CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL P. LÉGER

van 16 september 1997 *

1. In de onderhavige prejudiciële zaak wordt het Hof verzocht om uitlegging van het begrip „publiekrechtelijke instelling", dat door de gemeenschapswetgever wordt gebruikt ter afbakening van de werkingssfeer 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 [1] (hierna: „richtlijn").

I — De gemeenschapsrechtelijke regeling

Richtlijn 93/37/EEG

3. Richtlijn 93/37, waarbij richtlijn 71/305/EEG van de Raad [2] wordt gecodificeerd, vormt de gemeenschapsrechtelijke basisregeling op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken.

2. Luidens de richtlijn is een „publiekrechtelijke instelling" een „aanbestedende dienst"; met dit begrip worden de entiteiten aangeduid waarvan de deelneming aan het sluiten van een overeenkomst betreffende de uitvoering van werken leidt tot toepassing van het stelsel van de richtlijn op deze overeenkomst.

4. De richtlijn bevat de voor de lidstaten bindende gemeenschappelijke regels op technisch gebied, op het gebied van de bekendmaking van de opdracht die de aanbestedende diensten voornemens zijn te plaatsen, en op het gebied van de deelneming van de aannemers aan de opdracht. Zij bepaalt welke procedures voor het plaatsen van de opdrachten de aanbestedende diensten moeten toepassen, alsmede welke informatieplichten zij tegenover de gegadigden, de inschrijvers en de Commissie, en de lidstaten tegenover de Commissie hebben.

* Oorspronkelijke taal: Frans.

1 — PB L 199, blz. 54. De begrippen „aanbestedende diensten" en „publiekrechtelijke instelling" komen eveneens voor 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; artikel 1, sub b) en in richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB L 199, blz. 1; artikel 1, sub b), zodat de uitlegging van deze begrippen het enkele kader van de wetgeving inzake overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken te buiten gaat.

2 — Richtlijn van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 185, blz. 5), zoals laatstelijk gewijzigd bij 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).

5. In artikel 1 van de richtlijn worden de voornaamste begrippen gedefinieerd die de werkingssfeer ervan afbakenen.

6. Volgens artikel 1, sub a, wordt verstaan onder:

„overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken': schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die zijn gesloten tussen een aannemer, enerzijds, en een onder 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 onder 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". [3]

7. Volgens artikel 1, sub b, eerste alinea, wordt verstaan onder:

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

8. De „publiekrechtelijke instellingen', die dus evenals de traditionele openbare lichamen aanbestedende diensten zijn, worden in artikel 1, sub b, tweede alinea, omschreven als volgt:

„Onder ‚publiekrechtelijke instelling' wordt verstaan, iedere instelling die:

— is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, en

— rechtspersoonlijkheid heeft, en

— waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de staat, de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen

3 — Bijlage II bevat een opsomming van de beroepswerkzaamheden op het gebied van de bouw- en wegenbouwkunde. Artikel 1, sub c, omschrijft „werk" als: „het product van bouw- dan wel wegenbouwkundige werken in hun geheel dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen".

worden gefinancierd, ofwel het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatsten, ofwel de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen."

9. Artikel 1, sub b, laatste alinea, bepaalt:

„De lijsten van de instellingen en van de categorieën van publiekrechtelijke instellingen die voldoen aan de in de tweede alinea van dit punt genoemde criteria, staan in bijlage I. Deze lijsten zijn zo volledig mogelijk en kunnen worden herzien volgens de procedure van artikel 35. Daartoe stellen de lidstaten de Commissie op gezette tijden in kennis van de wijzigingen die zijn opgetreden in hun lijsten."

Richtlijn 89/665/EEG

10. Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken [4], verplicht de lidstaten „de nodige maatregelen [te nemen] om ervoor te zorgen dat (...) tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten doeltreffend en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld (...) op grond van het feit dat door die besluiten het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn". [5] Ingevolge artikel 5 moeten de door de lidstaten genomen maatregelen die nodig zijn om aan deze richtlijn te voldoen, vóór 21 december 1991 in werking treden.

Verordening (EEG) nr. 2052/88

11. Het nieuwe artikel 7, lid 1, met het opschrift „Verenigbaarheid en controle", van verordening (EEG) nr. 2052/88 van de Raad van 24 juni 1988 [6] (hierna: „verordening"), bepaalt:

„De acties die door de Structuurfondsen, de EIB of een ander bestaand financieringsinstrument worden gefinancierd, moeten in overeenstemming zijn met de Verdragen en de op grond van de Verdragen vastgestelde

4 — PB L 395, blz. 33.

5 — Artikel 1.

6 — Verordening betreffende de taken van de Fondsen met structurele strekking, hun doeltreffendheid alsmede de coördinatie van hun bijstandsverlening onderling en met die van de Europese Investeringsbank en de andere bestaande financieringsinstrumenten (PB L 185, blz. 9). Het onderhavige artikel 7, lid 1, is gewijzigd bij artikel 1 van verordening (EEG) nr. 2081/93 van de Raad van 20 juli 1993 tot wijziging van bovengenoemde verordening (PB L 193, blz. 5).

besluiten, met het beleid van de Gemeenschap, inclusief het beleid inzake mededingingsregels, overheidsopdrachten en milieubescherming, alsmede met de toepassing van het beginsel van gelijke kansen voor mannen en vrouwen."

II — De nationale wettelijke regeling

12. In zijn verwijzingsbeschikking zet het Bundesvergabeamt uiteen, dat de Republiek Oostenrijk met de inwerkingtreding van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte op 1 januari 1994 verplicht was de in bijlage XVI bij deze overeenkomst genoemde besluiten van de Europese Gemeenschappen in nationaal recht om te zetten. Op dat tijdstip ging het inzonderheid om de reeds genoemde richtlijnen 71/305 en 89/665. [7]

13. Blijkens de verwijzingsbeschikking vond omzetting van de richtlijnen op het niveau van de Bund plaats bij het Bundesvergabegesetz (hierna: „BVergG") [8], dat op 1 januari 1994 in werking is getreden. Om redenen van bevoegdheidsverdeling tussen de Länder en de Bund hebben de Länder eveneens andere omzettingswetten vastgesteld.

14. Op het gebied van overheidsopdrachten zijn richtlijnen vastgesteld die niet in bijlage XVI worden genoemd. De verwijzende rechter, die vaststelt dat zij niet in Oostenrijks recht zijn omgezet, gaat er naar eigen zeggen „echter vanuit, dat de toepasselijke bepalingen van het BVergG voortaan aan de bepalingen van de desbetreffende Europese richtlijnen moeten worden getoetst". [9] De voornaamste bepalingen van het BVergG zijn de volgende.

15. § 1, lid 2, punt 3, luidt als volgt:

„De onderhavige federale wet is van toepassing op opdrachten voor de uitvoering van werken onder bezwarende titel die betrekking hebben op

(...)

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

7 — Zie verwijzingsbeschikking.

8 — *BGBl.*, nr. 462/1993.

9 — Zie verwijzingsbeschikking.

16. § 3 bepaalt als volgt:

„1) De onderhavige federale wet is van toepassing op de aanbesteding van opdrachten voor de uitvoering van werken en van concessieovereenkomsten voor werken waarvan het geraamde bedrag zonder BTW gelijk is aan of meer bedraagt dan vijf miljoen ECU.

(...)

3) Opdrachten voor de uitvoering van werken, inzonderheid de daarin vastgelegde werkzaamheden, mogen niet worden gesplitst met het doel om ze aan de toepassing van de onderhavige federale wet te onttrekken".

17. § 16, lid 1, punt 3, luidt als volgt:

„De onderhavige federale wet is van toepassing op het plaatsen van opdrachten door aanbestedende diensten die zijn

(...)

