ARREST VAN HET HOF (Zesde kamer)
12 juli 2001 *

In zaak C-399/98,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) van het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italië), in het aldaar aanhangig geding tussen

Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi,

Piero De Amicis,

Consiglio Nazionale degli Architetti,

Leopoldo Freyrie

en

Comune di Milano,

in tegenwoordigheid van:

Pirelli SpA,

Milano Centrale Servizi SpA,

Fondazione Teatro alla Scala, voorheen Ente Autonomo Teatro alla Scala,

* Procestaal: Italiaans.

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging 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),

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: C. Gulmann, kamerpresident, V. Skouris (rapporteur), J.-P. Puissochet, R. Schintgen en F. Macken, rechters,

advocaat-generaal: P. Léger,
griffier: L. Hewlett, administrateur,

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

— de Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi en P. De Amicis, vertegenwoordigd door P. Mantini, avvocato,

— de Consiglio Nazionale degli Architetti en L. Freyrie, vertegenwoordigd door A. Tizzano, avvocato,

— de Comune di Milano, gemeente Milaan, vertegenwoordigd door F. A. Roversi Monaco, G. Pittalis, S. De Tuglie, L. G. Radicati di Brozolo, avvocati, en A. Kronshagen, avvocat,

— Pirelli SpA, vertegenwoordigd door G. Sala, A. Pappalardo en G. Greco, avvocati,

— Milano Centrale Servizi SpA, vertegenwoordigd door G. Sala, A. Pappalardo en L. Decio, avvocati,

— de Fondazione Teatro alla Scala, vertegenwoordigd door P. Barile, S. Grassi en V. D. Gesmundo, avvocati,

— de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door U. Leanza als gemachtigde, bijgestaan door P. G. Ferri, vervolgens door M. Fiorilli, avvocati dello Stato,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door P. Stancanelli en M. Nolin als gemachtigden,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de mondelinge opmerkingen van de Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi, vertegenwoordigd door P. Mantini; de Consiglio Nazionale degli Architetti, vertegenwoordigd door F. Sciaudone, avvocato; de Comune di Milano, vertegenwoordigd door L. G. Radicati di Brozolo; Pirelli SpA, vertegenwoordigd door G. Sala, A. Pappalardo en G. Greco; Milano Centrale Servizi SpA, vertegenwoordigd door L. Decio; de Fondazione Teatro alla Scala, vertegenwoordigd door V. D. Gesmundo; de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door M. Fiorilli, en de Commissie, vertegenwoordigd door P. Stancanelli, ter terechtzitting van 12 oktober 2000,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 7 december 2000,

het navolgende

Arrest

1 Bij beschikking van 11 juni 1998, binnengekomen bij het Hof op 9 november 1998, heeft het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia het Hof krachtens artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) twee prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging 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; hierna: „richtlijn").

2 Deze vragen zijn gerezen in het kader van twee beroepen tegen de Comune di Milano (gemeente Milaan), waarvan het ene is ingesteld door de Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi (orde van architecten van de provincies Milaan en Lodi; hierna: „Ordine degli Architetti") en P. De Amicis, architect, en het andere door de Consiglio Nazionale degli Architetti (nationale raad van architecten; hierna: „CNA") en L. Freyrie, architect. De vennootschappen Pirelli SpA (hierna: „Pirelli") en Milano Centrale Servizi SpA (hierna: „MCS"), alsmede de Fondazione Teatro alla Scala, voorheen Ente Autonomo Teatro alla Scala (hierna: „FTS"), zijn in het geding geroepen.

Wettelijk kader

De communautaire bepalingen

3 De richtlijn is vastgesteld op de grondslag van de artikelen 57, lid 2, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 47, lid 2, EG), 66 EG-Verdrag (thans artikel 55 EG) en 100 A EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 95 EG).

4 Naar luid van de tweede overweging van de considerans van de richtlijn moeten „bij de gelijktijdige verwezenlijking van de vrijheid van vestiging en van het vrij verrichten van diensten op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken in de lidstaten voor rekening van de staat, van de territoriale en van de andere publiekrechtelijke instellingen, niet alleen de beperkingen [...] worden opgeheven, maar [...] tevens de nationale procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken [...] worden gecoördineerd".

5 In de tiende overweging van de considerans wordt verklaard, dat het „voor de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten noodzakelijk is dat de door de aanbestedende diensten van de lidstaten opgestelde aankondigingen van opdrachten op communautair niveau bekend worden gemaakt".

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

„In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder:

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

b) ‚aanbestedende diensten': de staat, zijn territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen.

[...]

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

7 De „in bijlage II bepaalde werkzaamheden", vermeld in artikel 1, sub a, van de richtlijn zijn bouw- en wegenbouwkundige werkzaamheden die overeenkomen

met klasse 50 van de algemene systematische bedrijfsindeling in de Europese Gemeenschappen (hierna: „NACE"). Als een van deze werkzaamheden wordt uitdrukkelijk de categorie burgerlijke utiliteitsbouw genoemd.

8 Artikel 3, lid 4, van de richtlijn bepaalt:

„De lidstaten nemen de nodige maatregelen opdat de concessiehouders van openbare werken die geen aanbestedende diensten zijn, de in artikel 11, leden 4, 6, 7 en 9 tot en met 13, alsmede de in artikel 16 bepaalde voorschriften inzake bekendmaking toepassen bij de plaatsing van opdrachten voor de uitvoering van werken bij derden, wanneer de waarde van deze opdrachten gelijk is aan of meer bedraagt dan 5 000 000 [euro]. [...]"

9 De artikelen 4 en 5 van de richtlijn geven aan op welke soorten opdrachten de richtlijn niet van toepassing is. Het betreft hier opdrachten voor de uitvoering van werken die vallen onder 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), opdrachten voor de uitvoering van werken wanneer de werken geheim zijn verklaard, wanneer hun uitvoering gepaard moet gaan met bijzondere veiligheidsmaatregelen, of wanneer de bescherming van de fundamentele belangen van de lidstaat zulks vereist, alsmede overheidsopdrachten waarvoor andere procedureregels gelden en die worden geplaatst krachtens internationale overeenkomsten of volgens de specifieke procedure van een internationale organisatie.

10 Volgens artikel 6, lid 1, van de richtlijn is de richtlijn van toepassing op overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken waarvan het geraamde bedrag, exclusief BTW, gelijk is aan of meer bedraagt dan 5 miljoen euro.

11 Met betrekking tot de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken preciseert artikel 7, leden 2 en 3, van de richtlijn de gevallen waarin de aanbestedende diensten de procedure van gunning via onderhandelingen kunnen toepassen, die in artikel 1, sub g, van de richtlijn wordt gedefinieerd als de procedure waarbij „de aanbestedende dienst met door hem gekozen aannemers overleg pleegt en via onderhandelingen met een of meer van hen de contractuele voorwaarden vaststelt".

