan haar adres, steeds onder vermelding van het betrokken intergemeentelijke syndicaat. De aan de elektrische distributienetten uit te voeren werkzaamheden waren in de daarop betrekking hebbende aankondigingen in gelijkluidende bewoordingen omschreven: „elektrificatie, alsmede aanverwante wer-

4 — De Commissie spreekt gedurende de administratieve procedure en in haar processtukken over 36 opdrachten. Omdat het aantal in de *BOAMP* aangekondigde opdrachten hoger was, vroeg het Hof om nadere toelichting. Daarop heeft de Commissie de 37 opdrachten genoemd die zij in deze zaak relevant achtte, en de Franse regering heeft geen bezwaar gemaakt tegen de aldus afgebakende omvang van het beroep.

ken, bijvoorbeeld civieltechnische werken aan telefoonnet, civiele techniek voor teledistributienet, geluidsnet". Ook de omschrijving van de aan de straatverlichtingsnetten uit te voeren werkzaamheden waren in de respectieve aankondigingen in gelijkluidende bewoordingen gesteld: „openbare verlichting, alsmede aanverwante werken, bijvoorbeeld geluidsnet".

14. In het merendeel van de in de *BOAMP* geplaatste berichten wordt voor elke opdracht afzonderlijk een geraamde waarde genoemd, berekend over drie jaar, van minder dan 5 000 000 ECU (destijds equivalent aan 33 966 450 FRF)[5], de drempelwaarde voor toepassing van de aanbestedingsrichtlijn. De samengetelde waarde van al die opdrachten bedroeg evenwel 609 000 000 FRF (483 000 000 FRF voor de elektrificatieopdrachten en 126 000 000 FRF voor de verlichtingsopdrachten). Bij een van de elektrificatieopdrachten en bij dertien verlichtingsopdrachten bedroeg de geschatte waarde minder dan 1 000 000 ECU (equivalent van 6 793 308 FRF op het relevante tijdstip); beneden die drempelwaarde kan de afwijking in artikel 14, lid 10, tweede alinea, laatste volzin, van de richtlijn worden toegepast, mits de geschatte gezamenlijke waarde tevens minder bedraagt dan 20 % van de totale waarde.

15. Vijf van de elektrificatieopdrachten hadden niettemin een hogere geraamde waarde dan de drempelwaarde van 5 000 000 ECU, en van die opdrachten alsmede van nog een opdracht juist beneden de drempelwaarde (30 000 000 FRF) had de Sydev een bericht ter publicatie naar het *PB* ingezonden. Ofschoon de verzoeken voor plaatsing op briefpapier van de Sydev waren geschreven, werd in de aankondigingen de plaatselijke dienst genoemd, gevolgd door de vermelding dat het werk onder toezicht van de Sydev zou worden uitgevoerd. Ook dienden de offerten te worden toegezonden aan de Sydev, aan haar adres, onder vermelding van de betrokken lokale dienst. De zes aankondigingen werden gepubliceerd in het *PB* op 6 januari 1995[6], waarbij de bekendgemaakte gegevens (gelijkluidend aan de in de *BOAMP* vermelde gegevens) echter niet alle rubrieken van het modelformulier conform bijlage XII van de richtlijn konden vullen. In alle gevallen werd de Sydev genoemd als de „instelling die de opdracht plaatst", met daarachter steeds, op één geval na, de naam van de betrokken plaatselijke dienst.

16. De opdrachten werden gegund volgens een procedure met drie fasen. Eerst werd een beperkte lijst van gegadigden opgesteld aan de hand van, naar uit de door de Franse regering overgelegde processen-verbaal van aanbesteding blijkt, de ingediende documenten waaruit bleek dat de betrokkene aan administratieve vereisten voldeed en de technische bekwaamheden bezat voor het werk, en vervolgens werd een der kandidaten uitgekozen, waarschijnlijk op basis van het criterium van de laagstbiedende. De aanbiedingen waren uitgedrukt in een percentage boven of beneden de voorgestelde eenheidsprijzen, waarbij de aanbieding de laagste prijs uitdrukte die in alle gevallen werd aanvaard waarin documenten waren overgelegd. Ten slotte zou de succesvolle inschrijver opdracht krijgen voor bepaalde,

5 — Zie aankondiging van de Commissie van 18 december 1993 (PB C 340, blz. 10).

6 — PB 1995, S 3, blz. 211-213.

in de loop van de driejarige periode uit te voeren werkzaamheden.

17. De berichten van gunning van de 37 opdrachten waar het in deze zaak om gaat, waaronder de zes in het *PB* aangekondigde opdrachten, zijn gepubliceerd in de *BOAMP* van 29 september 1995, waarbij telkens de Sydev werd genoemd als de „instelling die de opdracht heeft geplaatst". Van de gunning werd daarentegen geen enkel bericht ter publicatie naar het *PB* ingezonden. In alle gevallen, zo blijkt uit de gunningsberichten, werd de opdracht gegund aan een ter plaatse gevestigde firma. Maar sommigen van de succesvolle inschrijvers waren eigenlijk grote ondernemingen met vestigingen overal in Frankrijk; vier inschrijvers van dezelfde onderneming hebben ook met succes meegedongen voor gelijksoortige opdrachten in de Dordogne die de Commissie in haar verzoekschrift noemt. In 10 van de 17 gevallen waarin het ging om elektrificatie- en straatverlichtingswerkzaamheden voor een en dezelfde plaatselijke dienst, werden beide opdrachten aan dezelfde inschrijver gegund, in drie gevallen werd een van de opdrachten gedeeld met een andere inschrijver en in de overblijvende vier gevallen werden afzonderlijke opdrachten gegund aan verschillende inschrijvers. In totaal waren er 10 succesvolle inschrijvers voor de 37 opdrachten, waarbij hun behaalde resultaat varieerde van één enkele gedeelde opdracht tot acht volledige opdrachten en twee gedeelde opdrachten, in waarde uiteenlopend van 6 000 000 FRF tot 114 000 000 FRF benevens een aandeel van 48 000 000 FRF.