3) (constitutionele bepaling) ondernemingen in de zin van § 126 b, lid 2, B-VG [10], voor zover zij zijn opgericht met het doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, en de financiële deelneming van de Bund in deze ondernemingen groter is dan die van andere rechtssubjecten — voor andere ondernemingen die zijn onderworpen aan het toezicht van het Rechnungshof, voor zover zij zijn opgericht met bovengenoemd doel, staat het aan de Länder de regeling betreffende het plaatsen van opdrachten vast te stellen en toe te zien op de toepassing ervan." [11]

18. Het BVergG voorziet in twee soorten van beroep: een arbitrageprocedure voor de Bundes-Vergabekontrollkommission (federale commissie van toezicht inzake aanbestedingen) en een beroepsprocedure voor het Bundesvergabeamt (federale aanbestedingsinstantie). De arbitrageprocedure gaat verplicht vooraf aan de beroepsprocedure voor het Bundesvergabeamt. Pas wanneer in de arbitrageprocedure geen minnelijke schikking is bereikt tussen de aanbestedende dienst en de gegadigden of inschrijvers, kan het Bundesvergabeamt worden geadieerd.

10 — Bundesverfassungsgesetz.

11 — De verwijzende rechter zet uiteen, dat in deze bepaling „wordt gesproken van ondernemingen in de zin van § 126 b, lid 2, B-VG. Hierbij gaat het om ondernemingen, waarin de Bund alleen of gezamenlijk met andere rechtssubjecten die onder de bevoegdheid van het Rechnungshof vallen, voor minimaal 50 % van het stam-, grond- of eigen kapitaal deelneemt of die de Bund alleen of gezamenlijk met dergelijke andere rechtssubjecten leidt. Een dergelijke financiële deelneming moet op één lijn worden gesteld met de beheersing van ondernemingen via andere financiële of economische dan wel organisatorische maatregelen. De bevoegdheid van het Rechnungshof strekt zich ook uit tot ondernemingen in elk verder stadium, die aan de voorwaarden van dit lid voldoen" (zie verwijzingsbeschikking).

III — De feiten en de procedure in de hoofdzaak

De Österreichische Staatsdruckerei

19. De in 1804 opgerichte Österreichische Staatsdruckerei (hierna: „ÖStDr") was oorspronkelijk een staatsonderneming. Sinds 1981 is haar rechtspositie door het Bundesgesetz über die Österreichische Staatsdruckerei (Staatsdruckereigesetz; hierna: „StDrG") van 1 juli 1981 gewijzigd. § 1 StDrG luidt als volgt:

„(1) Onder de naam ‚Österreichische Staatsdruckerei' wordt een eigen economische instelling opgericht (hierna: ‚Staatsdruckerei'). Zij is gevestigd te Wenen en heeft rechtspersoonlijkheid.

(2) De Staatsdruckerei bezit de hoedanigheid van handelaar in de zin van het wetboek van koophandel. Zij moet worden ingeschreven in deel A van het handelsregister bij de rechtbank van koophandel te Wenen.

(3) Het bedrijf van de Staatsdruckerei wordt uitgeoefend overeenkomstig commerciële beginselen."

20. De taken van de ÖStDr zijn vastgelegd in § 2 StDrG. Volgens § 2, lid 1, gaat het om de exclusieve vervaardiging van drukwerk voor het federale bestuur, waarbij geheimhouding dan wel naleving van veiligheidsvoorschriften is geboden, zoals paspoorten, rijbewijzen, identiteitskaarten, het Bundesgesetzblatt, de federale bundels betreffende wetgeving en besluiten, formulieren en de Wiener Zeitung. Deze activiteiten worden gewoonlijk aangeduid als „verplichte taken". Deze activiteiten zijn onderworpen aan het toezicht van een overheidsorgaan. [12] De prijzen worden op verzoek van de directeur-generaal van de ÖStDr — volgens commerciële beginselen — vastgesteld door de economische raad [13], die bestaat uit twaalf leden waarvan er acht worden benoemd door het Bundeskanzleramt of verschillende ministeries en vier door de ondernemingsraad. [14]

21. Krachtens § 2, lid 2, StDrG kan de ÖStDr andere activiteiten verrichten, zoals de vervaardiging van andere drukwerken alsmede de uitgave en distributie van boeken of kranten.

12 — § 13, lid 1, StDrG.

13 — § 12 StDrG. Meer bepaald worden de prijzen binnen de economische raad vastgesteld door een comité dat uit drie leden van de raad bestaat: de voorzitter van de economische raad, een van de door het Bundeskanzleramt benoemde leden en een van de door het Ministerie van Financiën benoemde leden.

14 — § 12, lid 2, StDrG.

22. Luidens § 3 „is de Staatsdruckerei met inachtneming van het doel van de onderneming bevoegd om in ondernemingen deel te nemen".

Strohal Gesellschaft en Strohal Rotationsdruck

23. In februari 1995 nam de ÖStDr Strohal Gesellschaft (hierna: „SG") over, die in oktober van dat jaar Strohal Rotationsdruck (hierna: „SRG" of „verweerster") oprichtte; van het kapitaal van deze vennootschap groot 1 000 000 ÖS bezit SG 999 000 ÖS. [15]

24. Blijkens de schriftelijke opmerkingen van verweerster wordt de overname van SG door de ÖStDr verklaard door de ervaring van SG met een voor de ÖStDr vreemde druktechniek en door het bestaan van een buitenlandse clientèle. [16]

25. SRG voegt hieraan toe, dat zij op 4 november 1995 is ingeschreven in het vennootschapsregister van het Landgericht Eisenstad met als doelomschrijving de vervaardiging van drukwerk volgens het betrokken fabricageprocédé. [17]

Het project Druckzentrum Müllendorf

26. Ter bekorting van de voorbereidingsperiode voor de ingebruikstelling van een als „Druckzentrum Müllendorf" aangeduide drukkerij, waarvan de exploitatie aan SRG zou worden toevertrouwd, plaatste de ÖStDr verschillende opdrachten namens SRG toen deze nog in oprichting was. [18]

27. Zo schreef de ÖStDr op 18 oktober 1995 een aanbesteding uit voor de technische installaties van het „Druckzentrum Müllendorf" die niet voor de productie waren bestemd; zij herriep deze aanbesteding evenwel na een door de Wirtschaftskammer Österreich ingeleide arbitrageprocedure.

28. Daarop werd een niet-openbare aanbesteding uitgeschreven, waarbij de ÖStDr de inschrijvers liet weten, dat SRG de bouwheer was die verantwoordelijk was voor de aanbesteding en het plaatsen van de opdrachten. [19]

15 — ÖS: Oostenrijkse schilling.

16 — Voor het Nederlands niet van belang.

17 — Zie schriftelijke opmerkingen.

18 — Zie schriftelijke opmerkingen van verweerster en verwijzingsbeschikking.

19 — Zie verwijzingsbeschikking.

29. Op verzoek van de Verband der Industriellen Gebäudetechnikunternehmen Österreichs (Oostenrijks verbond van industriële ondernemingen voor de technische installaties van gebouwen) van 15 november 1995 werd een arbitrageprocedure ingeleid, op grond dat volgens dit verbond het project een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in de zin van het BVergG was en dus binnen de werkingssfeer van deze wet viel. [20]

30. De Bundes-Vergabekontrollkommission concludeerde, dat er bij gebreke van een aanbestedende dienst in de zin van het BVergG geen sprake was van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken en dat zij derhalve ter zake van dit vraagstuk niet bevoegd was. Zij wilde evenwel niet uitsluiten, dat de aanbesteder, ingeval hij communautaire bijstand ontving, op grond van artikel 7, lid 1, van de verordening de bepalingen van richtlijn in acht diende te nemen. [21]

31. Aangezien geen minnelijke schikking werd bereikt, leidden Mannesmann Anlagenbau Austria AG, J. L. Bacon GesmbH, Haustechnische Gesellschaft für sanitär-, wärme- und lufttechnische Anlagen GesmbH en Sulzer Infra Anlagen- und Gebäudetechnik GesmbH (hierna: „verzoeksters") op 7 december 1995 een beroepsprocedure in bij het Bundesvergabeamt overeenkomstig § 92 BVergG. [22]

IV — De prejudiciële vragen

32. Volgens het Bundesvergabeamt zijn de relevante bepalingen van het BVergG vastgesteld ter omzetting van richtlijn 71/305, zoals gewijzigd, en moet voor de uitlegging van deze bepalingen thans worden gekeken naar richtlijn 93/37. Het heeft derhalve de volgende vragen ter prejudiciële beslissing voorgelegd:

„1) Kan een onderneming ingevolge een nationale wetsbepaling zoals in casu § 3 van het Staatsdruckereigesetz, waarbij aan die onderneming bijzondere en uitsluitende rechten worden verleend,

20 — Zie verwijzingsbeschikking.