12 Inzonderheid vermeldt artikel 7, lid 2, van de richtlijn drie gevallen waarin de procedure van gunning via onderhandelingen moet worden voorafgegaan door een bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving. Artikel 7, lid 3, noemt vijf gevallen waarin de procedure van gunning via onderhandelingen niet behoeft te worden voorafgegaan door een dergelijke bekendmaking: in de eerste plaats wanneer een openbare of niet-openbare aanbestedingsprocedure geen inschrijving heeft opgeleverd, in de tweede plaats wanneer feitelijk of rechtens slechts één aannemer tot uitvoering van de werken in staat is, in de derde plaats in geval van dwingende spoed als gevolg van gebeurtenissen die door de aanbestedende diensten niet konden worden voorzien, in de vierde plaats bij aanvullende werken op een reeds geplaatste opdracht, en in de vijfde plaats indien de werken bestaan in de herhaling van soortgelijke werken die reeds het voorwerp vormden van een na een openbare of een niet-openbare procedure geplaatste opdracht.

13 Artikel 7, lid 4, van de richtlijn preciseert, dat in alle andere gevallen de aanbestedende diensten voor het plaatsen van opdrachten voor de uitvoering van werken gebruik maken van de openbare of van de niet-openbare procedure.

14 Volgens artikel 11, lid 2, van de richtlijn geven de aanbestedende diensten die een overheidsopdracht voor de uitvoering van een werk wensen te plaatsen volgens een openbare of een niet-openbare procedure dan wel, in de gevallen bedoeld in artikel 7, lid 2, volgens een procedure van gunning via onderhandelingen, hun voornemen hiertoe te kennen in een aankondiging.

15 Ingevolge artikel 11, lid 9, van de richtlijn moet deze aankondiging in extenso worden bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen.*

De nationale wetgeving

De Italiaanse wetgeving op het gebied van stedebouw

16 Blijkens de stukken staat naar Italiaans recht de bouw onder toezicht van de overheid. Overeenkomstig artikel 1 van legge n° 10, norme per la edificabilità dei suoli (wet nr. 10 houdende bepalingen inzake bouwterreinen) van 28 januari 1977 (GURI nr. 27, van 29 januari 1977; hierna: „wet nr. 10/77"), „moet voor elke werkzaamheid die een stedebouwkundige en bouwkundige verandering van het gemeentelijk grondgebied inhoudt, een bijdrage in de desbetreffende kosten worden betaald en is voor de uitvoering van de werken een vergunning van de burgemeester vereist".

17 Artikel 3 van die wet, met het opschrift „Bijdrage uit hoofde van de afgifte van de bouwvergunning", luidt: „Voor de verlening van de vergunning moet een evenredige bijdrage in de exploitatie- en de bouwkosten worden betaald" (hierna: „bijdrage in de exploitatiekosten").

18 De bijdrage in de exploitatiekosten wordt bij de afgifte van de vergunning aan de gemeente afgedragen. Overeenkomstig artikel 11, lid 1, van wet nr. 10/77 „kan de vergunninghouder zich ertoe verbinden, de infrastructurele voorzieningen

volgens de door de gemeente vastgestelde voorschriften en garanties, in eigen beheer aan te leggen, onder gehele of gedeeltelijke aftrek van het verschuldigde bedrag".

19 Luidens artikel 4, lid 1, van legge n° 847, autorizzazione ai Comuni e loro consorzi a contrarre mutui per l'acquisizione delle aree ai sensi della legge 18 aprile 1962, n° 167 (wet nr. 847 waarbij het de gemeenten en verenigingen van gemeenten wordt toegestaan leningen aan te gaan voor de aankoop van terreinen overeenkomstig wet nr. 167 van 18 april 1962) van 29 september 1964, zoals gewijzigd bij artikel 44 van wet nr. 865 van 22 januari 1971 en artikel 17 van wet nr. 67 van 11 maart 1988 (hierna: „wet nr. 847/64"), zijn infrastructurele voorzieningen van primair belang straten, rust- en parkeerplaatsen, rioleringen, water-, elektriciteits- en gasleidingnetten, straatverlichting en groenvoorzieningen.

20 Luidens artikel 4, lid 2, van die wet zijn als infrastructurele voorzieningen van secundair belang aan te merken crèches en kleuterscholen, basisscholen alsmede installaties en gebouwencomplexen voor voortgezet onderwijs na de leerplichtige leeftijd, wijkmarkten, gemeentelijke bijkantoren, kerken en andere bouwwerken voor religieuze doeleinden, wijksportcentra, sociale centra en culturele en sanitaire voorzieningen alsmede wijkgroenvoorzieningen.

21 Soortgelijke bepalingen als die van artikel 11, lid 1, van wet nr. 10/77, zij het alleen voor infrastructurele voorzieningen van primair belang, kwamen reeds voor in artikel 31, lid 4, van de legge urbanistica (wet op de stedebouw) nr. 1150 van 17 augustus 1942 (GURI nr. 244 van 17 augustus 1942), in de versie van kaderwet nr. 765 van 6 augustus 1967 (hierna: „wet nr. 1150/42"), dat bepaalt: „De bouwvergunning kan in elk geval enkel worden afgegeven, indien de infrastructurele voorzieningen van primair belang aanwezig zijn of de gemeente de aanleg daarvan in de komende drie jaar plant dan wel indien particulieren zich ertoe te verbinden, deze infrastructurele voorzieningen tegelijkertijd met de in de vergunning bedoelde bouwwerken aan te leggen."

22 Wat meer bepaald de gecoördineerde uitvoering van een geheel van werkzaamheden door middel van een verkavelingsplan betreft, de situatie die in het hoofdgeding aan de orde is, bepaalt artikel 28, lid 5, van wet nr. 1150/42:

„De afgifte van de vergunning door de gemeente wordt afhankelijk gesteld van het sluiten van een door de eigenaar in te schrijven overeenkomst, die behelst:

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

2) de verbintenis van de eigenaar om de kosten te dragen van de infrastructurele voorzieningen van primair belang en een deel van de kosten van de infrastructurele voorzieningen van secundair belang in verband met de verkaveling of van de voorzieningen die noodzakelijk zijn voor de aansluiting van het gebied op de openbare nutsvoorzieningen; dit deel wordt bepaald naar rata van de omvang en de kenmerken van de in de verkavelingen geplande voorzieningen;

3) de termijn van niet meer dan tien jaar waarbinnen de aanleg van de in het voorgaande lid bedoelde voorzieningen moeten zijn voltooid;

[...]"

23 Artikel 28, lid 7, van die wet bepaalt, dat „de termijn voor de aanleg van de infrastructurele voorzieningen op kosten van de eigenaar op tien jaar wordt gesteld".

24 Wat de regionale wetgeving betreft, bepaalt artikel 8 van de regionale wet van Lombardije nr. 60 van 5 december 1977 (*Bollettino Ufficiale della Regione regionale Lombardia,* 2e supplement bij nr. 49 van 12 december 1977; hierna: „regionale wet van Lombardije nr. 60/77"), dat particulieren in de aanvraag van een eenvoudige bouwvergunning kunnen verzoeken, dat „hun vergunning wordt verleend voor de aanleg in eigen beheer van een of meer infrastructurele voorzieningen van primair of secundair belang, onder gehele of gedeeltelijke aftrek van de bijdrage in de exploitatiekosten", waarbij de vergunning door de burgemeester wordt verleend „voorzover deze aanleg in eigen beheer naar zijn mening het openbaar belang dient".