18. De Franse regering heeft de notulen overgelegd van gunningsprocedure voor elektrificatie- en verlichtingsopdrachten voor drie van de plaatselijke diensten in wier naam een aanbestedingsbericht (voor elektrificatieopdracht) in het *PB* was gepubliceerd. Hieruit is niet op te maken of ook andere dan plaatselijke firma's aanbiedingen hebben gedaan (de adressen zijn niet vermeld) maar wel kan men zien dat: i) alle notulen in dezelfde vorm zijn opgemaakt, met de naam Sydev bovenaan; ii) de algemene voorwaarden van aanbesteding vermelden dat „de werken zullen worden uitgevoerd binnen het gebied van het syndicaat, en de precieze omschrijving van de te maken werken zullen te zijner tijd door de Sydev aan de gekozen ondernemer worden bekendgemaakt"; iii) de aanbestedingsjury's voor de respectieve plaatselijke diensten verschillend waren samengesteld (in sommige gevallen was daarbij een vertegenwoordiger van de Sydev aanwezig en in andere niet) en de opening van aanbiedingen geschiedde op verschillende dagen of tijdstippen; iv) de lijst van gegadigden komen onderling overeen, maar zijn niet gelijkluidend bij de drie plaatselijke diensten en bij de twee soorten van opdrachten, en v) de aanbiedingen van de respectieve inschrijvers voor hetzelfde soort werk in verschillende gemeenten waren niet altijd gelijkluidend.

Procesverloop

19. Op 17 januari 1996 zond de Commissie, attent gemaakt op de mogelijkheid dat de hierboven beschreven procedures in strijd waren met het gemeenschapsrecht, de Franse Republiek een aanmaningsbrief waarin zij stelde dat afzonderlijke percelen

als evenzovele afzonderlijke opdrachten waren behandeld, dat twee derde van die opdrachten niet in het *PB* waren aangekondigd en dat een oneigenlijke procedure was gevolgd. De Franse regering bestreed dit, en op 7 april 1997 zond de Commissie een met redenen omkleed advies in de zin van artikel 169 EG-Verdrag (thans artikel 226 EG) waarin zij stelde dat: i) onjuiste informatie was verstrekt omtrent de omvang van het werk, waardoor inschrijvers uit andere lidstaten werden gediscrimineerd; ii) één enkel project voor werken was gesplitst uit voorgewende geografische en technische overwegingen, om een aantal percelen niet te hoeven publiceren in het *PB*; iii) de begrippen „aanbestedende dienst, vereniging van aanbestedende diensten, percelen en opdrachten" onjuist waren toegepast, en iv) de gevolgde procedure niet in de richtlijn was geregeld.

20. Op 22 januari 1998 maakte de Commissie onderhavig beroep aanhangig, waarin zij wenst te zien verklaard „dat de Franse Republiek bij de door het Syndicat départemental d'électrification de la Vendée in december 1994 uitgeschreven aanbesteding van elektrificatie- en straatverlichtingswerken, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens de artikelen 4, lid 2, 14, leden 1, 10 en 13, en de artikelen 21, 24 en 25 van richtlijn 93/38/EEG". De Commissie en de Franse Republiek hebben pleidooi gevoerd ter terechtzitting van 16 november 1999.

Analyse

Toepasselijkheid van de richtlijn

21. De litigieuze opdrachten werden begin 1995 bekendgemaakt en gegund. Uit het arrest van het Hof in zaak C-311/96, Commissie/Frankrijk [7], weten wij, dat de richtlijn op dat moment in Frankrijk nog niet was omgezet, maar als onweersproken staat vast dat de betrokken autoriteiten uitvoering hadden moeten geven aan de richtlijn en dat de Commissie het recht heeft een vordering in te stellen met betrekking tot een individueel geval van nietnaleving van een nog niet geïmplementeerde richtlijn. [8]

De gestelde inbreuken

22. De vordering van de Commissie omvat twee hoofdpunten. Eerst en vooral zou de Sydev hetgeen volgens de richtlijn als één enkele opdracht zou moeten gelden, om voorgewende technische en geografische redenen in een aantal kleinere opdrachten hebben opgesplitst, en aldus het vereiste van aankondiging in het *PB* omzeilend, potentiële gegadigden misleidend omtrent de feitelijke omvang van het werk en meedingen voor anderen dan plaatselijke

7 — Arrest van 29 mei 1997 (Jurispr. blz. I-2939).

8 — Zie arrest Hof van 11 augustus 1995, Commissie/Duitsland (C-431/92, Jurispr. blz. I-2189, punten 19-23).

ondernemers veel minder aantrekkelijk makend, een en ander in het nadeel van in het bijzonder gegadigden uit andere lidstaten. Ten tweede stelt zij dat aanbestedingsberichten die ter publicatie naar het *PB* waren ingezonden, onvolledig waren en dat naderhand geen gunningsberichten zijn ingezonden.

Verzuim van het vermelden van bepaalde informatie en van inzending van de gunningsberichten

23. De Franse regering weerspreekt het tweede punt met betrekking tot niet-naleving van de artikelen 21 (ontbrekende gegevens die hadden moeten worden vermeld in de bij het *PB* ingezonden aankondigingen), 24 en 25 van de richtlijn niet. [9] Zij geeft toe dat de ingezonden informatie onvolledig was en dat geen gunningsberichten zijn ingezonden. In confesso is dus dat de Franse Republiek de verplichtingen niet is nagekomen uit hoofde van de artikelen 21, lid 1, en 24, leden 1 en 2, van de richtlijn, door te verzuimen in de zes in het *PB* gepubliceerde aanbestedingsberichten alle gegevens te vermelden overeenkomstig bijlage XII en door te verzuimen de uitslag van de gunning van die opdrachten mee te delen.

24. Nu de Franse regering heeft toegegeven dat alleen voor de zes wel aangekondigde opdrachten gunningsberichten zijn ingezonden, acht ik een uitspraak van het Hof over het ontbrekende bewijs van de datum van verzending overeenkomstig artikel 25, lid 1, van de richtlijn niet nodig. Evenmin was er sprake van inbreuk op artikel 25, lid 5, met betrekking tot de ingezonden berichten, omdat de aan het Hof overgelegde documenten laten zien dat zij op dezelfde dag naar het *PB* en naar de *BOAMP* werden gezonden.

De grief met betrekking tot afzonderlijke behandeling van de opdrachten

25. Het gaat hier voornamelijk om de vraag of de opdrachten overeenkomstig artikel 14, lid 10, hadden moeten worden samengeteld dan wel of behandeling van elke opdracht afzonderlijk een door artikel 14, lid 13, verboden opsplitsing is; in beide gevallen komt dit neer op verzuim om opdrachten in het *PB* aan te kondigen wanneer zij onder de publicatieplicht vallen van artikel 21.

26. Volgens de Franse regering zijn al die opdrachten terecht behandeld als afzonderlijke opdrachten voor afzonderlijke werken.

27. De Commissie is van mening dat zij ingevolge de richtlijn als percelen van een en dezelfde opdracht hadden moeten worden behandeld en niet afzonderlijk, of het

9 — Zie punt 6 hierboven.

nu is op geografische basis (afzonderlijke opdrachten voor iedere gemeente) of op technische basis (afzonderlijke opdrachten voor elektrificatie en verlichting).