21 — Zie verwijzingsbeschikking.

22 — Zie verwijzingsbeschikking. Voorts wordt er gezegd: „Op 21 december 1995 dienden verzoeksters een aanvullend verzoekschrift in, waarin zij vermeldden, dat zij op 7 december 1995 door de aanbesteder in kennis waren gesteld van het feit, dat de betrokken niet-openbare aanbesteding was herroepen. Tevens was verzoeksters beloofd, dat er een ‚openbare spoedprocedure' zou worden gevolgd." Verzoeksters bevestigen de uiteenzetting van de feiten in de verwijzingsbeschikking. Verweerster stelt evenwel, dat zij „een aanbesteding in de vorm van de openbare spoedprocedure heeft uitgeschreven, die van 7 tot en met 10 december 1995 is bekendgemaakt in het publicatieblad" en dat „de door verzoeksters bij het Bundesvergabeamt ingeleide procedure, die tot de onderhavige prejudiciële procedure heeft geleid, tegen deze aanbesteding is gericht" (zie schriftelijke opmerkingen). Zo er dus verschillen bestaan in de beschrijving van de nationale procedure die aan de onderhavige zaak ten grondslag ligt, hinderen zij het Hof niet in zijn taak, aangezien de kenmerken van de beide aanbestedingsprocedures naar de stand van de beschikbare inlichtingen niet van invloed zijn op de rechtsvraag waarop de verwijzende rechter een antwoord wenst te vernemen.

worden geacht te zijn belast met het voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, als bedoeld in artikel 1, sub b, van richtlijn 93/37/EEG, en ingevolge deze bepaling in haar geheel onder de werkingssfeer van deze richtlijn te zijn gebracht, ook wanneer die activiteiten slechts een deel van haar werkgebied omvatten en zij daarenboven als commerciële onderneming aan de markt deelneemt?

2) Ingeval een dergelijke onderneming enkel met betrekking tot de haar verleende bijzondere en uitsluitende rechten onder de werkingssfeer van richtlijn 93/37/EEG zou vallen, is zij dan verplicht organisatorische voorwaarden te scheppen die verhinderen dat uit de opbrengsten uit die bijzondere en uitsluitende rechten verkregen financiële middelen naar andere bedrijfssectoren worden overgebracht?

3) Wanneer een aanbestedende dienst met een project begint en dit derhalve als overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in de zin van richtlijn 93/37/EEG moet worden gekwalificeerd, kan dan het feit dat een derde, die op het eerste gezicht niet onder de personele werkingssfeer van de richtlijn valt, daarbij betrokken raakt, meebrengen dat een project niet meer als een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken kan worden gekwalificeerd, of dient een dergelijke gang van zaken te worden gekwalificeerd als een ontgaan van de personele werkingssfeer van de richtlijn, dat niet verenigbaar is met het doel en de strekking ervan?

4) Wanneer een aanbestedende dienst met het oog op het verrichten van commerciële activiteiten ondernemingen opricht waarin hij de meerderheid van de aandelen houdt, waardoor hij deze ondernemingen economisch kan beheersen, geldt de kwalificatie aanbestedende dienst dan ook voor deze verbonden ondernemingen?

5) Wanneer een aanbestedende dienst financiële middelen die hij uit hem verleende bijzondere en uitsluitende rechten heeft verkregen, overdraagt aan zuiver commercieel werkzame ondernemingen waarin hij een meerderheidsbelang bezit, wordt de rechtspositie van de verbonden onderneming dan hierdoor zodanig beïnvloed, dat zij zich volledig als een aanbestedende dienst in de zin van richtlijn 93/37/EEG moet laten behandelen en moet gedragen?

6) Wanneer een aanbestedende dienst, die zowel in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard voorziet, als commerciële activiteiten ontplooit, bedrijfsinstallaties wil aanschaffen die zich voor beide doelen lenen, is dan de desbetreffende aanbesteding als overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in de zin van richtlijn 93/37/EEG aan te merken, of

kent het gemeenschapsrecht criteria aan de hand waarvan een dergelijke bedrijfsinstallatie als installatie ten dienste van behoeften van algemeen belang dan wel als installatie ten dienste van commerciële activiteiten kan worden gekwalificeerd, en zo ja, welke?

7) Zijn ingevolge artikel 7, lid 1, van verordening (EEG) nr. 2081/93 van de Raad van 20 juli 1993 tot wijziging van verordening nr. 2052/88 betreffende de taken van de Fondsen met structurele strekking, hun doeltreffendheid alsmede de coördinatie van hun bijstandsverlening onderling en met die van de Europese Investeringsbank en de andere bestaande financieringsinstrumenten, ontvangers van communautaire bijstand onderworpen aan de beroepsprocedure als bedoeld in richtlijn 89/665/EEG, ook wanneer zij zelf geen aanbestedende dienst in de zin van artikel 1 van richtlijn 93/37/EEG zijn?"

33. Alvorens de gestelde vragen te behandelen, moet worden nagegaan, of het Bundesvergabeamt bevoegd is prejudiciële vragen te stellen.

V — De ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing

34. Het Bundesvergabeamt heeft uiteengezet op grond van welke kenmerkende omstandigheden het zijns inziens als „rechterlijke instantie" in de zin van artikel 177 van het Verdrag moet worden aangemerkt en het verzoek derhalve ontvankelijk is.

35. Partijen, de lidstaten die opmerkingen hebben ingediend en de Commissie bestrijden deze kwalificatie overigens niet.

36. Er zij herinnerd aan de criteria waaraan volgens de rechtspraak van het Hof een rechterlijke instantie moet voldoen: wettelijke oorsprong, permanent karakter, bindende rechtsmacht, toepassing van de regelen des rechts, bevoegdheid om bindende uitspraak te doen ter beslechting van geschil, onafhankelijkheid van leden en procedure op tegenspraak. [23]

37. Het Bundesvergabeamt is opgericht krachtens § 78, lid 1, eerste volzin, BVergG. Overeenkomstig § 91 en volgende, die de bevoegdheid van het Bundesvergabeamt

23 — Zie onder meer arresten van 30 juni 1966, Vaassen-Goebbels (61/65, Jurispr. blz. 257); 27 april 1994, Almelo (C-393/92, Jurispr. blz. I-1477), en 12 december 1996, Strafzaak tegen X (C-74/95 en C-129/95, Jurispr. blz. I-6609).

regelen, neemt het kennis van geschillen betreffende de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten zoals die in het BVergG zijn geregeld. Over zijn wettelijke oorsprong en bindende rechtsmacht bestaat dus geen twijfel.

38. Uit niets in het BVergG kan worden afgeleid, dat het Bundesvergabeamt een tijdelijk orgaan is. De oprichting bij wet getuigt overigens van het voornemen van de Republiek Oostenrijk om een duurzaam orgaan op te richten dat tot taak heeft kennis te nemen van geschillen inzake overheidsopdrachten zonder beperking van zijn bevoegdheden in de tijd.

39. Voorts blijkt uit § 78, lid 2, volgens welke het Bundesvergabeamt de hem door het BVergG toegekende bevoegdheden uitoefent, en uit § 91 en volgende betreffende zijn bevoegdheid, dat het uitspraak doet overeenkomstig de regelen des rechts, omdat het geschillen beslecht die zijn voortgevloeid uit schending van het BVergG.