25 De aanleg van de infrastructurele voorzieningen van een verkavelingsplan wordt daarentegen geregeld in artikel 12 van voormelde regionale wet, zoals gewijzigd bij regionale wet nr. 31 van 30 juli 1986 (*Bollettino regionale Lombardia,* 2e supplement bij nr. 31 van 4 augustus 1986; hierna: „regionale wet van Lombardije nr. 31/86"). Artikel 12, lid 1, bepaalt:

„[...] de overeenkomst die moet worden gesloten voor de verlening van de bouwvergunningen betreffende de in de verkavelingsplannen vermelde voorzieningen, moet het volgende bevatten:

a) [...];

b) de aanleg, op kosten van de eigenaren, van alle infrastructurele voorzieningen van primair belang en van een deel van de infrastructurele voorzieningen van secundair belang of van de voor de aansluiting van het gebied op de openbare nutsvoorzieningen noodzakelijke voorzieningen [...]; wanneer de kosten van de aanleg van de voorzieningen lager zijn dan afzonderlijk is voorzien voor de infrastructurele voorzieningen van primair en secundair belang in de zin van deze wet, moet het verschil worden afgedragen; in elk geval kan de gemeente in plaats van de aanleg van de voorzieningen in eigen beheer, de betaling verlangen van een bedrag dat overeenkomt met de werkelijke kosten van de met de verkaveling verbonden infrastructurele voorzieningen en met de

omvang en de kenmerken van de bebouwing, en dat in geen geval lager mag zijn dan de kosten die in het in artikel 3 van deze wet bedoelde gemeentebesluit zijn vastgesteld."

26 Voorts bevat artikel 22, sub b, van de regionale wet van Lombardije nr. 51 van 15 april 1975 een lijst van de infrastructurele voorzieningen van secundair belang, waartoe ook de culturele voorzieningen behoren.

De Italiaanse wetgeving inzake de administratieve procedure

27 Volgens artikel 11 van legge n° 241, „nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi" (wet nr. 241 houdende nieuwe voorschriften inzake de administratieve procedure en het recht op toegang tot administratieve documenten) van 7 augustus 1990 (GURI nr. 192, van 18 augustus 1990; hierna: „wet nr. 241/90"), kan de administratie, „onverminderd rechten van derden en in elk geval in het openbaar belang, overeenkomsten met de betrokkenen sluiten om de discretionaire inhoud van het definitieve besluit te bepalen of om, in bij de wet bepaalde gevallen, deze overeenkomsten daarvoor in de plaats te stellen".

Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

28 Blijkens de verwijzingsbeschikking berust de procedure die tot het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing heeft geleid, op twee beroepen tot nietigverklaring die zijn ingesteld tegen de besluiten nrs. 82/96 en 6/98 van 12 september 1996 respectievelijk 16 en 17 februari 1998 van de gemeenteraad van Milaan (hierna: „bestreden besluiten").

29 Bij besluit nr. 82/96 keurde de gemeenteraad van Milaan een plan voor het uit verschillende onderdelen bestaande „project ‚Scala 2001'" goed.

30 Dit project omvatte de uitvoering van de volgende werkzaamheden:

— restauratie en verbouwing van het historische gebouw van het Teatro alla Scala, met een oppervlakte van circa 30 000 m^2;

— verbouwing van de gemeentelijke gebouwen van het Ansaldo-complex;

— ten slotte de bouw in de stadswijk „Bicocca" van een nieuw theater (dat in de volksmond Teatro alla Bicocca wordt genoemd, maar officieel de naam „Teatro degli Arcimboldi" draagt) met circa 2 300 zitplaatsen op een terrein met een oppervlakte van 25 000 m^2 (plus 2 000 m^2 parkeerruimte), dat bestemd is om eerst de activiteiten van het Teatro alla Scala tijdens de restauratie en de verbouwing van dit theater, en vervolgens alle activiteiten in verband met de opvoering van toneelstukken en andere manifestaties van culturele aard onder te brengen.

31 Blijkens de stukken werd op dat moment in de Bicocca een grootschalige particuliere verkaveling uitgevoerd, het „‚Bicocca'-project", bedoeld om dit voormalige industriegebied een stedebouwkundige bestemming te geven. Deze verkaveling had betrekking op een groot gebouwencomplex, in het kader waarvan Pirelli samen met andere particuliere marktdeelnemers optrad als eigenaar-exploitant. Dit vanaf 1990 lopende particuliere initiatief was ten tijde van de feiten bijna voltooid. In het kader van de voor de betrokken terreinen geplande stedebouwkundige maatregelen had de gemeente Milaan reeds de

aanleg gepland van een complex van algemeen belang „voor verschillende gebruiksdoeleinden". Het in het kader van het project „Scala 2001" te bouwen nieuwe theater zou deel uitmaken van deze installatie.

32 Bij besluit nr. 82/96 ging de gemeenteraad van Milaan een aantal verbintenissen aan met betrekking tot de uitvoering van de werken, de termijnen en de financiering van het project „Scala 2001" door van een specifieke overeenkomst goed te keuren die de gemeente Milaan met Pirelli, Ente Autonomo Teatro alla Scala en MCS, gevolmachtigde van de initiatiefnemers van het „Bicoccaproject", had gesloten. Deze op 18 oktober 1996 ondertekende overeenkomst bevatte onder meer de volgende uitvoeringsvoorwaarden voor het onderdeel „Bicocca" van het project „Scala 2001":

— Pirelli zou de kosten van de coördinatie van de voorbereidende, de definitieve en de uitvoeringsfase van het project voor haar rekening nemen, alsook de uitvoeringsfase van de restauratiewerkzaamheden van het Teatro alla Scala, de verbouwing van het Ansaldo-gebouwencomplex en de bouw van het theater van de Bicocca, terwijl de concrete coördinatie aan MCS werd toevertrouwd;

— MCS zou, als gevolmachtigde van de projectontwikkelaars van de verkaveling, in het te verkavelen gebied op het daartoe bestemde terrein, dat de projectontwikkelaars om niet aan de gemeente Milaan zouden overdragen, het theater van de Bicocca (alsmede de daarbij behorende parkeerplaats) bouwen als infrastructurele voorziening van secundair belang, onder aftrek van de krachtens de Italiaanse nationale en regionale wetgeving aan de stad Milaan verschuldigde bijdrage in de exploitatiekosten. De verbintenis van MCS beperkte zich tot de verwezenlijking van de „buitengevel" van het gebouw inclusief de aanleg van alle installaties. MCS verplichtte zich onder meer om het gebouw vóór eind 1998 op te leveren;

— de inrichting van het interieur van het theater van de Bicocca zou echter voor rekening blijven van de stad Milaan, die voor de uitvoering daarvan gebruik zou maken van een openbare aanbestedingsprocedure.

33 De Ordine degli Architetti, en op persoonlijke titel, De Amicis, hebben tegen besluit nr. 82/96 beroep tot nietigverklaring ingesteld bij het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia.