28. Er zijn drie varianten mogelijk bij de stelling van de Commissie: de elektrificatie- en verlichtingswerken hadden moeten worden behandeld als een geheel voor elke gemeente maar niet voor het departement, alle elektrificatiewerken en alle verlichtingswerken hadden moeten worden behandeld als twee afzonderlijke opdrachten voor het gehele departement, of beide categorieën hadden moeten worden behandeld als één opdracht voor het gehele departement. De overblijvende mogelijkheid is natuurlijk de door de Franse regering verdedigde optie.

29. Bij vijf van de 37 in geding zijnde berichten ging het om een geraamde waarde van meer dan 5 000 000 ECU; die berichten waren met nog een ander bericht (alle zes voor elektrificatieopdrachten) ook gepubliceerd in het *PB*. Bij veertien berichten (alle op één na voor verlichtingsopdrachten) ging het om bedragen van minder dan 1 000 000 ECU.

30. Zouden elektrificatie- en verlichtingsopdrachten voor elke gemeente afzonderlijk zijn samengeteld (dus als er wel redenen waren voor scheiding in geografisch maar niet in technisch opzicht) zou de waarde in minstens één geval boven de drempel van 5 000 000 ECU zijn gekomen — en voor die gemeente is voor de elektrificatieopdracht ook inderdaad een aankondiging in het *PB* (30 000 000 FRF) gepubliceerd, waarbij de verlichtingsopdracht minder betrof dan 1 000 000 ECU en 20 % van het totaal voor die gemeente. Zou dus vast komen te staan dat er goede gronden waren voor opdeling van de opdracht over de verschillende gemeenten, maar niet voor splitsing elektrificatie- en verlichtingswerkzaamheden, dan blijft de inbreuk beperkt tot het verzuim om de aanbestedingen bekend te maken voor de verlichtingswerkzaamheden voor de vijf overige gemeenten waar aankondigingen van de elektrificatieopdrachten waren gepubliceerd en waar de verlichtingsopdrachten een hogere waarde vertegenwoordigden dan 1 000 000 ECU.

31. Zouden daartegen alle opdrachten voor het gehele departement per categorie zijn samengeteld (dus wel technisch gescheiden maar niet geografisch), dan komen allebei de categorieën ruimschoots boven de drempel van 5 000 000 ECU. Eén elektrificatieopdracht (voor 6 000 000 FRF) zou dan zijn vrijgesteld van de publicatieplicht doordat deze beneden de drempel blijft van 1 000 000 ECU en van 20 % van de totale waarde van alle elektrificatiewerkzaamheden. De verlichtingsopdrachten die beneden de drempel blijven, komen op meer uit dan 20 % van de totale waarde van alle verlichtingswerkzaamheden, maar zes ervan zouden kunnen worden vrijgesteld vóór dat dit percentage is bereikt (voor een bedrag van 25 000 000 FRF). Zou scheiding dus zijn gerechtvaardigd om technische maar niet om geografische redenen, dan zou de inbreuk twaalf elektrificatieopdrachten en twaalf verlichtingsopdrachten betreffen.

32. Ten slotte, als opdrachten in beide categorieën werden samengevoegd voor het departement (dus scheiding niet om technische of geografische redenen zou zijn gerechtvaardigd), dan zouden alle veertien opdrachten beneden de drempel van 1 000 000 ECU zijn vrijgesteld van de publicatieplicht omdat zij minder dan 20 % van het totaal zouden vertegenwoordigen. De inbreuk zou dan twaalf elektrificatieopdrachten, maar slechts vijf verlichtingsopdrachten betreffen.

33. Daarom moeten beide manieren waarop de opdrachten kunnen worden gescheiden, worden onderzocht, omdat elk van de drie manieren waarop zij kunnen worden samengeteld, andere gevolgen kan hebben.

Artikel 14, lid 10, en artikel 14, lid 13: samentelling en splitsing

34. Artikel 14, lid 1, bepaalt dat de richtlijn van toepassing is op opdrachten met een geraamde waarde van ten minste 5 000 000 ECU. Krachtens artikel 14, lid 10, moet wanneer het werk is verdeeld in verschillende percelen, voor de toepassing van artikel 14, lid 1, de totale waarde van alle percelen in aanmerking worden genomen. Artikel 14, lid 13, bepaalt dat de aanbestedende diensten de richtlijn niet mogen omzeilen door opdrachten te splitsen.

35. Men zou kunnen denken dat in artikel 14, lid 10, en in artikel 14, lid 13, dezelfde bepaling in andere bewoordingen wordt uitgedrukt. Ik meen echter dat tussen die bepalingen onderscheid moet worden gemaakt.

36. Artikel 14, lid 10, noemt zuiver objectieve criteria om vast te stellen of de richtlijn van toepassing is. De term „werk" wordt gedefinieerd en het is de totale waarde van dat werk, zo nodig berekend door de waarde van de percelen waarin het kan zijn verdeeld, op te tellen, die uitsluitsel geeft of de bepalingen van de richtlijn moeten worden gevolgd.

37. Artikel 14, lid 13, daarentegen voegt een subjectief element toe. Deze bepaling spreekt van „omzeilen" van de richtlijn door specifieke gedragingen, namelijk splitsing van opdrachten of gebruik van speciale methoden voor de berekening van de waarde. Die formulering impliceert een zekere opzet bij die gedraging. Omzeiling en soorgelijke uitdrukkingen in de andere taalversies, veronderstellen opzettelijk gedrag en niet zozeer een toevallige ontsnapping. Zowel splitsen van opdrachten als het gebruik van speciale berekeningsmethoden vergen een zekere opzet van degene die zich daaraan bezondigt.

38. Het is waar dat artikel 14, lid 13, van richtlijn 93/38 een opvallend verschil vertoont met de overeenkomstige bepaling (artikel 6, lid 4) van de op dezelfde dag

vastgestelde richtlijn 93/37/EEG [10]: „Werken of opdrachten mogen niet worden gesplitst *teneinde deze aan de toepassing van deze richtlijn te onttrekken*" (cursivering van mij). Dit verschil lijkt mij echter niet van betekenis; inhoudelijk komt dit op hetzelfde neer en niets wijst erop dat de wetgever het element van opzet uit de verbodsbepaling heeft willen schrappen. Was dat het geval geweest, dan zou zeker een nog neutralere formulering zijn gekozen. In dit verband is van belang dat de „gids van de gemeenschapsregels inzake aanbesteding van openbare werken" van de Commissie, dat op verzoek van het Hof werd overgelegd, omtrent het verbod in richtlijn 93/37 verklaart dat dit „ziet op elke splitsing die niet gerechtvaardigd is om objectieve redenen en dus alleen is bedoeld om regels van de richtlijn te omzeilen".