40. Ingevolge de §§ 91 en 92, lid 2, BVergG kan de procedure voor het Bundesvergabeamt worden ingeleid wanneer de arbitrageprocedure, die eerst moet worden aangewend, op niets is uitgelopen. Anders dan de uitspraken van de Bundes-Vergabekontrollkommission zijn de uitspraken van het Bundesvergabeamt bindend, zoals inzonderheid blijkt uit de bevoegdheid tot nietigverklaring waarover het uit hoofde van de wet beschikt. [24]

41. De onafhankelijkheid van het Oostenrijkse orgaan en van zijn leden staat mijns inziens buiten kijf. De voorzitter en zijn plaatsvervanger worden benoemd uit de rechterlijke macht [25]; de benoemende instantie moet erop toezien, dat het aantal bijzitters de aanbestedende diensten en de begunstigden evenwichtig vertegenwoordigt [26]; de gronden voor ontheffing zijn limitatief opgesomd en objectief bepaald; de grond van ernstig plichtsverzuim komt overeen met fouten waarvan het wettelijk voorgeschreven belang het gevaar van willekeur of van ingrijpen door de administratieve autoriteiten beperkt. [27] Bovendien zijn de leden van het Bundesvergabeamt in de uitoefening van hun ambt onafhankelijk en kunnen zij geen instructies ontvangen [28], en kan de administratie zijn uitspraken niet wijzigen of vernietigen. [29]

42. Twijfelachtiger lijkt, of is voldaan aan het criterium inzake de procedure op tegenspraak, nu de wet hieromtrent niets bepaalt.

24 — § 94, lid 1, BVergG.
25 — § 78, lid 4, BVergG.
26 — § 78, lid 5, BVergG.
27 — § 79 BvergG.
28 — § 80, lid 1, BVergG.
29 — § 78, lid 1, BVergG.

43. Dat het Bundesvergabeamt pas kan worden geadieerd nadat een arbitrageprocedure heeft plaatsgevonden voor de Bundes-Vergabekontrollkommission, die partijen moet horen [30], is slechts een waarborg voor een procedure op tegenspraak voor deze instantie, doch niet voor het Bundesvergabeamt. Ook het voorschrift dat het Bundesvergabeamt inlichtingen kan inwinnen bij de aanbesteders en de aannemers [31], waarborgt geenszins het recht van elke partij om systematisch te worden geïnformeerd over de middelen en vorderingen van de andere partij, omdat volgens de tekst van de bepaling het Bundesvergabeamt de enige adressaat is van de gegevens die hem desgevraagd worden meegedeeld. Voor een werkelijke procedure op tegenspraak is evenwel vereist, dat partijen in staat zijn te antwoorden op de argumenten van de wederpartij.

44. In casu blijkt evenwel uit de verwijzingsbeschikking, dat de onderhavige procedure is voortgevloeid uit een contradictoire procedure zoals die voor een rechterlijke instantie plaatsvindt, omdat partijen memories hebben ingediend en, ook al wordt niets gezegd over het uitwisselen van deze memories tussen partijen, voor het Bundesvergabeamt althans een mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden. [32] Derhalve heeft het Bundesvergabeamt mijns inziens de facto in elk opzicht gehandeld als een rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 van het Verdrag.

45. Mitsdien concludeer ik, dat het verzoek ontvankelijk is.

30 — § 88, lid 1, BVergG.

31 — § 84, lid 1, BVergG.

32 — Voor het Nederlands niet van belang.

VI — De prejudiciële vragen

46. Overheidsinstanties zijn van nature geneigd nationale ondernemingen te bevoordelen teneinde werkgelegenheid te behouden en de economische ontwikkeling in hun eigen staat te bevorderen, hetgeen niet goed te rijmen valt met de doelstelling van totstandkoming van de interne markt.

47. De gemeenschapswetgeving inzake overheidsopdrachten dient op communautair niveau de inachtneming te verzekeren van de beginselen van vrije mededinging en van vrijheid van vestiging en van dienstverrichting, die door deze traditionele en algemeen verbreide gedragingen in gevaar zijn gebracht. [33] De richtlijn heeft tot doel de marktdeelnemers, ongeacht hun land van vestiging, gelijke toegang te verschaffen tot door de overheid, onafhankelijk van haar vorm, voor de verwezenlijking van haar projecten uitgeschreven opdrachten. [34]

33 — Tweede overweging van de considerans van de richtlijn. Zie voor het door de richtlijn — ten tijde van de feiten ging het om richtlijn 71/305 — nagestreefde doel ook arresten van 20 september 1988, Beentjes (31/87, Jurispr. blz. 4635, punt 11), en 22 juni 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Jurispr. blz. 1839, punt 18).

34 — Zie voor de rechtvaardiging van de vaststelling van een regeling inzake overheidsopdrachten P. Brunelli, *Marchés publics et Union européenne — Nouvelles règles communautaires*, 1995, blz. 9 e. v. Ten aanzien van de voorrang van het materiële criterium boven het formele criterium heeft het Hof, in een zaak waarvan de beslechting afhing van de betekenis van het begrip „staat", overwogen dat aan dit begrip „een functionele uitlegging [moet] worden gegeven. Het doel van de richtlijn (...) zou immers in gevaar komen indien zij moest worden geacht niet van toepassing te zijn enkel omdat het werk wordt gegund door een lichaam dat, hoewel in het leven geroepen om bij de wet opgedragen taken uit te voeren, formeel geen deel uitmaakt van de overheidsadministratie" (arrest Beentjes, reeds aangehaald, punt 11).

48. De richtlijn moet met inachtneming van deze doelstelling worden uitgelegd.

De eerste, de tweede en de zesde vraag

49. Het karakter van overheidsopdracht van een opdracht voor werken, waarvan de toepassing van de richtlijn afhangt, veronderstelt dat een van de contractanten beantwoordt aan de definitie van „aanbestedende dienst" in de zin van de richtlijn.

52. Met deze vragen wenst de nationale rechter in wezen te vernemen, of een onderneming waarvan de activiteiten ten dele dienen om te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan van industriële of commerciële aard, en ten dele van commerciële aard zijn, de richtlijn moet toepassen op alle opdrachten voor werken die zij plaatst dan wel enkel op die opdrachten die betrekking hebben op bedrijfsinstallaties uitsluitend ten dienste van eerstgenoemde activiteiten.

50. De werkingssfeer ratione personae van de richtlijn is niet alleen beperkt tot de traditioneel als openbare lichamen gekwalificeerde entiteiten als de staat, de territoriale lichamen of de instellingen van de openbare sector, doch omvat ook openbare of particuliere entiteiten die een doelstelling van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard nastreven, de zogenoemde „publiekrechtelijke instellingen".

53. Het gaat er niet alleen om, of een onderneming als de ÖStDr kenmerken vertoont op grond waarvan zij als „publiekrechtelijke instelling" en dus als „aanbestedende dienst" kan worden gekwalificeerd, doch eveneens of in dit geval alle door haar geplaatste opdrachten voor werken, ongeacht hun aard, vallen onder de categorie overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, waarop als zodanig de richtlijn van toepassing is.

51. De aan het Hof voorgelegde prejudiciële vragen handelen over de inhoud van dit begrip. De meeste vragen kunnen wegens hun nauwe onderlinge banden worden gehergroepeerd naar voorwerp.

54. Geen van partijen verdedigt de stelling, dat de wettelijke regeling selectief moet worden toegepast naar gelang van de activiteiten van de aanbesteder. Verzoeksters, de Commissie en de Franse regering in haar mondelinge opmerkingen over de zesde vraag zijn van mening, dat een instelling als in casu de ÖStDr weliswaar een commerciële activiteit verricht naast het doel waarmee zij is opgericht — in casu het voorzien in behoeften

van algemeen belang andere dan van industriële of commerciële aard — doch dat het commerciële gedeelte van haar activiteiten ook binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt, aangezien enkel het doel waarvoor de instelling is opgericht doorslaggevend is. [35] Volgens verweerster en de Oostenrijkse en de Nederlandse regering kan de ÖStDr op grond van de in artikel 1, sub b, tweede alinea, van de richtlijn bedoelde criteria niet als „publiekrechtelijke instelling" worden gekwalificeerd en valt geen van haar activiteiten onder de richtlijn.