34 Naar aanleiding van nieuwe ideeën die begin 1998 waren gerijpt bij het nieuwe gemeentebestuur, dat het theater van de Bicocca voor een groter publiek dan het Teatro alla Scala wilde bestemmen, stelde de gemeenteraad van Milaan besluit nr. 6/98 vast, waarbij hij onder meer:

— het voorontwerp voor de bouw van het nieuwe theater in de Bicocca goedkeurde;

— bevestigde dat de uitvoering van dit werk zou plaatsvinden deels door de aanleg in eigen beheer door de exploitanten „overeenkomstig hun contractuele verplichtingen betreffende het verkavelingsplan" — waarbij het bedrag van de door de exploitanten uit te voeren werkzaamheden 25 miljard ITL zou bedragen — en deels via een aanbestedingsprocedure door de stad Milaan;

— wijzigingen aanbracht in de overeenkomst van 18 oktober 1996 met betrekking tot de termijnen voor de uitvoering van een aantal maatregelen; in het bijzonder werd de datum voor de voltooiing van het theater van de Bicocca thans op 31 december 2000 vastgesteld.

35 De CNA en, op persoonlijke titel, Freyrie, hebben tegen besluit nr. 6/98 beroep tot nietigverklaring ingesteld bij het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia.

36 In de twee bij deze rechterlijke instantie ingestelde beroepen tot nietigverklaring, die in het hoofdgeding zijn gevoegd, betwisten verzoekers de geldigheid van de bestreden besluiten in het licht van zowel het Italiaanse recht inzake stedebouw en overheidsopdrachten als het gemeenschapsrecht. Met betrekking tot met name het laatste aspect stellen zij, dat het theater van de Bicocca de kenmerken van een openbaar gebouw vertoont, zodat de gemeenteraad de communautaire aanbestedingsprocedure had moeten toepassen; hij heeft daarentegen via de bestreden besluiten de opdracht onderhands gegund en daarbij de beroepsbelangen van de Ordine degli Architetti en de verzoekende architecten geschaad.

37 In zijn verwijzingsbeschikking stelt het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia onder meer vast, dat de stad Milaan de Italiaanse nationale en regionale wetgeving inzake stedebouw correct heeft toegepast. Daar het evenwel twijfels heeft over de vraag, of deze wetgeving buiten toepassing dient te worden gelaten voorzover daarbij de aanleg, zonder voorafgaande aanbesteding, wordt toegestaan van een infrastructurele voorziening waarvan de waarde boven de in de richtlijn vastgestelde drempel ligt, heeft het besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen te stellen:

„1) Zijn de nationale en regionale voorschriften op grond waarvan de bouwer (houder van een bouwvergunning of van een goedgekeurd verkavelingsplan) infrastructurele voorzieningen in eigen beheer kan aanleggen onder gehele of gedeeltelijke aftrek van de verschuldigde bijdrage (artikel 11 van wet nr. 10/77; artikelen 28 en 31 van wet nr. 1150 van 17 augustus 1942; artikelen 8 en 12 van regionale wet van Lombardije nr. 60 van 5 december 1977), in strijd met richtlijn 93/37/EEG, gelet op het beginsel van gemeen-

schapsrecht volgens hetwelk de lidstaten voor overheidsopdrachten met een waarde van 5 miljoen [euro] of meer steeds een aanbestedingsprocedure moeten volgen?

2) Kunnen ondanks deze verplichte aanbesteding overeenkomsten tussen overheid en particulieren (die in het algemeen op grond van artikel 11 van wet nr. 241 van 7 augustus 1990 zijn toegestaan) op gebieden die worden gekenmerkt door het feit dat de overheid een particulier kiest met wie zij bepaalde prestaties overeenkomt, verenigbaar met het gemeenschapsrecht worden geacht, wanneer die prestaties de in de richtlijnen ter zake neergelegde relevantie-drempel overschrijden?"

De eerste prejudiciële vraag

De ontvankelijkheid

38 De Comune di Milano en de FTS stellen, dat er geen verband bestaat tussen de eerste vraag en het voorwerp van het hoofdgeding.

39 Zij merken op, dat gelet op de hoedanigheid van verzoekers in het hoofdgeding, te weten architecten en vertegenwoordigende beroepsorganen, de verwijzende rechter de beroepen in het hoofdgeding enkel ontvankelijk heeft verklaard voor de aspecten betreffende de gunning van het ontwerp van het theater van de

Bicocca, met uitsluiting van de aspecten betreffende de uitvoering van de bouwwerkzaamheden. Die ontwerp-opdracht vormt een dienstverrichting. De eerste vraag betreft de uitlegging van richtlijn 93/37, die betrekking heeft op overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, en niet voor dienstverlening, die worden geregeld in richtlijn 92/50/EEG 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).

40 Daar het ontwerp bovendien enkel en alleen aan de Comune di Milano was opgedragen, maken de kosten daarvan geen deel uit van de bouwkosten van het theater van de Bicocca, waarvan de uitvoering in eigen beheer „onder aftrek" van de bijdrage in de exploitatiekosten de belangen van de architecten heeft geschaad.

41 Er zij aan herinnerd, dat het volgens vaste rechtspraak in het kader van de in artikel 177 van het Verdrag voorgeschreven samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties uitsluitend aan de nationale rechter staat, 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 (zie, onder meer, arrest van 13 maart 2001, PreussenElektra, C-379/98, Jurispr. blz. I-2099, punt 38). Het Hof kan slechts weigeren een uitspraak te doen over een prejudiciële vraag van een nationale rechter, wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht geen enkel verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is of wanneer het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die voor hem noodzakelijk zijn om een nuttig antwoord te geven op de gestelde vragen (zie, onder meer, arrest PreussenElektra, reeds aangehaald, punt 39).

42 Blijkens de verwijzingsbeschikking betwisten verzoekers in het hoofdgeding de bestreden besluiten, voorzover daardoor de aanleg in eigen beheer van een openbaar gebouw, namelijk het theater van de Bicocca, mogelijk is gemaakt zonder dat een communautaire aanbestedingsprocedure is gevolgd, zodat daardoor afbreuk is gedaan aan hun belangen. Uit de verwijzingsbeschikking blijkt verder, dat de door verzoekers in het hoofdgeding ingestelde beroepen ontvankelijk zijn verklaard.

43 Het lijdt geen twijfel dat, indien voor de bouw van het theater van de Bicocca een communautaire aanbestedingsprocedure had moeten plaatsvinden, deze ook het onderdeel betreffende het ontwerp had kunnen omvatten. Dat een dergelijke mogelijkheid in het kader van de richtlijn bestaat, wordt overigens bevestigd door de formulering van artikel 1, sub a, volgens hetwelk voor de toepassing van de richtlijn onder „overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken" worden verstaan overeenkomsten die betrekking hebben op de uitvoering dan wel het ontwerp alsmede de uitvoering van werken.

44 Bijgevolg moet het argument dat de eerste vraag geen verband houdt met het voorwerp van het hoofdgeding omdat zij betrekking heeft op de uitlegging van de richtlijn, worden verworpen.

45 Gelet op deze vaststellingen kan het argument dat het ontwerp van het theater van de Bicocca kosteloos is uitgevoerd, niet afdoen aan de relevantie van de eerste vraag.

46 Derhalve moet deze vraag worden beantwoord.

Ten gronde

47 De eerste vraag komt erop neer, of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale en regionale voorschriften, op grond waarvan een infrastructurele voorziening in eigen beheer kan worden aangelegd onder gehele of gedeeltelijke aftrek van de verschuldigde bijdrage, verenigbaar zijn met de richtlijn.