39. Ik meen dus dat bij gebreke van opzet geen inbreuk op artikel 14, lid 13, kan worden vastgesteld.

40. Artikel 14, lid 13, verbiedt bovendien het „splitsen" van opdrachten. Dat begrip, gecombineerd met de nadruk op het element van opzet, veronderstelt het bestaan van een opdracht die onder normale omstandigheden zou zijn behandeld als een geheel, maar die — anders dan men zou verwachten — in verschillende opdrachten is opgedeeld.

41. Heeft de Commissie aannemelijk gemaakt dat de betrokken opdrachten door de betrokken autoriteiten normaliter als een geheel zouden zijn behandeld, maar opzettelijk zijn opgedeeld om toepassing van de richtlijn te omzeilen?

42. Ik meen van niet.

43. Integendeel, er is geen bewijs aangeboden dat de handelwijze van de Sydev of van de verschillende gemeenten rond de litigieuze opdrachten in enig opzicht verschilde van de procedure die anders zou zijn gevolgd. De door de Franse regering overgelegde documenten ondersteunen haar betoog dat de gebruikelijke weg is bewandeld en de Commissie heeft het tegendeel niet bewezen. Ter terechtzitting merkte de Franse regering terecht op dat indien de opzet was geweest de richtlijn te omzeilen, men discreter te werk zou zijn gegaan.

44. De verwijzing door de Commissie naar de gang van zaken in twee andere departementen is in dat opzicht niet van bijzonder belang, nu er geen bewijs is voor een vaste praktijk die overal in Frankrijk stelselmatig

10 — Richtlijn 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).

wordt gehanteerd.[11] Evenmin relevant is dat zoals de Commissie betoogt, het naar algemeen inzicht logisch lijkt om werkzaamheden aan elektriciteitstoevoer en aan straatverlichting tezamen aan te vatten, een punt waarop ik later nog terugkom in de context van artikel 14, lid 10 — tenzij wordt aangetoond dat zij opzettelijk zijn opgedeeld in weerwil van die meer voor de hand liggende benadering. Algemeen inzicht is nu eenmaal vaak een ongrijpbare leidraad.

45. Inbreuk op artikel 14, lid 13, kan alleen worden vastgesteld, wanneer een opzet tot omzeiling van de bepalingen van de richtlijn wordt aangetoond, die bijvoorbeeld kan blijken uit een afwijking van de normaal gevolgde praktijk. Voor geen van deze twee punten heeft de Commissie specifiek bewijs aangedragen, en evenmin kan een en ander worden afgeleid uit de omstandigheden in hun geheel, die ik hierna meer gedetailleerd zal bespreken. Ik meen dus dat er voor het Hof geen reden is om vast te stellen dat de Franse Republiek haar verplichtingen uit hoofde van artikel 14, lid 13, van de richtlijn op dit punt niet is nagekomen.

46. Dit alles laat evenwel de mogelijkheid onverlet dat de bepalingen van de richtlijn om objectieve redenen hadden moeten worden toegepast overeenkomstig artikel 14, lid 10, en dat de Franse Republiek haar verplichtingen uit hoofde van die bepaling niet is nagekomen. De bespreking van die bepaling zal daarom in mijn analyse van doorslaggevend belang zijn.

De identiteit van de aanbestedende dienst

47. Eerst moet ik echter stilstaan bij een punt dat tussen partijen uitvoerig in discussie is geweest: is het van belang of er vanuit oogpunt van gemeenschapsrecht één enkele aanbestedende dienst was (de Sydev) of een aantal afzonderlijke aanbestedende diensten (de bij de Sydev aangesloten gemeenten)?

48. Het standpunt van de Franse regering luidt in hoofdzaak dat de vraag van de eenheid van het betrokken werk niet los te maken is van die van de eenheid van de aanbestedende dienst; bij meerdere aanbestedende diensten kan geen sprake zijn van één enkel werk. Zij houdt dus staande dat iedere plaatselijke dienst afzonderlijk een aanbestedende dienst was (een *maître d'ouvrage* naar Frans recht) terwijl de Sydev op het relevante tijdstip juridisch niet anders kon worden aangemerkt dan als technisch opzichter, directievoerder en coördinator van de verschillende werken (als *maître d'œuvre*).

49. Hiertegen heeft de Commissie aanvankelijk staande willen houden dat de werkelijke aanbestedende dienst in alle gevallen

11 — Opvallend is dat de aanbestedingsberichten voor het departement Dordogne die bij het verzoekschrift zijn overgelegd in feite laten zien dat behalve de procedure die de Commissie noemt, gelijktijdig afzonderlijke procedures voor het noordelijke, noordoostelijke en zuidwestelijke deel van het departement zijn georganiseerd.

de Sydev was, maar op een vraag ter terechtzitting antwoordde zij de identiteit van de aanbestedende dienst in het kader van artikel 14, lid 10, van de richtlijn niet als essentieel element te beschouwen, omdat de in die bepaling voorgeschreven samentelling ook kon gelden voor opdrachten die door een aantal verschillende aanbestedende diensten worden aanbesteed, zolang het gaat om één enkel „werk" in de zin van die bepaling.

50. Met deze laatste zienswijze ben ik het eens.

51. In de definitie van „werk" in artikel 14, lid 10, speelt de identiteit van de aanbestedende dienst geen rol en dat is ook logisch. Het doel van de richtlijn is, zoals uit de aanhef, de bepalingen en de context van andere communautaire wetgevingen inzake aanbesteding blijkt, is de markt open te stellen voor intracommunautaire mededinging op de desbetreffende gebieden. De voornaamste middelen daartoe zijn de vereisten dat standaardprocedures worden gevolgd, dat aanbestedingsberichten op communautair niveau moeten worden gepubliceerd en dat geen discriminatie plaatsvindt tussen gegadigden. Het zou echter weinig doelmatig zijn, en veel onnodige administratieve rompslomp geven, als die vereisten voor alle opdrachten moesten gelden, ongeacht hun waarde en mogelijke aantrekkelijkheid voor inschrijvers uit andere lidstaten. De drempels (van 5 000 000 ECU en 1 000 000 ECU voor opdrachten voor uitvoering van werken) zijn duidelijk bedoeld om aan dit bezwaar tegemoet te komen. Om echter te verzekeren dat aan die drempels werkelijk de hand wordt gehouden, zijn er bepalingen om opzettelijke omzeiling tegen te gaan (artikel 14, lid 13) en om te voorkomen dat toepassing ervan achterwege blijft wanneer één enkel overkoepelend project wordt opgedeeld op andere — en overigens wellicht legitieme — gronden (artikel 14, lid 10).

