ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

10 april 2008 *

In zaak C-393/06,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door de Vergabekontrollsenat des Landes Wien (Oostenrijk) bij beslissing van 17 augustus 2006, ingekomen bij het Hof op 22 september 2006, in de procedure

Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH

tegen

Fernwärme Wien GmbH,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: K. Lenaerts, kamerpresident, G. Arestis, E. Juhász (rapporteur), J. Malenovský en T. von Danwitz, rechters,

* Procestaal: Duits.

advocaat-generaal: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
griffier: B. Fülöp, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 11 oktober 2007,

gelet op de opmerkingen van:

— Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH, vertegenwoordigd door S. Sieghartsleitner en M. Pichlmair, Rechtsanwälte,

— Fernwärme Wien GmbH, vertegenwoordigd door P. Madl, Rechtsanwalt,

— de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door M. Fruhmann en C. Mayr als gemachtigden,

— de Hongaarse regering, vertegenwoordigd door J. Fazekas als gemachtigde,

— de Finse regering, vertegenwoordigd door A. Guimaraes-Purokoski als gemachtigde,

— de Zweedse regering, vertegenwoordigd door A. Falk als gemachtigde,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door X. Lewis als gemachtigde, bijgestaan door M. Núñez-Müller, Rechtsanwalt,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 22 november 2007,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de relevante bepalingen van de richtlijnen 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB L 134, blz. 1) en 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH (hierna: „Ing. Aigner") en Fernwärme Wien GmbH (hierna: „Fernwärme Wien") betreffende de vraag of een door deze laatste in gang gezette aanbestedingsprocedure in overeenstemming met de voorschriften is.

Toepasselijke bepalingen

Gemeenschapsregeling

3 Richtlijn 2004/17 strekt tot coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in specifieke sectoren, te weten die van de water- en energievoorziening, het vervoer en de postdiensten. Zij is in de plaats gekomen van de bij haar ingetrokken richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 199, blz. 84), die op hetzelfde onderwerp betrekking had.

4 Dat de door richtlijn 2004/17 bestreken sectoren specifiek zijn, komt tot uitdrukking in punt 3 van de considerans van die richtlijn, waarin wordt verklaard dat een coördinatie in deze sectoren noodzakelijk is wegens het gesloten karakter van de markten waarop de betrokken aanbestedende diensten werkzaam zijn als gevolg van het bestaan van door de nationale overheid verleende bijzondere of uitsluitende rechten voor de bevoorrading, de terbeschikkingstelling of de exploitatie van de netten die de betreffende dienst verrichten.

5 Artikel 2, lid 1, sub a, tweede alinea, van richtlijn 2004/17 en artikel 1, lid 9, tweede alinea, van richtlijn 2004/18 bepalen dat onder „aanbestedende diensten" onder meer worden verstaan de „publiekrechtelijke instellingen", te weten:

„[…] iedere instelling […]:

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

— die rechtspersoonlijkheid heeft [bezit], en

waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de staat, [door] [de] territoriale lichamen of [door] andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer onderworpen is aan het toezicht van [door] deze laatste, ofwel de leden van het bestuurs-, het leidinggevende of het toezichthoudende orgaan [het bestuursorgaan, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan] voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen".

6 Artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 2004/17 luidt als volgt:

„In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder:

[…]

b) ‚overheidsbedrijf': bedrijf waarop aanbestedende diensten rechtstreeks of middellijk een overheersende invloed kunnen uitoefenen uit hoofde van eigendom, financiële deelneming of de op het bedrijf van toepassing zijnde voorschriften."

7 Artikel 2, lid 2, van deze richtlijn bepaalt:

„Deze richtlijn geldt voor de aanbestedende diensten die:

a) overheidsdiensten of overheidsbedrijven zijn en die een van de in de artikelen 3 tot en met 7 bedoelde activiteiten uitoefenen;

b) die, indien het geen aanbestedende diensten of overheidsbedrijven zijn, een van de in de artikelen 3 tot en met 7 bedoelde activiteiten of meer van deze activiteiten uitoefenen en die bijzondere of uitsluitende rechten genieten welke hun door een bevoegde instantie van een lidstaat zijn verleend."

8 In de artikelen 3 tot en met 7 van richtlijn 2004/17 worden de activiteitensectoren opgenoemd waarop deze richtlijn van toepassing is. Deze sectoren zijn gas, warmte en elektriciteit (artikel 3), water (artikel 4), vervoerdiensten (artikel 5), postdiensten (artikel 6) en de exploratie en de winning van aardolie, gas, steenkool en andere vaste brandstoffen alsmede havens en luchthavens (artikel 7).