48 Om te beginnen zij eraan herinnerd, dat het Hof in het kader van een procedure krachtens artikel 177 van het Verdrag niet bevoegd is zich uit te spreken over de verenigbaarheid van een nationale maatregel met het gemeenschapsrecht. Het is wel bevoegd de nationale rechter alle uitleggingsgegevens betreffende het gemeenschapsrecht te verschaffen welke die rechter in staat kunnen stellen die verenigbaarheid te beoordelen met het oog op het vonnis in de bij hem aanhangige zaak (zie, onder meer, arrest van 30 april 1998, Sodiprem e.a., C-37/96 en C-38/96, Jurispr. blz. I-2039, punt 22).

49 Derhalve moet de eerste vraag aldus worden opgevat, dat de verwijzende rechter daarmee wenst te vernemen, of de richtlijn zich verzet tegen nationale wettelijke bepalingen op het gebied van stedebouw, volgens welke een infrastructurele voorziening door de houder van een bouwvergunning of van een goedgekeurd verkavelingsplan in eigen beheer kan worden aangelegd onder gehele of gedeeltelijke aftrek van de voor de vergunning verschuldigde bijdrage, wanneer de waarde van deze voorziening gelijk is aan of meer bedraagt dan de in die richtlijn vastgestelde drempel.

50 Voor de beantwoording van de aldus opnieuw formuleerde vraag moet worden onderzocht, of de aanleg in eigen beheer van een infrastructurele voorziening als aan de orde is in het hoofdgeding, is aan te merken als een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in de zin van artikel 1, sub a, van de richtlijn.

51 Volgens de in deze bepaling gegeven definitie is slechts sprake van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken, indien de volgende elementen aanwezig zijn: een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel, die is gesloten tussen een aannemer en een aanbestedende dienst in de zin van artikel 1, sub b, van de richtlijn en die betrekking heeft op de uitvoering van een bepaald soort werk of in de richtlijn omschreven werkzaamheden.

52 Daar het bestaan van een „overheidsopdracht voor de uitvoering van werken" een voorwaarde voor toepassing van de richtlijn is, moet artikel 1, sub a, aldus worden uitgelegd, dat het nuttige effect van de richtlijn wordt verzekerd. In dit verband zij opgemerkt, dat de richtlijn, zoals uit de aanhef en de tweede en de tiende overweging van de considerans ervan blijkt, beoogt de beperkingen van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken op te heffen teneinde deze opdrachten voor een daadwerkelijke mededinging open te stellen. Voor de ontwikkeling van deze daadwerkelijke mededinging is noodzakelijk dat, zoals in de tiende overweging van de considerans wordt verduidelijkt, de aankondigingen van de desbetreffende opdrachten op communautair niveau bekend worden gemaakt.

53 De richtlijn duidt zelf aan, wat onder „aanbestedende dienst" [artikel 1, sub b], „werkzaamheden" [artikel 1, sub a, en bijlage II] en „werk" [artikel 1, sub c] moet worden verstaan.

54 Deze door de gemeenschapswetgever gegeven definitie bevestigt het belang van deze elementen, gelet op het doel van de richtlijn. Bijgevolg dienen deze voorwaarden een doorslaggevende rol te spelen bij de beoordeling, of sprake is van een „overheidsopdracht voor de uitvoering van werken" in de zin van de richtlijn.

55 Dat betekent, dat in situaties waarin het gaat om de uitvoering of het ontwerp van werkzaamheden of het laten uitvoeren van een werk voor een aanbestedende dienst in de zin van de richtlijn, deze situaties in het kader van de andere in artikel 1, sub a, van de richtlijn vermelde voorwaarden in dier voege moeten worden uitgelegd, dat het nuttig effect van de richtlijn niet in gevaar wordt gebracht, met name wanneer die situaties bijzondere kenmerken vertonen die voortvloeien uit de toepasselijke bepalingen van nationaal recht.

56 In het licht van deze criteria moet worden onderzocht, of de aanleg in eigen beheer van een infrastructurele voorziening, zoals de buitengevel van een theater, in de omstandigheden als voorzien in de Italiaanse wetgeving op het gebied van stedebouw een „overheidsopdracht voor de uitvoering van werken" is.

Het element van aanbestedende dienst

57 Dienaangaande staat vast, dat de gemeente die in het hoofdgeding partij is een territoriaal lichaam is in de zin van artikel 1, sub b, van de richtlijn en derhalve valt onder de in deze bepaling gegeven definitie van aanbestedende dienst.

Het element uitvoering van werkzaamheden of het laten uitvoeren van een werk in de zin van artikel 1, sub a, van de richtlijn

58 Luidens artikel 1, sub a, van de richtlijn dienen overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken betrekking te hebben op:

— de uitvoering dan wel het ontwerp alsmede de uitvoering van werken in het kader van een van de in bijlage II vermelde werkzaamheden;

— de uitvoering dan wel het ontwerp alsmede de uitvoering van een in artikel 1, sub c, omschreven werk, te weten een werk dat het product is van bouw- dan wel wegenbouwkundige werken in hun geheel dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen;

— het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet.

59 Infrastructurele voorzieningen als in artikel 4 van wet nr. 847/64 worden genoemd zijn bouw- dan wel wegenbouwkundige werken en vallen derhalve onder de in bijlage II bij de richtlijn vermelde werkzaamheden, of zijn werken die ertoe bestemd zijn als zodanig een economische of technische functie te vervullen. Zij voldoen dus op zijn minst aan de in het eerste en het tweede streepje van het vorige punt vermelde criteria.

60 Meer bepaald is het aanbrengen van de buitengevel van een theater, zoals in het hoofdgeding, een werkzaamheid die valt onder groep 501 van de NACE, „Burgerlijke utiliteitsbouw", als vermeld in bijlage II bij de richtlijn.

61 Bijgevolg valt de aanleg van een infrastructurele voorziening als het aanbrengen van de buitengevel van een theater onder de in artikel 1, sub a, van de richtlijn bedoelde werkzaamheden.

62 Uit de punten 57 tot en met 61 van het onderhavige arrest volgt derhalve, dat de twee elementen die van belang zijn om te kunnen spreken van een „overheidsopdracht voor de uitvoering van werken", namelijk het element van aanbesteden dienst en het element inzake de betrokken werkzaamheden of werken, in een situatie als die van het hoofdgeding aanwezig zijn.

Het element bestaan van een overeenkomst

63 De Comune di Milano, Pirelli, MCS en de FTS zijn van mening, dat dit element ontbreekt, daar de aanleg in eigen beheer van infrastructurele voorzieningen doorgaans wordt geregeld in de Italiaanse nationale en regionale wetgeving op het gebied van stedebouw, waarvan het voorwerp, het doel, de kenmerken en de belangen die zij beoogt te beschermen, verschillen van die van de communautaire regeling inzake overheidsopdrachten.

64 Zij wijzen er bovendien op, dat de plaatselijke autoriteit niet kan kiezen wie met de aanleg van de voorzieningen zal worden belast, daar die persoon bij de wet wordt aangewezen in zijn hoedanigheid van eigenaar van de te verkavelen terreinen.