52. Het doel is dus te verzekeren dat ondernemingen in andere lidstaten de gelegenheid hebben om in te schrijven op opdrachten of reeksen opdrachten die objectief, wegens hun geraamde waarde, voor hen interessant kunnen zijn. Of die opdrachten door één aanbestedende dienst of door meerdere aanbestedende diensten worden gegund, is in dit verband niet zozeer van belang. Er kunnen alleszins legitieme administratieve of andere redenen zijn waarom onderdelen van één enkel project door verschillende diensten worden uitbesteed, maar dat zal niet serieus afdoen aan het belang dat het gehele project wellicht zal hebben voor een naar behoren gekwalificeerde onderneming in een andere lidstaat. Men kan bijvoorbeeld denken aan de aanleg van een weg over het gebied van verschillende plaatselijke overheden, die elk een bestuurlijke verantwoordelijkheid hebben voor een segment van die weg. Het doel van de richtlijn wordt niet bereikt wanneer zij van toepassing zou worden uitgesloten omdat de geraamde waarde van elk segment niet meer dan 3 000 000 ECU bedraagt.

53. De definitie van een opdracht voor de uitvoering van werken in artikel 1, punt 4,

van de richtlijn, als overeenkomst met „*een* van de in artikel 2 omschreven aanbestedende diensten" (cursivering van mij), kan inderdaad de indruk wekken dat voor de toepassing van artikel 14 elke opdracht voor uitvoering van werken met een afzonderlijke dienst moet worden overeengekomen. Artikel 2 echter spreekt van „aanbestedende diensten" in het meervoud, en deelt deze in in twee categorieën, namelijk overheidsdiensten of openbare bedrijven en andere. Het lijkt dus waarschijnlijker dat de definitie in artikel 1, lid 4, doelt op aanbestedende diensten van *een van de types* bedoeld in artikel 2. Bovendien omvat de definitie van „overheidsdiensten" zoals de Commissie opmerkt, „verenigingen bestaande uit een of meer van deze overheden", hetgeen betekent dat een aanbestedende dienst geen op zichzelf staande overheidsdienst behoeft te zijn en ook niet het lichaam dat de overeenkomst feitelijk sluit. Ook is duidelijk dat het criterium van de „totale waarde van het werk" in artikel 14, lid 10, niet de waarde is van één enkele opdracht, anders zou die bepaling zinledig zijn. Op grond van een en ander meen ik dat in verband met artikel 14 niet te veel betekenis moet worden gehecht aan het gebruik van het enkelvoud in artikel 1, lid 4.

54. Ik ben daarom van mening dat het voor de beoordeling van een mogelijke inbreuk op artikel 14, lid 10, van de richtlijn in het onderhavig geval niet nodig is om uit te maken of er een aantal afzonderlijke aanbestedende diensten waren of één enkele aanbestedende dienst, de Sydev.

Artikel 14, lid 10: één enkel „werk" of meerdere?

55. In geschil is of de door elke plaatselijke dienst afzonderlijk aanbestede elektrificatie- en straatverlichtingswerkzaamheden tezamen één enkel „werk" vormden — of een aantal grotere „werken" wanneer men deze geografisch of technisch samenvoegt — in de zin van de richtlijn en dus als een geheel hadden moeten worden behandeld.

56. Voor „werk" luidt de definitie in artikel 14, lid 10: „het resultaat van een geheel van werkzaamheden van de bouwnijverheid of de water- en wegenbouw dat een zelfstandige economische functie zal moeten vervullen". Dat is geen zeer nauwkeurige definitie, en evenmin is hiervoor enige specifieke toelichting te vinden in de door de Commissie overgelegde richtlijnen. Zoals een auteur het heeft gesteld, is het „omschrijven van één enkel werk als het definiëren van de spreekwoordelijke olifant: als de aanbestedende autoriteiten er een zien kunnen ze hem wel herkennen". [12] Maar hier wordt het Hof nu eenmaal gevraagd aan te geven, waaraan een olifant is te herkennen.

57. Een eerste mogelijkheid is, om van het doel van de regels in de richtlijn uit te gaan. Dat doel is, zoals ik reeds zei, te verzekeren

12 — Brown, A., „Getting to Grips with Aggregation under the EC Public Procurement Rules", *Public Procurement Law Review*, 1993, blz. 69, 72.

dat ondernemingen overal in de Gemeenschap de gelegenheid krijgen om mee te dingen naar opdrachten boven een bepaalde vastgelegde drempelwaarde, waar een zekere rendabiliteit te verwachten is. Nu in een aantal gevallen opdrachten voor zowel elektrificatie als straatverlichtingswerken aan dezelfde inschrijver in verschillende gemeenten zijn gegund — wat in theorie betekent dat één enkele aannemer alle werken van beide categorieën in het hele departement had kunnen uitvoeren — en omdat zeven van de tien succesvolle inschrijvers opdrachten hebben gekregen tot een totaal van aanzienlijk meer dan 5 000 000 ECU, lijkt het logisch dat inschrijvers uit andere lidstaten de gelegenheid hadden moeten krijgen om mee te dingen. Ter terechtzitting betoogde de Commissie dat het vereiste om een aantal opdrachten als één enkel „werk" te beschouwen en in het *PB* te publiceren, zich voordoet wanneer de opdrachten zo met elkaar verband houden dat een onderneming in de Gemeenschap deze waarschijnlijk als één enkele economische transactie zou beschouwen en op het geheel zou willen inschrijven, zoals volgens haar thans het geval was.

58. Dat is volgens mij echter niet de juiste benadering. Artikel 14, lid 10, verwijst naar de economische en technische functie die de aanbestede activiteiten op zichzelf moeten vervullen en niet naar het belang dat een potentiële inschrijver bij volledige informatie kan hebben, ook al behoort bescherming en bevordering van dat belang tot de algemene doelstellingen van de richtlijn. Ofschoon de bepalingen van de richtlijn in het licht van die doelstellingen moeten worden uitgelegd, gaat het hier om een specifiek criterium. De beoogde economische en technische functie is hier beslissend en niet de voorstelling die potentiële inschrijvers zich wellicht van het werk maken.

59. Volgens mij houdt het criterium in artikel 14, lid 10, in, dat de grens tussen werken die met het oog op de richtlijn moeten worden samengevoegd en werken die afzonderlijk mogen worden aanbesteed, moet worden getrokken tussen opdrachten die blijkens hun beoogde doel een gemeenschappelijke economische en technische functie hebben en daarom bijeen moeten worden gehouden, en andere die geen economische en technische functie gemeen hebben.

60. Het standpunt van de Commissie is dat het in casu uit te voeren werk een elektrificatieprogramma over meerdere jaren voor de gehele Vendée behelsde, en dus één economische en technische functie had. Zij wijst erop dat alle werkzaamheden min of meer gelijkluidend zijn omschreven en in dezelfde periode binnen hetzelfde geografische en administratieve gebied moesten worden uitgevoerd. Het begrip „werk" kan in een dergelijk geval niet beperkt blijven tot werk aan deze of gene specifieke structuur of constructie.