Het begrip „publiekrechtelijke instelling": cumulatie van wettelijke voorwaarden

55. Er zij aan herinnerd, dat de richtlijn van toepassing is op overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, die in de richtlijn worden omschreven als overeenkomsten waarbij een „aanbestedende dienst" partij is. Onder dit laatste begrip vallen „publiekrechtelijke instellingen".

56. In zijn eerste vraag gebruikt de verwijzende rechter het begrip „bijzondere en uitsluitende rechten" om de bijzondere status van de ÖStDr te karakteriseren.

57. Met het begrip „bijzondere of uitsluitende rechten", dat voorkomt in artikel 90, lid 1, van het Verdrag, worden ondernemingen aangeduid die zich in een monopoliepositie bevinden of die door de staat worden geprivilegieerd als tegenprestatie voor de afhankelijkheid van de staat. Volgens deze bepaling dienen de lidstaten met betrekking tot dergelijke ondernemingen geen maatregelen te nemen of te handhaven die in strijd zijn met de regels van het communautaire mededingingsbeleid.

58. Zelfs wanneer, volgens de Oostenrijkse regering, „de vervaardiging en de uitgave van drukwerken plaatsvinden onder geprivilegieerde omstandigheden" [36], hetgeen zou kunnen rechtvaardigen dat gebruik wordt gemaakt van het begrip „bijzondere of uitsluitende rechten" ter aanduiding van de taken van de ÖStDr, is deze uitdrukking niet doorslaggevend voor de toepassing van de wettelijke regeling inzake overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, zodat zij voor de uitlegging van de richtlijn niet van belang is.

59. Het centrale begrip is hier „publiekrechtelijke instelling" in de zin van instelling „die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard". [37]

35 — Zie inzonderheid schriftelijke opmerkingen van de Commissie.

36 — Zie schriftelijke opmerkingen.

37 — Artikel 1, sub a en sub b.

60. Er zijn nog twee andere voorwaarden: een „publiekrechtelijke instelling" moet rechtspersoonlijkheid hebben en nauw verbonden zijn met de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen. [38]

61. Blijkens de tekst zelf van artikel 1, sub b, tweede alinea, van de richtlijn hebben de drie aldaar genoemde voorwaarden een cumulatief karakter.

62. In de in artikel 1, sub b, derde alinea, genoemde lijsten worden de instellingen opgesomd die aan de betrokken criteria voldoen.

63. Volgens de definitie van de betrokken Oostenrijkse instellingen vallen hieronder „alle lichamen die onder budgettair toezicht van het ‚Rechnungshof' (Rekenkamer) staan en geen industrieel of commercieel karakter hebben". [39] Ingevolge § 15, lid 6, StDrG is de ÖStDr onderworpen aan het toezicht van het Rechnungshof. Maar het andere in deze bepaling genoemde criterium, dat vergelijkbaar is met het eerste criterium van artikel 1, sub b, tweede alinea, behoeft, evenals dit criterium, precisering.

Het voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard

64. De uitdrukking „behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard" is niet gemakkelijk te begrijpen.

65. Op het begrip „algemeen belang" kan, zoals advocaat-generaal Van Gerven heeft gedaan met betrekking tot het begrip „algemeen economisch belang" in artikel 90, lid 2, van het Verdrag, de idee worden toegepast van „activiteiten die de collectiviteit rechtstreeks ten goede komen", in tegenstelling tot individuele of groepsbelangen. [40] Zo gezien lijkt het logisch, dat de activiteit van de ÖStDr inzake het drukken van officiële administratieve documenten als paspoorten, identiteitskaarten of bundels betreffende wetgeving dient om te voorzien in behoeften van algemeen belang.

38 — Deze verbondenheid kan verschillend van aard zijn: financiële afhankelijkheid van de instelling, toezicht op haar beheer, of benoeming van de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht (zie artikel 1, sub b, tweede alinea, derde streepje).

39 — Bijlage I, XI, E.1, b, bij de Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden voor het Koninkrijk Noorwegen, de Republiek Oostenrijk, de Republiek Finland en het Koninkrijk Zweden en de aanpassing van de Verdragen waarop de Europese Unie is gegrond (PB 1994, C 241, blz. 21).

40 — Punt 27 van zijn conclusie bij arrest van 10 december 1991, Merci convenzionali porto di Genova (C-179/90, Jurispr. 1991, blz. I-5889). P. Valadou geeft in zijn artikel „La notion de ‚pouvoir adjudicateur' en matière de marchés de travaux", *Semaine juridique*, Éd. E, nr. 3, 1991, blz. 33, de volgende definitie: „Le besoin d'intérêt général peut donc être défini comme l'exigence manifestée par la société (locale ou nationale) dans son intérêt collectif." Hij zegt verder dat „il y a intérêt général dès l'instant que l'intérêt en cause ne se confond pas avec l'intérêt propre et exclusif d'une personne ou d'un groupement de personnes bien déterminé".

66. Op dit gebied levert het met name problemen op om de scheidslijn te trekken tussen activiteiten van algemeen belang die wel en activiteiten van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn.

67. Het Hof heeft in een andere, zij het verwante, juridische context — het ging om de verhoudingen tussen de staat en openbare bedrijven — een aantal aanwijzingen geformuleerd die het mogelijk maken te proberen een scheidslijn te trekken.

68. Het heeft overwogen, dat „het handelen van de staat ofwel uitoefening van overheidsgezag kan zijn, ofwel het verrichten van economische activiteiten van industriële of commerciële aard, bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op de markt". [41] In een ander arrest heeft het overwogen, dat „particuliere ondernemingen (...) bij de bepaling van hun productie- en handelsstrategie (...) met name rekening [houden] met rentabiliteitseisen. De beslissingen van openbare bedrijven kunnen daarentegen de invloed van andersoortige factoren ondergaan omdat de overheden die deze beslissingen kunnen beïnvloeden, doelstellingen van algemeen belang nastreven." [42]

69. Deze beschrijving van openbare en particuliere activiteiten maakt het mogelijk het soort van terrein dat wordt bestreken door de door de richtlijn aangewezen „publiekrechtelijke instellingen" beter af te bakenen. De gemeenschapswetgever wilde de richtlijn van toepassing laten zijn op instellingen die voorzien in behoeften van algemeen belang en waarvan de activiteiten zich geheel of ten dele onttrekken aan de logica van de markt. Bepaalde activiteiten kunnen naar hun aard, waardoor zij tot de wezenlijke taken van de overheid worden gerekend, niet worden onderworpen aan een rentabiliteitscriterium en hebben dus geen winstoogmerk. [43] Dat de wetgever de instellingen waarvan de activiteiten zijn onderworpen aan de regeling inzake overheidsopdrachten door middel van het criterium „behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard" van andere instellingen heeft afgebakend, komt doordat deze laatste instellingen concurreren met andere marktdeelnemers, waardoor zij worden afgeschrikt hun medecontractanten op grond van discriminatoire criteria te kiezen. Derhalve zijn wettelijke verplichtingen minder dienstig.

41 — Arrest van 16 juni 1987, Commissie/Italië (118/85, Jurispr. blz. 2599, punt 7). Opgemerkt zij, dat het onderscheid tussen overheidsactiviteiten en door openbare lichamen verrichte particuliere activiteiten inzonderheid voortvloeit uit de arresten van het Hof inzake de toepasselijkheid van de mededingingsregels van het Verdrag op bepaalde activiteiten. Zie, bijvoorbeeld, arresten van 19 januari 1994, SAT Fluggesellschaft (C-364/92, Jurispr. blz. I-43), en 18 maart 1997, Diego Calì en Figli (C-343/95, Jurispr. blz. I-1547).

42 — Arrest van 6 juli 1982, Frankrijk, Italië en Verenigd Koninkrijk/Commissie (188/80, 189/80 en 190/80, Jurispr. blz. 2545, punt 21).