65 Ten slotte betogen verweerster en interveniënten in het hoofdgeding, dat al aangenomen dat de aanleg in eigen beheer geschiedt op basis van in de verkavelingsovereenkomst aangegane verbintenissen, het contractuele element nog steeds zou ontbreken. Daar de verkavelingsovereenkomst een publiekrechtelijke overeenkomst is, die gesloten is in het kader van de uitoefening van overheidsgezag en niet op basis van particuliere autonomie, kan van een

„overeenkomst" in de zin van de richtlijn geen sprake zijn. De gemeente behoudt de haar door het openbaar gezag verleende bevoegdheden op het gebied van het beheer van het grondgebied, „met inbegrip van de bevoegdheid tot wijziging of herroeping van stedebouwkundige plannen afhankelijk van de ontwikkeling van de situatie of tot vaststelling van nieuwe beoordelingscriteria die beter aan die behoeften voldoen" (arrest van de Corte suprema di cassazione, verenigde kamers, nr. 6941, van 25 juli 1994). Om dezelfde reden ontbreken de elementen die de contractuele „causa" vormen en die kenmerkend zijn voor de aannemingsovereenkomst.

66 Om te beginnen zij eraan herinnerd, dat de omstandigheid dat de nationale bepaling die voorziet in de aanleg in eigen beheer van de infrastructurele voorzieningen, deel uitmaakt van een geheel van stedebouwkundige voorschriften met eigen kenmerken, die een specifiek doel los van dat van de richtlijn nastreven, niet volstaat om de aanleg in eigen beheer van het toepassingsgebied van de richtlijn uit te sluiten, wanneer alle elementen die vereist zijn opdat de richtlijn van toepassing is, aanwezig zijn.

67 Zoals de verwijzende rechter te kennen heeft gegeven, kunnen de in artikel 4 van wet nr. 847/64 vermelde infrastructurele voorzieningen zeer wel openbare werken zijn, daar zij op grond van hun functionele eigenschappen aan infrastructurele eisen kunnen voldoen die verder gaan dan de eenvoudige individuele woningbouw en omdat het beheer ervan volledig berust bij de bevoegde instanties, die krachtens de rechtstitel waarover zij beschikken voor de beschikbaarheid kunnen instaan teneinde alle plaatselijke gebruikers de toegang te verzekeren.

68 Deze elementen zijn van belang, omdat zij een bevestiging zijn van de openbare bestemming die vanaf het begin aan de uit te voeren werken is gegeven.

69 Verder blijkt uit de verwijzingsbeschikking weliswaar, dat volgens artikel 28, lid 5, van wet nr. 1150/42 de infrastructurele voorzieningen van secundair belang

in het kader van een verkaveling in eigen beheer kunnen worden aangelegd, en dat volgens artikel 12 van de regionale wet van Lombardije nr. 60/77, zoals gewijzigd bij artikel 3 van de regionale wet van Lombardije nr. 31/86, de aanleg in eigen beheer de regel vormt, maar deze bepalingen kunnen niet het bestaan van het contractuele element bedoeld in artikel 1, sub a, van de richtlijn uitsluiten.

70 Zo volgt in de eerste plaats uit voormelde bepaling van de regionale wetgeving van Lombardije, dat het gemeentebestuur altijd de mogelijkheid behoudt om in plaats van de aanleg in eigen beheer van de infrastructurele voorzieningen betaling van een bedrag te verlangen dat in verhouding staat tot de daadwerkelijke kosten daarvan alsmede het belang en de kenmerken van de bouwwerken. Anderzijds moet ingeval van aanleg in eigen beheer van de infrastructurele voorzieningen in elk geval een verkavelingsovereenkomst tussen het gemeentebestuur en de eigenaar(s) van de te verkavelen terreinen worden gesloten.

71 Het is stellig juist, dat het gemeentebestuur zijn contractpartij niet kan kiezen, omdat deze persoon volgens de wet noodzakelijkerwijs de eigenaar van de te verkavelen terreinen is. Deze omstandigheid sluit echter nog niet uit, dat de betrekking tussen het gemeentebestuur en de exploitant een contractueel karakter heeft, aangezien in de tussen hen gesloten verkavelingsovereenkomst wordt bepaald, welke infrastructurele voorzieningen de exploitant telkens moet aanleggen, en wat de desbetreffende voorwaarden zijn, waaronder mede de goedkeuring van de ontwerpen van deze voorzieningen door de gemeente. Bovendien zal de gemeente op grond van de door de exploitant in deze overeenkomst aangegane verbintenissen over een rechtstitel beschikken die hem de zekerheid geeft dat de aldus bepaalde voorzieningen beschikbaar zijn met het oog hun openbare bestemming.

72 Deze vaststelling wordt in het hoofdgeding bovendien bevestigd door de omstandigheid dat volgens de bestreden besluiten het theater van de Bicocca gedeeltelijk moet worden verwezenlijkt door uitvoering in eigen beheer door de exploitanten „overeenkomstig hun contractuele verplichtingen met betrekking tot het verkavelingsplan", en gedeeltelijk via een aanbesteding door de gemeente Milaan.

73 Anders dan verweerster en interveniënten in het hoofdgeding betogen, verzet ten slotte de omstandigheid dat de verkavelingsovereenkomst onder het publiekrecht valt en is gesloten in het kader van de uitoefening van overheidsgezag, zich niet tegen het bestaan van het contractuele element van artikel 1, sub a, van de richtlijn, maar pleit zij zelfs daarvoor. In verschillende lidstaten is de overeenkomst tussen een aanbestedende dienst en een aannemer immers een administratiefrechtelijke overeenkomst die als zodanig onder het publiekrecht valt.

74 Gelet op het voorgaande volstaan de elementen in de verkavelingsovereenkomst en de in het kader daarvan aangegane verbintenissen voor de vaststelling, dat het in artikel 1, sub a, van de richtlijn vereiste contractuele element aanwezig is.

75 Bovendien strookt deze uitlegging met het belangrijkste doel van de richtlijn, te weten, zoals dit in punt 52 van het onderhavige arrest is gepreciseerd, de openstelling van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken voor de mededinging. De openstelling voor de communautaire mededinging volgens de in de richtlijn vastgestelde procedures staat er immers garant voor, dat er geen gevaar voor onrechtmatige begunstigingen door de overheid bestaat. Dat de overheid haar contractpartij niet kan kiezen, kan dus op zich de niet-toepassing van de richtlijn niet rechtvaardigen, omdat een dergelijke eventualiteit ertoe zou leiden dat de uitvoering van een werk waarop deze richtlijn anders van toepassing zou zijn, van de communautaire mededinging wordt uitgesloten.

Overeenkomst onder bezwarende titel

76 Volgens verweerster en interveniënten in het hoofdgeding is de overeenkomst hoe dan ook niet wederkerig, daar er geen verbintenis op de gemeente rust. Immers, de betaling van de bijdrage in de exploitatiekosten of de aanleg in eigen beheer

van de infrastructurele voorzieningen zijn geenszins de pendant van het recht van de exploitant op afgifte van de bouwvergunning, en het bouwrijp maken van de terreinen, dat past in het kader van het proces van transformatie van het gebied, hangt niet af van het door die transformatie geboden voordeel of van het voordeel dat de houder van de bouwvergunning daaraan ontleent.