61. De Franse regering betoogt dat de verschillende verbeterings- en uitbreidingswerkzaamheden aan een aantal onafhanke-

lijke netwerken niet te beschouwen zijn als één „werk" met dezelfde beoogde economische en technische functie. Bij werkzaamheden aan een specifieke structuur of constructie, is het aan de aanbestedende dienst om te bepalen wat nodig is en dus het „werk" te omschrijven. In onderhavig geval heeft iedere plaatselijke dienst zelf uitgemaakt wat moest gebeuren aan haar eigen net, los van enige verondersteld overkoepelend „werk".

62. Geen van de partijen heeft het Hof een zeer volledige beschrijving van de betrokken netten gegeven. Naar door de Franse regering is gezegd en door de Commissie niet weersproken, zijn de plaatselijke diensten verantwoordelijk voor de toevoer van elektriciteit van laag voltage vanuit een transformatorstation naar de verbruikers in hun gebied; die netwerken kunnen op elkaar aangesloten worden en de straatverlichtingsnetten worden onder toezicht van de respectieve plaatselijke diensten gevoed uit die toevoernetten.

— Elektrificatie en straatverlichting: technische overwegingen

63. De Commissie benadrukt dat beide categorieën van werkzaamheden (elektrificatie en straatverlichting) volgens hun omschrijving werkzaamheden aan het geluidsnet omvatten en dat met de Sydev vergelijkbare instellingen in twee andere departementen in 1995 ook beide categorieën van werkzaamheden in hetzelfde aanbestedingsbericht hadden aangekondigd (Calvados en Dordogne). De Franse regering benadrukt dat het werk aan het elektriciteitstoevoernet hoofdzakelijk ondergronds wordt uitgevoerd en aan de straatverlichting bovengronds, en beide categorieën elk onder een andere post vallen (infrastructuur respectievelijk „installaties" van de classificatielijst in bijlage XI van de richtlijn). Ter terechtzitting suggereerde zij dat de werkzaamheden aan de straatverlichtingsnetten wellicht helemaal niet onder de werkingssfeer van de richtlijn vallen, omdat die netwerken niet de productie, toevoer, transport of distributie van elektriciteit dienen [13], maar het verbruik ten behoeve van het publiek.

64. Van deze argumenten beschouw ik alleen het laatste als relevant. Ook al zie ik geen reden om straatverlichting geheel buiten de werkingssfeer van de richtlijn te houden, illustreert dit argument het onderscheid dat legitiem, aan de hand van de beoogde economische en technische functie, te trekken is tussen beide soorten netten. Een elektriciteitstoevoernet is technisch bestemd om elektriciteit te transporteren van een leverancier naar de individuele eindverbruikers, die — en dat is de economische functie — die leverancier voor hun verbruik moeten betalen. Een straatverlichtingsnet zorgt voor verlichting van openbare ruimten, op zichzelf een vorm van eindverbruik van de elektriciteit die daartoe via de elektriciteitstoevoernet-

13 — Zie artikel 2, lid 2, van de richtlijn, hierboven genoemd onder punt 3.

ten wordt geleverd. De overheid die voor deze dienst zorg draagt moet de kosten daarvan zelf op zich nemen, en zal deze vermoedelijk op de inwoners afwentelen in de vorm van plaatselijke belastingen, maar niet naar rato van persoonlijk profijt van de individuele inwoners.

65. Het lijkt mij dus duidelijk dat een elektriciteitstoevoernet en een straatverlichtingsnet bestemd zijn voor verschillende economische en technische functies. Nu dat zo is, meen ik niet dat werkzaamheden voor onderhoud, verbetering en/of uitbreiding van netten van beide categorieën, al dan niet binnen hetzelfde gebied, tezamen als één enkel „werk" kunnen worden aangemerkt in de zin van artikel 14, lid 10, van de richtlijn.

66. De andere argumenten van de Commissie kunnen aan deze conclusie niet afdoen. Dat beide categorieën werkzaamheden volgens de aankondiging „bijkomende werkzaamheden" aan geluidsnetten omvatten, wijst niet op één enkele economische of technische functie. Voor onderdelen van een geluidsnet kan gebruik worden gemaakt van de buizen van het elektriciteitsnet en de lantaarnpalen van de straatverlichting, zodat werkzaamheden aan elk van die netten ook verrichtingen aan het geluidsnet met zich brengen, zonder dat dit afdoet aan de eigen economische of technische functie van elk van die netwerken. Evenmin is het feit dat sommige andere aanbestedende diensten hebben gekozen voor één enkele aanbesteding voor beide soorten netten bepalend voor de vraag of die voorzieningen, als geheel genomen, zijn bestemd om eenzelfde economische en technische functie te vervullen.

67. Het is dus onnodig om in het bestek van deze zaak uit te maken of straatverlichting al dan niet binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt, een punt dat hoe dan ook voor het Hof nauwelijks is gesteld of weersproken. Zou dit niet het geval zijn dan kan er uiteraard geen sprake zijn van samentelling van dat werk met elektrificatiewerkzaamheden in de zin van de richtlijn.

68. Mijn conclusie is, dat het niet nodig was om in toepassing van de richtlijn de waarde van de elektrificatie- en van de verlichtingsopdrachten samen te tellen noch voor het departement als geheel, noch voor elke plaatselijke dienst afzonderlijk. De vraag blijft evenwel of de opdrachten voor het gehele departement, per afzonderlijke categorie, hadden moeten worden samengeteld.

— Elektrificatie: technische en geografische overwegingen

69. Iedere plaatselijke dienst is dus verantwoordelijk voor het elektriciteitstoevoernet in haar gebied [14], hoewel de netwerken op

14 — Zie voetnoot 2 en punt 62 hierboven.

elkaar zijn aangesloten en de elektriciteit door de nationale maatschappij EDF wordt geleverd. De Commissie benadrukt dat de netten geografisch aan elkaar grenzen, de werkzaamheden gelijktijdig zijn geprogrammeerd, de werkzaamheden in gelijkluidende bewoordingen in de respectieve aanbestedingsberichten zijn omschreven en de coördinatie van het geheel door de Sydev wordt verzekerd. De Franse regering stelt daarentegen, dat iedere plaatselijke overheid een afzonderlijke opdracht heeft gegund voor haar eigen net.

70. Het laatste argument, zo concludeerde ik reeds [15], is niet relevant voor de vraag of er sprake is van één enkel „werk" in de zin van de richtlijn. De onderhavige situatie is immers vergelijkbaar met mijn eerdere voorbeeld van een weg over het gebied van verschillende plaatselijke overheden. Ofschoon de verschillende gemeenten om administratieve redenen verantwoordelijk zijn voor het lagevoltstoevoernet binnen hun gebied, zijn deze onderling op elkaar aansluitbare netten als geheel bestemd één enkele economische en technische functie te vervullen: vervoer en verkoop aan de verbruikers van de door EDF geproduceerde en geleverde elektriciteit.