43 — Zie hiertoe inzonderheid voornoemd artikel van P. Valadou, punt 12; M.-A. Flamme en P. Flamme, „Enfin l'Europe des marchés publics", *Actualité juridique — Droit administratif*, 20 november 1989, blz. 653; P. Lee, *Public procurement*, 1992, blz. 56 en 57.

70. In casu bestaat de door het StDrG aan de ÖStDr toevertrouwde activiteit in de vervaardiging van officiële administratieve documenten waarvan sommige dienen ter identificatie van personen, terwijl andere worden gebruikt ter verbreiding van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de staat, zodat de functie van deze documenten nauw verband houdt met de openbare orde en de institutionele werking van de Republiek Oostenrijk. De bijzondere aard van de behoeften waarin de ÖStDr dient te voorzien en die aldus samenhangen met de uitoefening van overheidsprerogatieven, verklaart dat haar activiteit plaatsvindt onder voorwaarden die zich grotendeels aan de mededinging onttrekken, omdat er enerzijds bij die activiteit sprake is van een monopolie [44] en anderzijds de prijzen ervan — zij het volgens commerciële beginselen — worden vastgesteld door een instantie waarvan de leden hoofdzakelijk door de overheid zijn benoemd. [45] De staat moet gebruik kunnen maken zowel van een gegarandeerde voorziening als van productievoorwaarden waardoor de naleving van vertrouwelijkheidsnormen is verzekerd en die het gevaar van ongeoorloofde reproductie van drukwerken afwenden.

71. Om deze redenen ben ik van mening, dat de ÖStDr voorziet in „behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard" in de zin van de richtlijn.

Het doel

72. Vervolgens moet worden nagegaan, of de ÖStDr is opgericht „met het specifieke doel" te voorzien in de behoeften die haar zijn toevertrouwd.

73. Volgens de tekst van de richtlijn is het doel waarmee de instelling is opgericht enkel doorslaggevend om haar te kunnen aanmerken als „publiekrechtelijke instelling" in de zin van de richtlijn. Hetgeen telt is uiteraard het daadwerkelijk nagestreefde doel. Dat volgens de doelomschrijving wordt voorzien in industriële of commerciële behoeften, waardoor activiteiten van algemeen belang worden verhuld met de bedoeling om dwingende wettelijke bepalingen te ontduiken, kan door de nationale rechter niet in aanmerking worden genomen.

74. Deze voorwaarde betekent, dat de instelling moet zijn opgericht met het oog op de uitoefening van een dergelijke activiteit.

75. „Specifiek" betekent weliswaar niet „uitsluitend", zodat de instelling andere activiteiten kan verrichten zonder daardoor de kwalificatie van „publiekrechtelijke instelling" te verliezen. Het is mijns inziens evenwel noodzakelijk, dat wordt nagegaan, dat de instelling haar bestaan aan dit specifieke doel te danken heeft.

44 — Zie schriftelijke opmerkingen van de Oostenrijkse regering.

45 — Zie punt 20 van deze conclusie. De prijzen worden dus vastgesteld door een overheidsinstantie, hetgeen wil zeggen dat de prijzen niet kunnen worden gewijzigd zonder een formeel overheidsbesluit. Bovendien lijkt bij het besluit tot vaststelling van de prijzen rekening te moeten worden gehouden met de bijzondere taak van de ÖStDr. Zo bepaalt het StDrG enigszins cryptisch, dat de prijzen worden vastgesteld met inachtneming van „de noodzaak om capaciteit beschikbaar te houden", hetgeen wil zeggen dat de prijzen de kosten dekken van de instandhouding van een productiecapaciteit die groot genoeg is om te voorzien in de behoeften van de staat, ook al blijven deze productiefactoren soms onderbezet.

76. Is dat het geval, dan is het bewijs geleverd van de bijzondere aard van haar taak, die rechtvaardigt dat de door haar geplaatste opdrachten onder het gemeenschapsrecht vallen.

77. Het criterium van het relatieve aandeel van de activiteit van de instelling dat is gewijd aan het voorzien in behoeften andere dan die van industriële of commerciële aard, dat door de Oostenrijkse en de Nederlandse regering wordt bepleit [46], blijkt niet alleen niet uit de tekst van de richtlijn, doch werkt mijns inziens ook wetsontduiking in de hand. Een entiteit kan namelijk heel wel zijn opgericht met het doel om te voorzien in openbare behoeften en daarnaast zuiver industriële of commerciële activiteiten verrichten. Indien deze laatste taken evenwel haar activiteit domineren, zal de voorgestelde uitlegging tot gevolg hebben, dat de gehele instelling aan het stelsel van de richtlijn wordt onttrokken. Het volstaat dus, dat een openbaar lichaam systematisch zijn toevlucht tot deze praktijk neemt om alle overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken aan de communautaire wettelijke regeling te onttrekken.

78. Er mag evenwel niet over het hoofd worden gezien, dat de uitbreiding van de toepassing van deze wettelijke regeling tot zuiver industriële of commerciële activiteiten een zware belasting vormt, die ongerechtvaardigd kan voorkomen, omdat instellingen die zijn opgericht voor de uitoefening van identieke activiteiten daaraan niet zijn onderworpen.

79. Dit bezwaar kan evenwel worden voorkomen, wanneer de openbare lichamen het voor de nagestreefde doelstellingen passende rechtsinstrument kiezen. Aangezien het doel waarmee de instelling is opgericht, bepaalt welk juridisch regime van toepassing is op de door haar te plaatsen opdrachten, dienen de oprichters de statutaire doelomschrijving te beperken om te voorkomen dat dit regime ongewenste gevolgen heeft voor activiteiten die niet daaronder vallen. Zij dienen de statutaire doelomschrijving ook te wijzigen, indien, zoals in casu, de toepassing van de wettelijke regeling inzake overheidsopdrachten op het zuiver industriële of commerciële gedeelte van de activiteit van de onderneming als te bezwarend wordt beschouwd.

Rechtskarakter van de ÖStDr en toepasselijk regime

80. De ÖStDr is opgericht om opdrachten van de staat voor drukwerken uit te voeren. [47] Zij heeft rechtspersoonlijkheid. [48] Zij is voorts onderworpen aan het toezicht van een overheidsorgaan [49], alsmede aan het

46 — Ter verdediging van de opvatting, dat de ÖStDr geen „publiekrechtelijke instelling" is, stelt de Oostenrijkse regering onder meer, dat „het aandeel van de geprivilegieerde activiteiten van de ÖStDr niet meer dan 15 tot 20 % van haar totale activiteiten bedraagt" (schriftelijke opmerkingen).

47 — Zie schriftelijke opmerkingen van verweerster.

48 — Zie punt 19 van deze conclusie.

49 — Zie punt 20 van deze conclusie.

toezicht van de Rekenkamer [50], hetgeen volgens de verklaringen van verweerster ter terechtzitting wordt verklaard door het feit, dat de meerderheid van de aandelen in handen is van de Oostenrijkse Staat. Derhalve dient de ÖStDr mijns inziens als „publiekrechtelijke instelling" te worden gekwalificeerd.

81. Op grond van deze kwalificatie zijn al haar opdrachten voor de uitvoering van werken onderworpen aan de bepalingen van de richtlijn. Artikel 1, sub a, omschrijft de overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken immers niet naar gelang van de activiteit in het kader waarvan de opdrachten worden geplaatst, doch naar gelang van de kenmerken van de instelling die met de aannemer een overeenkomst heeft gesloten; dienovereenkomstig wordt ook de werkingssfeer van de richtlijn afgebakend. De eerste en de zesde vraag moeten dus in deze zin worden beantwoord.

82. De tweede vraag, die is gesteld voor het geval dat de ÖStDr enkel met betrekking tot haar openbare activiteit aan de richtlijn zou zijn onderworpen, behoeft dus niet te worden beantwoord.

De derde, de vierde en de vijfde vraag

83. Deze vragen handelen in wezen over de voorwaarden waaraan de dochterondernemingen van een „aanbestedende dienst" moeten voldoen om zelf als „aanbestedende dienst" te worden aangemerkt, alsmede over de gevolgen van het optreden van een dochteronderneming die niet aan deze voorwaarden voldoet voor de kwalificatie van een project als overheidsopdracht voor de uitvoering van werken waarmee een „aanbestedende dienst" is begonnen.