77 In dit verband zij opgemerkt, dat met overeenkomst onder bezwarende titel in casu wordt bedoeld, dat de betrokken overheidsinstantie een tegenprestatie levert voor de uitvoering van de werken waarop de in artikel 1, sub a, van de richtlijn bedoelde overeenkomst betrekking heeft en waarover die instantie zal kunnen beschikken.

78 De vraag, of de bij aanleg in eigen beheer van een infrastructurele voorziening gesloten overeenkomst voor het gemeentebestuur een overeenkomst onder bezwarende titel is, rijst — in een situatie als die van het hoofdgeding — vanuit een specifiek oogpunt wegens de bijzondere aspecten die de Italiaanse wetgeving op het gebied van stedebouw kenmerken.

79 Zo volgt uit artikel 28, lid 5, sub 2, van wet nr. 1150/42 en artikel 12, sub b, van de regionale wet van Lombardije nr. 60/77, zoals gewijzigd bij artikel 3 van de regionale wet van Lombardije nr. 31/86, dat de eigenaren van de te verkavelen terreinen de kosten van de infrastructurele voorzieningen van primair belang dragen, alsmede een deel van de kosten van de aanleg van de infrastructurele voorzieningen van secundair belang in verband met de verkaveling of van de werkzaamheden die noodzakelijk zijn voor de aansluiting van het betrokken gebied op de openbare nutsvoorzieningen.

80 Voorts bepaalt artikel 11, lid 1, van wet nr. 10/77, dat „de vergunninghouder zich kan verplichten tot de aanleg in eigen beheer van de infrastructurele voorzieningen [...] onder gehele of gedeeltelijke aftrek van het bedrag dat verschuldigd is" uit hoofde van de bijdrage in de exploitatiekosten, waarvan de betaling gekoppeld is aan de verlening van de vergunning overeenkomstig artikel 3 van die wet.

81 Uit de woorden „onder aftrek" in artikel 11, lid 1, van wet nr. 10/77 kan worden opgemaakt, dat wanneer het gemeentebestuur instemt met de aanleg in eigen beheer van de infrastructurele voorzieningen, het ervan afziet het bedrag te innen dat uit hoofde van de in artikel 3 van die wet bedoelde bijdrage verschuldigd is.

82 Verweerster en interveniënten in het hoofdgeding alsmede de Italiaanse regering stellen echter, dat een dergelijke uitlegging niet juist is, met name omdat de betaling van de bijdrage in de exploitatiekosten is voorzien als een alternatief voor de aanleg in eigen beheer van de voorzieningen en dat het bijgevolg onjuist is om aan te nemen, dat de gemeente een bedrag te vorderen heeft dat hoe dan ook verschuldigd is en dat het gemeentebestuur niet int in geval van aanleg in eigen beheer van de werken. De aanleg in eigen beheer van de werken heeft als nuttig effect, dat de eigenaar-exploitant het recht om te bouwen vrij kan uitoefenen, doordat hij wordt ontslagen van de verplichting tot betaling van de voor de verlening van de vergunning verschuldigde bijdrage in de exploitatiekosten. De woorden „onder aftrek" doelen dus op deze bevrijdende werking van de aanleg van de werken en niet op een tegenprestatie of enig ander voordeel dat door de gemeente aan de exploitanten wordt toegekend.

83 Daar deze bezwaren betrekking hebben op de Italiaanse wetgeving op het gebied van stedebouw en op de wijze waarop daarin het verband tussen de schuld uit hoofde van de bijdrage in de exploitatiekosten en de aanleg in eigen beheer van de werken wordt opgevat, zijn zij aan het oordeel van de verwijzende rechter onderworpen.

84 De nationale rechter stelt in de verwijzingsbeschikking vast dat, anders dan verweerster en interveniënten in het hoofdgeding betogen, de houder van een bouwvergunning of van een goedgekeurd verkavelingsplan die de infrastructurele voorzieningen aanlegt, geen prestatie om niet verricht, daar hij een schuld van dezelfde waarde — behoudens aanvulling in geld — tegenover de gemeente,

namelijk de bijdrage in de exploitatiekosten, vereffent, zonder dat de omstandigheid dat het om een alternatieve verbintenis gaat — bijdrage in contanten of uitvoering in eigen beheer van de werken — een differentiatie van de oorzaak naargelang de gekozen (of door de wetgever voorgeschreven) uitvoeringsmodaliteiten mogelijk maakt.

85 Deze uitlegging van de nationale wetgeving strookt met het doel van de richtlijn zoals dat in punt 52 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, en verzekert dus het nuttig effect daarvan.

86 Hieruit volgt, dat het element overeenkomst onder bezwarende titel aanwezig is.

Het element schriftelijke overeenkomst

87 In dit verband zij enkel opgemerkt, dat het bestaan van een schriftelijke overeenkomst geenszins wordt betwist en dat de verkavelingsovereenkomst tussen de gemeente en de eigenaar(s)-exploitant(en) inderdaad op schrift is gesteld.

De hoedanigheid van aannemer

88 Volgens verweerster en interveniënten in het hoofdgeding alsmede de Italiaanse regering ontbreekt dit element omdat de exploitant niet als aannemer of als

bouwonderneming wordt aangewezen maar enkel op grond van de eigendom van de te verkavelen terreinen. Van hem wordt niet verlangd dat hij aan bijzondere voorwaarden betreffende technische bekwaamheid, financiële draagkracht en dergelijke voldoet, behalve aan de verplichting de gemeente voldoende garanties te bieden, gelet op de krachtens de verkavelingsovereenkomst aangegane verbintenissen.

89 Voorts zou uit de antwoorden op een vraag van het Hof blijken, dat de keuze van de aannemers die met het ontwerp en de uitvoering van het werk zullen worden belast, uitsluitend een aangelegenheid is van de exploitant-houder van de bouwvergunning. Laatstgenoemde voert de werken voor eigen rekening uit en niet voor rekening van de gemeente, waaraan hij ze na voltooiing zal overdragen.

90 In dit verband zij opgemerkt, dat artikel 1, sub a, van de richtlijn niet vereist, dat de persoon die een overeenkomst met een aanbestedende dienst sluit, in staat is de overeengekomen prestatie in eigen beheer met zijn eigen middelen te verrichten om als aannemer te kunnen worden aangemerkt; hij behoeft enkel in staat te zijn de betrokken prestatie te laten uitvoeren door de daartoe vereiste garanties te bieden.

91 Artikel 20 van de richtlijn luidt: „In het bestek kan de aanbestedende dienst de inschrijver verzoeken in zijn offerte aan te geven welk gedeelte van de opdracht zij eventueel voornemens is aan derden in onderaanneming te geven."

92 In dezelfde gedachtengang heeft het Hof ter zake van richtlijn 92/50 voor recht verklaard, dat op grond daarvan een dienstverlener zich ten bewijze dat hij aan de

economische, financiële en technische voorwaarden voor deelneming aan een aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht voor diensten voldoet, mag beroepen op de bekwaamheden van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van de met hen bestaande banden, voorzover hij kan aantonen, dat hij daadwerkelijk kan beschikken over de middelen van die entiteiten die voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijk zijn (zie arrest van 2 december 1999, Holst Italia, C-176/98, Jurispr. blz. I-8607).