71. Inderdaad zou deze redenering, zoals de Franse regering opmerkt, kunnen gelden voor het gehele Franse elektriciteitsdistributienet. Ik ben het echter met de Commissie eens dat het „werk" in het onderhavige geval duidelijk wordt bepaald door wat men een drie-eenheid zou kunnen noemen, namelijk eenheid van plaats, eenheid van tijd en eenheid van handeling. Alle elektrificatieopdrachten betroffen werkzaamheden die in hetzelfde departement en in dezelfde periode moesten worden uitgevoerd, aan dezelfde algemene omschrijving beantwoordden en aan hetzelfde technisch toezicht waren onderworpen. Niets wijst erop dat werk van dezelfde aard op hetzelfde moment moest worden uitgevoerd binnen een nog groter gebied dat ook naburige departementen of regio's of zelfs het gehele nationale net omvatte. In het bijzonder is niet aannemelijk dat ook die werkzaamheden dan onder toezicht van de Sydev zouden zijn geplaatst. Was dat het geval geweest dan zou inderdaad kunnen worden aangevochten dat alle werkzaamheden één enkel „werk" vormden in de zin van de richtlijn. En de conclusie zou in dat geval niet de reductio ad absurdum zijn die de Franse regering schijnt te verdedigen, maar juist dat alle aanbestedingen in het *PB* hadden moeten worden aangekondigd.

72. Dat de opdrachten een reeks afzonderlijke verrichtingen betreffen die op verschillende plaatsen in tijd en ruimte moesten worden uitgevoerd (binnen hetzelfde tijdsbestek en geografische gebied), betekent niet dat zij niet te beschouwen zijn als één „werk". Zou men zo redeneren dan zou elke verrichting een afzonderlijk „werk" vormen en dat stelt zelfs de Franse regering niet. Integendeel, een reeks verrichtingen die binnen een bepaald tijdsbestek aan een groep netten met een gemeenschappelijke economische en technische functie moeten worden uitgevoerd, moet op zichzelf worden geacht voor een gemeenschappelijke economische en technische functie te zijn bestemd. In dat verband is van belang dat

15 — Zie punten 51-54 hierboven.

de bewoordingen van het arrêté préfectoral van 1960[16] spreken van „de algemene inventarisatie van de behoeften van het departement" — een formulering die deze conclusie lijkt te bevestigen.

73. Ik kom dus tot de slotsom dat alle in geding zijnde elektrificatieopdrachten één enkel „werk" vormden in de zin van artikel 14, lid 10, van de richtlijn. De waarde daarvan had moeten worden samengeteld om uit te maken of de aanbesteding in het *PB* had moeten worden aangekondigd. In zes gevallen heeft een dergelijke aankondiging inderdaad plaatsgevonden, en een andere opdracht had een geraamde waarde van minder dan 1 000 000 ECU en 20 % van het totaal, waardoor de afwijking van artikel 14, lid 10, tweede alinea, in dat geval van toepassing was. Het verzuim om de twaalf overige opdrachten, alle met een geraamde waarde van boven die drempel en tot een totaal beloop van iets meer dan 26 000 000 ECU, aan te kondigen was in strijd met de richtlijn.

74. Die inbreuk behelsde de niet-naleving, niet alleen van artikel 14, leden 1 en 10, van de richtlijn, bij de berekening van de waarde van het werk, maar ook van artikel 21, leden 1 en 5, omdat er geen aankondigingen ter publicatie naar het *PB* waren ingezonden, en van artikel 25, lid 5, omdat wel er aankondigingen in de *BOAMP* werden gepubliceerd.

16 — Hierboven aangehaald onder punt 9.

— Straatverlichting: technische en geografische overwegingen

75. Dezelfde redenering laat zich minder gemakkelijk toepassen op het werk dat aan de straatverlichtingsnetten moest worden uitgevoerd. Stellig hebben al deze netten ieder dezelfde economische en technische functie, maar ik geloof niet dat zij tevens een gemeenschappelijke functie delen.

76. Ofschoon ons niet precies is uitgelegd hoe de straatverlichting in de Vendée is georganiseerd, lijkt het me niet onredelijk aan te nemen, dat die netten onafhankelijk van elkaar zijn, zoals de Franse regering verklaart. Omdat straatverlichting een faciliteit is die elektriciteit verbruikt, waarvoor elke verantwoordelijke plaatselijke dienst moet betalen, lijkt onderlinge aansluiting niet zinvol, in tegenstelling tot de situatie bij het elektriciteitsnet, dat de distributie verzorgt vanaf één enkele leverancier. Elk net zal waarschijnlijk worden gevoed vanuit een afzonderlijk punt in dat distributiesysteem, waardoor het verbruik van iedere plaatselijke dienst kan worden bepaald. Verlichting is bovendien over het algemeen tot de bebouwde kom beperkt. Wanneer zulke gebieden worden gescheiden door open landschap, zoals in grotendeels landelijke departementen als de Vendée wel het geval zal zijn, is het niet waarschijnlijk dat de verschillende netten aan elkaar grenzen.

Van gemeente tot gemeente kunnen de opvattingen omtrent straatverlichting zeer uiteenlopen: sommige zijn voor een zo royaal mogelijke voorziening, terwijl bij andere een zuinige besteding van belastinggeld vooropstaat.

77. Bij deze overwegingen moet grotendeels worden gegist naar de specifieke omstandigheden van het geval. Maar de Franse regering heeft met nadruk gewezen op de wederzijdse onafhankelijkheid van de individuele netten, en de Commissie heeft geen bewijs geleverd van het tegendeel. In het bijzonder is er geen bewijs van enige verenigende economische factor zoals bijvoorbeeld een uniform stelsel van plaatselijke belasting in het hele departement ter bekostiging van de straatverlichting.

78. Ik meen dus dat de Commissie niet heeft aangetoond dat hier sprake is van een gemeenschappelijke economische en technische functie in de zin van artikel 14, lid 10, van de richtlijn en dat het niet nodig was de waarde van alle straatverlichtingsopdrachten samen te tellen om uit te maken of de richtlijn van toepassing was, zelfs aangenomen dat straatverlichting binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt.