84. Meer bepaald wenst de verwijzende rechter in de eerste plaats te vernemen, of artikel 1, sub b, van de richtlijn aldus kan worden uitgelegd, dat tot een van de volgende categorieën behorende entiteiten als „publiekrechtelijke instellingen" kunnen worden gekwalificeerd:

— ondernemingen die door een „publiekrechtelijke instelling" zijn opgericht met het doel om te voorzien in industriële of commerciële behoeften en waarvan deze instelling meer dan de helft van de aandelen houdt;

— commercieel werkzame ondernemingen waarvan een „publiekrechtelijke instelling" meer dan de helft van de aandelen houdt en die van deze instelling financiële middelen ontvangen die afkomstig zijn uit het verrichten van een activiteit ter voorziening in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard.

85. Bij de definitie van „publiekrechtelijke instellingen" houdt de tekst van de richtlijn

50 — Zie punt 63 van deze conclusie.

reeds rekening met het geval, dat een rechtspersoon in hoofdzaak wordt gefinancierd door een openbaar lichaam of door een „publiekrechtelijke instelling". Zoals gezegd, zijn de drie in artikel 1, sub b, tweede alinea, genoemde voorwaarden evenwel cumulatief en volstaat het derhalve niet, dat een instelling rechtspersoonlijkheid heeft en in hoofdzaak door een „publiekrechtelijke instelling" wordt gefinancierd om als „publiekrechtelijke instelling" te worden gekwalificeerd. Daarnaast moet zij zijn opgericht met het doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard.

86. Het begrip „aanbestedende dienst" is in 1989 uitgebreid teneinde de gemeenschapsregeling niet enkel tot publiekrechtelijke rechtspersonen te beperken [51], aangezien tal van juridische entiteiten die niet aan dit formele criterium voldeden, werden bekleed met bevoegdheden die behoorden bij de traditionele taken van de openbare lichamen. De gemeenschapswetgever heeft aldus de functionele uitlegging van het begrip „aanbestedende dienst" in de rechtspraak van het Hof bevestigd. [52] In dezelfde gedachtegang omvat dit begrip geen instellingen die weliswaar van een dergelijke dienst afhankelijk zijn, doch zuiver particuliere activiteiten verrichten. [53]

87. Derhalve leidt noch de inbreng door de „aanbestedende dienst" van financiële middelen in deze onderneming, noch het feit dat een onderneming economisch wordt beheerst door een „aanbestedende dienst" ertoe, dat de wettelijke regeling inzake overheidsopdrachten op deze onderneming van toepassing wordt, zolang haar activiteit zuiver commercieel blijft. Zoals de Oostenrijkse regering terecht opmerkt, valt een dergelijke inbreng veeleer onder het gemeenschapsrecht inzake staatssteun. [54]

88. De Oostenrijkse rechter wenst eveneens te vernemen, of de kwalificatie van een bouwproject als overheidsopdracht voor de uitvoering van werken, wijziging kan ondergaan als gevolg van het feit dat een derde die geen „aanbestedende dienst" is in de zin van de richtlijn daarbij betrokken raakt, op gevaar af dat deze handelwijze een mogelijkheid vormt om aan de toepassing van de richtlijn te ontkomen.

51 — Volgens richtlijn 71/305 werden onder „aanbestedende diensten" verstaan de staat, de territoriale lichamen en bepaalde publiekrechtelijke rechtspersonen. Bij richtlijn 89/440/EEG van de Raad van 18 juli 1989 tot wijziging van richtlijn 71/305/EEG (PB L 210, blz. 1) is inzonderheid het begrip „publiekrechtelijke rechtspersonen" vervangen door het begrip „publiekrechtelijke instellingen" zoals vermeld in richtlijn 93/37.

52 — Arrest Beentjes, reeds aangehaald.

53 — Zie de punten 64 e. v. van deze conclusie.

54 — Zie schriftelijke opmerkingen. Volledigheidshalve zij hieraan evenwel toegevoegd, dat ingevolge artikel 2 van de richtlijn entiteiten die geen „aanbestedende diensten" zijn, kunnen worden onderworpen aan de bepalingen van de richtlijn, wanneer voor de door hen geplaatste opdrachten voor werken rechtstreeks voor meer dan 50 % subsidie wordt verleend door een „aanbestedende dienst". Daarnaast moeten de betrokken opdrachten „vallen onder klasse 50, groep 502, van de algemene systematische bedrijfsindeling in de Europese Gemeenschappen (NACE)" of „bouwwerken voor ziekenhuizen, inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding, school- en universiteitsgebouwen en gebouwen met een administratieve bestemming" betreffen (artikel 2, lid 2). Het gaat daarbij om een uitzondering op het beginsel, dat de richtlijn van toepassing is op door een „aanbestedende dienst" geplaatste opdrachten voor de uitvoering van werken. Zo de nationale rechter voornemens is zich uit te spreken over de toepasselijkheid van deze bepaling op de bij hem aanhangige zaak, dan dient hij na te gaan, of de betrokken opdracht voor de uitvoering van werken, die kennelijk geen betrekking heeft op de bouw van gebouwen als die welke worden opgesomd aan het einde van artikel 2, lid 2, valt onder groep 502 van de NACE, die inzonderheid wegenbouwkundige werken omvat. Hij dient ook de omvang van de subsidies te onderzoeken die de ÖStDr eventueel aan de SRG verleent.

89. Voor het antwoord op deze vraag moeten de precieze omstandigheden waaronder de derde „betrokken raakt" — om met de nationale rechter te spreken — bij de uitvoering van het project, worden gepreciseerd.

90. Blijkens de verwijzingsbeschikking is de aanbesteding die aan de onderhavige prejudiciële procedure ten grondslag ligt, uitgeschreven door verweerster, aangezien de ÖStDr de eerdere aanbesteding had herroepen.

91. SRG is dus de aanbesteder die de overeenkomst voor de betrokken opdracht voor de uitvoering van werken moet sluiten. Volgens de verwijzende rechter vertoont zij evenwel niet de kenmerken van een „aanbestedende dienst", waardoor het stelsel van de richtlijn geen toepassing vindt.

92. Dat de ÖStDr in het kader van hetzelfde project eerdere opdrachten heeft geplaatst, was, zoals reeds gezegd, ingegeven door het streven om de voorbereidingsperiode voor de ingebruikstelling van de drukkerij van SRG, die toen nog in oprichting was, te bekorten. Voorts had de ÖStDr „in alle bestaande uitvoeringsovereenkomsten (...) een clausule opgenomen, volgens welke [zij] te allen tijde (...) alle rechten en plichten uit die overeenkomsten aan een door haar te bepalen derde kan overdragen". [55]

93. Hieruit valt af te leiden, dat het betrokken project van meet af aan binnen het werkterrein van SRG viel, hetgeen een ander licht werpt op het optreden van de ÖStDr, aangezien zij naar alle waarschijnlijkheid bijdroeg tot de uitvoering van een project dat in zijn geheel onder de statutaire doelomschrijving van haar dochteronderneming viel.

94. De plaatsing van de opdracht voor de uitvoering van werken lijkt dus niet voor rekening van de ÖStDr te hebben plaatsgevonden, doch daarentegen ten bate van SRG, hetgeen rechtvaardigt dat een dergelijke opdracht niet onder de richtlijn valt.

95. Het Bundesvergabeamt wijst op het gevaar van wetsontduiking, waarvan sprake kan zijn wanneer gebruik wordt gemaakt van een derde om de wettelijke regeling van de Gemeenschap inzake overheidsopdrachten te ontgaan.

96. Aangezien de werkingssfeer van de wettelijke regeling van de Gemeenschap inzake overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken wordt afgebakend naar gelang van onder meer de hoedanigheid van de partijen bij de overeenkomst, valt een dergelijk gevaar niet geheel uit te sluiten.