9 Artikel 3, lid 1, van die richtlijn luidt:

„Met betrekking tot gas en warmte is deze richtlijn van toepassing op de volgende activiteiten:

a) de beschikbaarstelling of exploitatie van vaste netten bestemd voor openbare dienstverlening op het gebied van de productie, het vervoer of de distributie van gas of warmte, of

b) de gas- of warmtetoevoer naar deze netten."

10 Artikel 9 van deze richtlijn bepaalt:

„1. Een opdracht voor meerdere activiteiten volgt de voorschriften die van toepassing zijn op de activiteit waarvoor de opdracht in de eerste plaats is bestemd.

De keuze tussen één opdracht voor meerdere activiteiten en verschillende afzonderlijke opdrachten mag echter niet ingegeven worden door de wens om de opdracht van het toepassingsgebied van deze richtlijn uit te sluiten, of, in voorkomend geval, van richtlijn 2004/18/EG betreffende de coördinatie van de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.

2. Wanneer een van de activiteiten waarvoor de opdracht is bestemd aan deze richtlijn is onderworpen en de andere activiteit aan richtlijn 2004/18/EG [betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten], en indien het objectief gezien onmogelijk is vast te stellen voor welke activiteit de opdracht in de eerste plaats bestemd is, wordt de opdracht gegund overeenkomstig richtlijn 2004/18/EG.

[…]"

11 Artikel 20, lid 1, van deze richtlijn, met het opschrift „Opdrachten geplaatst voor andere doeleinden dan de uitoefening van in deze richtlijn bedoelde activiteiten of voor de uitoefening van dergelijke activiteiten in een derde land", luidt als volgt:

„Deze richtlijn is niet van toepassing op opdrachten die de aanbestedende diensten plaatsen voor andere doeleinden dan de uitoefening van hun in de artikelen 3 tot en met 7 bedoelde activiteiten of voor de uitoefening van deze activiteiten in een derde land, in omstandigheden waarbij er geen fysieke exploitatie is van een net of van een geografisch gebied binnen de Gemeenschap."

12 Ten slotte bepaalt artikel 30 van richtlijn 2004/17, met het opschrift „Procedure om te bepalen of een specifieke activiteit rechtstreeks aan mededinging blootgesteld is":

„1. De richtlijn is niet van toepassing op de opdrachten voor de in de artikelen 3 tot en met 7 bedoelde activiteiten indien de activiteit in de lidstaat waar zij wordt uitgeoefend rechtstreeks aan mededinging blootstaat op marktgebieden tot welke de toegang niet beperkt is.

2. Voor de toepassing van lid 1 dient, om na te gaan of een activiteit rechtstreeks aan mededinging blootstaat, te worden uitgegaan van criteria die in overeenstemming zijn met de mededingingsbepalingen van het Verdrag zoals de kenmerken van de desbetreffende goederen of diensten, het voorhanden zijn van alternatieve goederen of diensten, de prijzen en de werkelijke of mogelijke aanwezigheid van meer dan één leverancier van de betrokken goederen of diensten.

[…]"

13 In titel II, hoofdstuk II, afdeling 3, van richtlijn 2004/18 worden de opdrachten genoemd die niet onder die richtlijn vallen. Hieronder bevinden zich de opdrachten die worden geplaatst in de sectoren watervoorziening, energievoorziening, vervoer en postdiensten. Artikel 12, dat betrekking heeft op deze opdrachten, bepaalt:

„Deze richtlijn is niet van toepassing op overheidsopdrachten die in het kader van richtlijn 200[4]/17/EG worden geplaatst door aanbestedende diensten die een of meer van de in de artikelen 3 tot en met 7 van genoemde richtlijn bedoelde activiteiten uitoefenen en die voor deze activiteiten worden geplaatst, […]

[…]"

14 De omzetting in Oostenrijks recht van de hierboven bedoelde gemeenschapsregeling is geschied bij het Bundesvergabegesetz (federale wet inzake het plaatsen van overheidsopdrachten) van 2006.

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

15 Fernwärme Wien werd opgericht bij akte van 22 januari 1969, om op het grondgebied van de stad Wenen woningen, openbare instellingen, kantoren en ondernemingen te voorzien van stadsverwarming. Hiertoe gebruikt zij energie die vrijkomt bij afvalverwerking in plaats van energie die uit niet-duurzame bronnen afkomstig is.

16 Fernwärme Wien heeft rechtspersoonlijkheid en is volledig in handen van de stad Wenen, die de bestuurders en de leden van de raad van toezicht benoemt, ontslaat en kwijting verleent. Bovendien is de gemeente via het Kontrollamt der Stadt Wien (rekenkamer van de stad Wenen) ook bevoegd om toezicht te houden op het economische en financiële beheer van deze onderneming.