93 Uit de stukken blijkt, dat in een situatie zoals die in het hoofdgeding aan de orde is, de exploitant-vergunninghouder op grond van de verbintenissen die in het kader van de met het gemeentebestuur gesloten verkavelingsovereenkomst zijn aangegaan, de verplichting heeft de gemeente voldoende garanties te bieden voor de uitvoering van de werken die aan de gemeente zullen worden overgedragen, en dat de marktdeelnemer die hij voor de uitvoering van de werken heeft uitgekozen, de met het gemeentebestuur gesloten overeenkomsten aanvaardt. Dat was het geval in het hoofdgeding, daar MCS de door de Comune di Milano met Pirelli gesloten overeenkomsten heeft aanvaard.

94 In die omstandigheden sluit noch de omstandigheid dat de exploitant niet in staat is de betrokken werken met zijn eigen middelen uit te voeren, noch de omstandigheid dat de marktdeelnemer die met de uitvoering van de werken zal worden belast, door de exploitant-houder van de bouwvergunning en niet door het gemeentebestuur wordt gekozen, uit dat bovenbedoeld element aanwezig is.

95 Bovendien ontneemt noch de omstandigheid dat de infrastructurele voorzieningen door de vergunninghouder voor eigen rekening worden aangelegd, voordat hij ze overdraagt aan de gemeente, deze laatste niet de hoedanigheid van aanbestedende dienst met betrekking tot de aanleg van die voorziening.

96 Bijgevolg moet ook het element hoedanigheid van aannemer aanwezig worden geacht.

97 Gelet op het voorgaande moet worden geconcludeerd, dat de aanleg in eigen beheer van een infrastructurele voorziening onder de in de Italiaanse wetgeving op het gebied van stedebouw gestelde voorwaarden „een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken" is in de zin van artikel 1, sub a, van de richtlijn.

98 Hieruit volgt dat wanneer de geraamde waarde, exclusief BTW, van een dergelijk werk gelijk is aan of meer bedraagt dan de in artikel 6, lid 1 van de richtlijn vastgestelde drempel, de richtlijn van toepassing is.

99 Deze vaststelling houdt in, dat het gemeentebestuur verplicht is de in die richtlijn voorschreven procedures in acht te nemen, wanneer zij dergelijke opdrachten plaatst.

100 Dat betekent niet, dat de richtlijn in geval van aanleg van een infrastructurele voorziening slechts wordt nageleefd, indien het gemeentebestuur zelf de in deze richtlijn omschreven aanbestedingsprocedures toepast. Het nuttig effect daarvan zou evengoed worden verzekerd, indien het gemeentebestuur op grond van de nationale wetgeving de exploitant-vergunninghouder door middel van de met hem gesloten overeenkomsten kon verplichten de overeengekomen werken uit te voeren volgens de in de richtlijn omschreven procedures, zulks ter vervulling van de verplichtingen die dienaangaande krachtens de richtlijn op het gemeentebestuur rusten. In dat geval moet de exploitant krachtens de met de gemeente gesloten overeenkomsten die hem vrijstellen van betaling van de bijdrage in de exploitatiekosten als tegenprestatie voor de aanleg van een openbare infrastructurele voorziening, worden beschouwd als houder van een uitdrukkelijke volmacht van de gemeente voor de aanleg van deze voorziening. Deze mogelijkheid dat de voorschriften van de richtlijn inzake bekendmaking worden toegepast door andere personen dan de aanbestedende dienst, is in artikel 3, lid 4, van de richtlijn uitdrukkelijk geregeld voor concessieovereenkomsten voor openbare werken.

101 Wat betreft de in de richtlijn omschreven procedures volgt uit de artikelen 7, lid 4, en 11, leden 2 en 9, tezamen gelezen, dat de aanbestedende diensten die een

overheidsopdracht voor de uitvoering van werken wensen te plaatsen, hun voornemen daartoe te kennen moeten geven door de bekendmaking van een aankondiging in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen,* behoudens in een van de in artikel 7, lid 3, van de richtlijn limitatief opgesomde gevallen, waarin zij gebruik kunnen maken van de procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving.

102 In casu biedt niets in het dossier steun voor de stelling, dat de aanleg in eigen beheer van een infrastructurele voorziening onder de in de Italiaanse wetgeving op het gebied van stedebouw gestelde voorwaarden tot een van de in laatstgenoemde bepaling vermelde gevallen kan behoren.

103 Op de eerste vraag moet dus worden geantwoord, dat de richtlijn zich verzet tegen nationale wettelijke bepalingen op het gebied van stedebouw volgens welke een infrastructurele voorziening door de houder van een bouwvergunning of van een goedgekeurd verkavelingsplan zonder inachtneming van de procedures van de richtlijn in eigen beheer kan worden aangelegd onder gehele of gedeeltelijke aftrek van de voor de verlening van de vergunning verschuldigde bijdrage, wanneer de waarde van deze voorziening gelijk is aan of meer bedraagt dan de in die richtlijn vastgestelde drempel.

De tweede prejudiciële vraag

104 De CNA betwist de relevantie van deze vraag. Aangezien in het hoofdgeding aan geen van de voorwaarden van artikel 11 van wet nr. 241/90 zou zijn voldaan en aangezien de overeenkomsten die voor het plaatsen van de overheidsopdrachten zijn gesloten zonder inachtneming van de in de richtlijnen ter zake voorge-

schreven procedures, stellig de rechten aantasten van de aannemers of de beoefenaars van vrije beroepen die naar gunning van de opdracht dingen, zou artikel 11 van wet nr. 241/90 in omstandigheden als die van het hoofdgeding niet van toepassing zijn.

105 Zonder dat uitspraak hoeft te worden gedaan over de argumenten van de CNA, moet worden vastgesteld dat de verwijzende rechter noch de bepalingen van gemeenschapsrecht aangeeft waarvan hij de uitlegging wenst, noch de nauwkeurige aspecten van de betrokken Italiaanse wetgeving waarvan de toepassing in het hoofdgeding problemen in verband met het gemeenschapsrecht zou opwerpen.

106 Bij gebreke van deze aanwijzingen is het niet mogelijk, het concrete uitleggingsprobleem van gemeenschapsrecht dat in het hoofdgeding zou kunnen rijzen, af te bakenen.

107 Derhalve moet worden vastgesteld, dat de tweede vraag niet-ontvankelijk is.

Kosten

108 De kosten door de Italiaanse regering en de Commissie wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakt, kunnen niet voor vergoeding in aanmerking komen. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen.

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

uitspraak doende op de door het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia bij beschikking van 11 juni 1998 gestelde vragen, verklaart voor recht:

Richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, verzet zich tegen nationale wettelijke bepalingen op het gebied van stedebouw volgens welke een infrastructurele voorziening door de houder van een bouwvergunning of van een goedgekeurd verkavelingsplan zonder inachtneming van de procedures van de richtlijn in eigen beheer kan worden aangelegd onder gehele of gedeeltelijke aftrek van de voor de verlening van de vergunning verschuldigde bijdrage, wanneer de waarde van deze voorziening gelijk is aan of meer bedraagt dan de in die richtlijn vastgestelde drempel.

Gulmann Skouris Puissochet

Schintgen Macken

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 12 juli 2001.

De griffier

R. Grass

De president van de Zesde kamer

C. Gulmann