55 — Zie verwijzingsbeschikking.

97. Zoals reeds gezegd, staat het evenwel aan de geadieerde rechter om na te gaan, of de redenen die zijn aangevoerd voor de oprichting van de instelling die de betrokken opdracht plaatst, de werkelijke redenen zijn. De door hem te verrichten beoordeling van de feiten is beslissend voor de relevante juridische kwalificatie. [56]

98. Zo is het nuttig, dat de rechter in concreto nagaat, of een „aanbestedende dienst" een onderneming voor het plaatsen van opdrachten voor de uitvoering van werken niet enkel en alleen heeft opgericht met het doel om de toepassing van de wettelijke regeling van de Gemeenschap te ontgaan. Het werkelijke doel van de oprichting van de onderneming, dat in dit geval de plaatsing van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken zou zijn, kan derhalve voor de rechterlijke instantie aanleiding zijn om te beslissen, dat de betrokken opdracht is geplaatst voor rekening van de „aanbestedende dienst", waardoor de toepassing van de richtlijn gerechtvaardigd zou zijn.

99. De „aanbestedende dienst" kan zich ook tot een reeds bestaande onderneming wenden. In dat geval is wetsontduiking moeilijker vast te stellen, wanneer, zoals waarschijnlijk is, een onderneming wordt gekozen die niet is opgericht voor het verrichten van een activiteit ter voorziening in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, aangezien dan de door haar geplaatste opdrachten traditioneel niet zijn onderworpen aan de wettelijke regeling van de Gemeenschap.

100. De rechter gaat na, of er een verband bestaat tussen de voorgenomen werken en de statutaire doelomschrijving van de onderneming. Een onderneming die een opdracht plaatst voor de uitvoering van werken die niet tot haar eigen activiteit bijdragen, moet worden vermoed voor rekening van een ander te handelen. Kan worden vastgesteld, dat een „aanbestedende dienst" deze begunstigde is, dan vinden de communautaire bepalingen inzake overheidsopdrachten logisch gezien toepassing.

De zevende vraag

101. Met deze vraag wenst de nationale rechter te vernemen, of de communautaire financiering van een bouwproject gebonden is aan de inachtneming, door de begunstigde onderneming, van de wettelijke regeling van de Gemeenschap inzake overheidsopdrachten, ook al is deze onderneming, in casu SRG, geen „publiekrechtelijke instelling" en dus geen „aanbestedende dienst".

102. De tekst van artikel 7, lid 1, van de verordening kan op twee verschillende manieren worden uitgelegd. Volgens de eerste uitlegging vergewist de Gemeenschap, wanneer zij

56 — Zie de punten 72 en 73 van deze conclusie.

een actie financiert, zich ervan dat de ontvangers van de bijstand de op hen toepasselijke gemeenschapswetgeving in acht nemen. Volgens de tweede uitlegging vindt de in de bepaling bedoelde gemeenschapswetgeving toepassing op marktdeelnemers die door deze financiering worden begunstigd, ook al zouden zij anders niet onder deze wetgeving vallen.

103. Mijns inziens is alleen de eerste uitlegging mogelijk.

104. In de bepaling heet het niet, dat de gemeenschapsbepalingen inzake de plaatsing van overheidsopdrachten voortaan van toepassing zijn op alle marktdeelnemers die in aanmerking wensen te komen voor een communautaire financiering voor de uitvoering van onder de verordening vallende acties.

105. De bepaling spreekt van „verenigbaarheid" en „overeenstemming" van de acties waarvoor aanspraak op financiering door de Gemeenschap wordt gemaakt, met de gemeenschapswetgeving inzake overheidsopdrachten. Voor de overeenstemming van de acties met de gemeenschapswetgeving is in de eerste plaats vereist, dat zij binnen de door elk van de toepasselijke gemeenschapsbepalingen afgebakende werkingssfeer vallen. De actie van een instelling die niet de wettelijke kenmerken van „publiekrechtelijke instelling" in de zin van de richtlijn vertoont, is uiteraard verenigbaar met de richtlijn, omdat de actie niet aan het stelsel van de richtlijn is onderworpen.

106. Hiervoor pleiten ook de zeer algemene bewoordingen. De ongedifferentieerde uitbreiding van de wettelijke regeling tot alle marktdeelnemers die handelen in het kader van door de Gemeenschap gefinancierde acties, dreigt te leiden tot moeilijkheden bij de uitlegging van de bepalingen die niet goed te rijmen vallen met de rechtszekerheid.

107. Inzonderheid de toepassing van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten op zuiver industrieel of commercieel werkzame instellingen kan moeilijk worden gemotiveerd met het doel van deze wettelijke regeling, te weten de marktdeelnemers gelijke toegang te verschaffen tot de opdrachten die worden uitgeschreven door openbare lichamen of door instellingen die openbare activiteiten verrichten.

108. Het streven van de wetgever lijkt er eerder op te zijn gericht ervoor te zorgen, dat de uitgaven van de Gemeenschap in het kader van het structuurbeleid strikt worden beperkt tot marktdeelnemers die het gemeenschapsrecht in acht nemen, en er niet toe dienen gedragingen die in strijd zijn met het gemeenschapsrecht te steunen.

109. Derhalve is een instelling die communautaire financiering ontvangt en die niet de hoedanigheid van „publiekrechtelijke instelling" in de zin van richtlijn 93/37 bezit, niet gebonden door de bepalingen van deze richtlijn betreffende beroepsprocedures inzake overheidsopdrachten.

Conclusie

110. Gezien het vorenstaande geef ik het Hof in overweging, de gestelde vragen te beantwoorden als volgt:

„1) 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, moet aldus worden uitgelegd dat:

— is aan te merken als een ‚publiekrechtelijke instelling' in de zin van artikel 1, sub b, van deze richtlijn, een drukkerij met rechtspersoonlijkheid, die is opgericht om als enige voor de staat bestemde officiële administratieve documenten te vervaardigen, waarbij de staat toezicht uitoefent, inzonderheid doordat hij meer dan de helft van de aandelen houdt, en de prijzen van die documenten vaststelt, ook al maakt dit deel van haar activiteit minder dan de helft van haar totale activiteiten uit;

— de bepalingen ervan gelden voor alle door een ‚publiekrechtelijke instelling' in de zin van artikel 1, sub b, van deze richtlijn geplaatste opdrachten voor de uitvoering van werken.

2) Artikel 1, sub b, van richtlijn 93/37 moet aldus worden uitgelegd, dat niet is aan te merken als een ‚publiekrechtelijke instelling' in de zin van deze richtlijn, de onderneming die door een ‚publiekrechtelijke instelling' die meer dan de helft van de aandelen ervan houdt, is opgericht met het uitsluitende doel te voorzien in behoeften van industriële of commerciële aard, zelfs indien deze onderneming van die instelling financiële middelen ontvangt die afkomstig zijn uit het verrichten door die instelling van een activiteit ter voorziening in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële

aard. Het feit dat die onderneming een overeenkomst voor de uitvoering van werken sluit in het kader van een oorspronkelijk door een ‚publiekrechtelijke instelling' geleid algemeen project, heeft niet tot gevolg dat deze overeenkomst onder de voorschriften van richtlijn 93/37 valt, voor zover de overeenkomst niet voor rekening van de ‚publiekrechtelijke instelling' is gesloten.

3) Artikel 7, lid 1, van verordening (EEG) nr. 2052/88 van de Raad van 24 juni 1988 betreffende de taken van de Fondsen met structurele strekking, hun doeltreffendheid alsmede de coördinatie van hun bijstandsverlening onderling en met die van de Europese Investeringsbank en de andere bestaande financieringsinstrumenten, zoals gewijzigd bij artikel 1 van verordening (EEG) nr. 2081/93 van de Raad van 20 juli 1993, moet aldus worden uitgelegd, dat een onderneming die door de Gemeenschap wordt gefinancierd, niet is onderworpen aan de beroepsprocedures als voorgeschreven door richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, indien zij geen ‚publiekrechtelijke instelling' in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 93/37 is."