Artikel 4, lid 2: discriminatie tussen ondernemers

79. De stelling van de Commissie op dit punt luidt dat de Franse autoriteiten, door ten onrechte slechts een aantal geselecteerde aanbestedingen in het *PB* aan te kondigen, inschrijvers uit andere lidstaten heeft benadeeld: die inschrijvers hadden immers geen overzicht van de totale waarde van het werk en de mate waarin het voor hen interessant kan zijn, en zouden daarom van inschrijving kunnen afzien of op naar verhouding hogere vaste kosten rekenen en daardoor minder aantrekkelijke aanbiedingen indienen dan ondernemingen die uit de *BOAMP* meer inzicht in de omvang van het werk hadden kunnen putten. De Franse regering houdt in de eerste plaats staande dat geen kunstmatige splitsing heeft plaatsgevonden, maar ontkent ook elke discriminatie tussen inschrijvers, die immers allen hun aanbiedingen moesten uitdrukken in een percentage boven of beneden de geraamde waarde van verschillende categorieën van werkzaamheden, met het oog op de uitvoering van specifieke in de toekomst te bepalen werkzaamheden.

80. Nu artikel 4, lid 2, uitdrukkelijk discriminatie tussen „leveranciers, aannemers of dienstverrichters" verbiedt, kan men zich afvragen of dit ook geldt voor discriminatie tussen inschrijvers of, a fortiori, potentiële inschrijvers (want wij weten niet of er ook feitelijk ondernemingen uit andere lidstaten hebben meegedongen).

81. Ik meen dat dit wel het geval is. Ten eerste worden de termen „leveranciers", „aannemers" en „dienstverrichters" in de richtlijn niet gedefinieerd, terwijl „inschrijver" in artikel 1, lid 6, wordt gedefinieerd als „leverancier, aannemer of dienstverrichter die een aanbieding doet". De term „aannemer" wordt in de richtlijn dus niet gebruikt in de betekenis van degene aan wie een opdracht is gegund, maar in de ruimere betekenis van degene die hoopt op gunning van een opdracht.

82. Artikel 4, lid 1 — artikel 4 is de eerste materiële bepaling in de richtlijn die de draagwijdte van de volgende min of meer vastlegt — schrijft voor dat aanbestedende diensten de bepalingen van de richtlijn naleven „bij het plaatsen van opdrachten voor (...) de uitvoering van werken (...) of bij het organiseren van prijsvragen voor ontwerpen". De nevenplaatsing van „plaatsen van opdrachten" en „organiseren" doet veronderstellen dat de term „plaatsen van opdrachten" de gehele procedure omvat en niet alleen de laatste fase daarvan, en ik meen dat artikel 4, lid 2, dezelfde draagwijdte heeft.

83. Het Hof heeft bovendien uitgemaakt dat het beginsel van gelijke behandeling inherent is aan de oorspronkelijke communautaire richtlijn inzake aanbesteding van openbare werken [17] en vervat in artikel 4, lid 2, van richtlijn 90/531/EEG [18], de rechtstreekse en nagenoeg gelijkluidende voorganger van artikel 4, lid 2, van de onderhavige richtlijn. Ofschoon het Hof hier sprak van een beginsel van gelijke behandeling tussen inschrijvers, meen ik dat dit van nature ook moet gelden voor degenen die van meedingen worden afgehouden omdat ze in een nadelige positie zijn gebracht.

84. Dit gezegd zijnde, gelet op de conclusie waartoe ik ben gekomen in verband met het verzuim de elektrificatieopdrachten samen te tellen, meen ik dat de Commissie een inbreuk op artikel 4, lid 2, van de richtlijn heeft aangetoond. Ongeacht of in dit geval inschrijvers uit andere lidstaten in feite geïnteresseerd zijn geweest — gezien de kennelijke wenselijkheid van een plaatselijke vestiging en het risico dat zij slechts een deel van het totale werk zou worden gegund waardoor hun vaste kosten wellicht hoger uitvallen dan berekend —, verkeerden zij in ieder geval in de onmogelijkheid om op een adequate basis te beslissen, omdat er geen volledige informatie over het hele „werk" in het *PB* was bekendgemaakt zoals had behoren te geschieden. De inschrijvers die de *BOAMP* raadpleegden, en dat zullen overwegend Franse inschrij-

17 — Richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 185, blz. 5, zoals gewijzigd bij artikel 16, lid 1, van richtlijn 89/440/EEG van de Raad van 18 juli 1989 (PB L 210, blz. 1); zie arrest van 22 juni 1993, Commissie/Denemarken (C-243/89, Jurispr. blz. I-3353, punt 33).

18 — Richtlijn van de Raad van 17 september 1990 betreffende de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 297, blz. 1); zie arrest van 25 april 1996, Commissie/België (C-87/94, Jurispr. blz. I-2043, punten 51 en 52).

vers zijn geweest, beschikten over vollediger informatie.

85. De zes aanbestedingsberichten die wel in het *PB* werden gepubliceerd, bevatten evenwel dezelfde informatie als de in de *BOAMP* gepubliceerde berichten, zodat het verzuim om alle door artikel 21, lid 1, van de richtlijn juncto bijlage XII voorgeschreven informatie te verschaffen, geen discriminerende uitwerking heeft gehad.

Kosten

86. Omdat de Commissie naar mijn mening inbreuk op de richtlijn heeft aangetoond op het punt van verzuim om alle vereiste bijzonderheden van de elektrificatieopdrachten in het *PB* te publiceren, maar geen inbreuk op artikel 14, lid 13, of enige inbreuk met betrekking tot de verlichtingsopdrachten heeft kunnen aantonen, ben ik van oordeel dat partijen overeenkomstig artikel 69, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering elk in hun eigen kosten moeten worden verwezen.

Conclusion

87. Gelet op al het voorgaande geef ik het Hof in overweging:

1) te verklaren dat door in het kader van de door de Syndicat départemental d'électrification de la Vendée in december 1994 uitgeschreven aanbesteding van opdrachten voor elektrificatiewerkzaamheden:

— te verzuimen een aanbestedingsbericht te publiceren in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* ten aanzien van twaalf opdrachten, elk met een geraamde waarde van meer dan 1 000 000 ECU en deel

uitmakend van één werk in de zin van artikel 14, lid 10, 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, de Franse Republiek haar verplichtingen niet is nagekomen uit hoofde van artikel 4, lid 2, artikel 14, leden 1 en 10, artikel 21, leden 1 en 5, en artikel 25, lid 5, van die richtlijn;

— te verzuimen alle gegevens te vermelden overeenkomstig bijlage XII bij richtlijn 93/38 met betrekking tot zes opdrachten die in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* zijn aangekondigd, de Franse Republiek haar verplichtingen niet is nagekomen uit hoofde van artikel 21, lid 1, van die richtlijn;

— te verzuimen de uitslag van de gunning van alle opdrachten mee te delen, de Franse Republiek haar verplichtingen niet is nagekomen uit hoofde van artikel 24, leden 1 en 2, van richtlijn 93/38;

2) het beroep voor het overige te verwerpen;

3) partijen ieder in hun eigen kosten te verwijzen.