17 Naast haar activiteiten op het gebied van stadsverwarming houdt Fernwärme Wien zich eveneens bezig met de algemene planning van koelsystemen voor grotere vastgoedprojecten. Bij deze laatste activiteit is er sprake van concurrentie van andere ondernemingen.

18 Op 1 maart 2006 heeft Fernwärme Wien een aanbesteding uitgeschreven voor de aanleg van koelsystemen in een gepland kantoor- en winkelcomplex te Wenen en daarbij vermeld dat de Oostenrijkse wettelijke aanbestedingsregeling niet van toepassing was op de betrokken opdracht. Ing. Aigner heeft aan deze procedure deelgenomen door indiening van een offerte. Op 18 mei 2006 is haar meegedeeld dat haar offerte niet verder werd behandeld wegens negatieve referenties. Ing. Aigner heeft daarop deze beslissing bestreden bij de verwijzende rechter, met het betoog dat de gemeenschapsregels betreffende overheidsopdrachten moesten worden toegepast.

19 De verwijzende rechter merkt op dat de activiteiten van Fernwärme Wien inzake de exploitatie van een vast net voor stadsverwarming ontegenzeglijk binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/17 vallen. Haar activiteiten inzake de koelsystemen vallen daarentegen niet binnen de werkingssfeer van deze richtlijn. De verwijzende rechter vraagt zich derhalve af of laatstgenoemde activiteiten onder toepassing mutatis mutandis van de beginselen die zijn geformuleerd in het arrest van 15 januari 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. (C-44/96, Jurispr. blz. I-73, met name punten 25 en 26), welke benadering binnen de doctrine doorgaans „infectietheorie" wordt genoemd, toch onder deze richtlijn vallen. Overeenkomstig de door de verwijzende rechter gegeven uitlegging van dit arrest vallen, wanneer één van de activiteiten van een instelling binnen de werkingssfeer van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten valt, alle andere activiteiten van deze instelling, ongeacht de eventuele industriële of commerciële aard ervan, tevens onder de richtlijnen op dit gebied.

20 Zou het reeds aangehaalde arrest Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. uitsluitend zien op aanbestedende diensten en meer specifiek op het begrip „publiekrechtelijke instelling", in die zin dat een instelling, wanneer zij voorziet in andere behoeften van algemeen belang dan die van industriële of commerciële aard, moet worden aangemerkt als „publiekrechtelijke instelling" in de zin van de gemeenschapsregels, los van de vraag of zij daarnaast andere activiteiten uitoefent die niet van deze aard zijn, dan vraagt de verwijzende rechter zich af of Fernwärme Wien een publiekrechtelijke instelling is, te weten een aanbestedende dienst in de zin van de richtlijnen 2004/17 of 2004/18.

21 Ten slotte vraagt de verwijzende rechter of, wanneer een instelling activiteiten van andere dan industriële of commerciële aard en daarnaast aan mededinging onderworpen activiteiten uitoefent, het mogelijk is om laatstgenoemde activiteiten te onderscheiden en niet binnen de werkingssfeer van de gemeenschapsregels inzake overheidsopdrachten te brengen, indien kan worden aangetoond dat deze twee soorten activiteiten van elkaar zijn gescheiden en er derhalve geen economische interferentie daartussen plaatsvindt. De verwijzende rechter refereert in dit verband aan punt 68 van de conclusie van advocaat-generaal Jacobs van 21 april 2005 in de

zaak die wegens intrekking van het prejudiciële verzoek heeft geleid tot de beschikking tot doorhaling van 23 maart 2006, Impresa Portuale di Cagliari (C-174/03), waarin is voorgesteld om het beginsel uit het arrest Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. in die zin af te zwakken.

22 Gelet op deze overwegingen heeft de Vergabekontrollsenat des Landes Wien de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Moet richtlijn 2004/17 […] aldus worden uitgelegd dat een aanbestedende dienst [‚entité adjudicatrice'] die activiteiten verricht in een van de in artikel 3 van deze richtlijn bedoelde sectoren, ook binnen de werkingssfeer van deze richtlijn valt ten aanzien van een activiteit die daarnaast onder mededingingsvoorwaarden wordt uitgeoefend?

2) Voor het geval dit alleen voor aanbestedende diensten [‚pouvoirs adjudicateurs'] geldt: moet een onderneming als [Fernwärme Wien] worden gekwalificeerd als publiekrechtelijke instelling in de zin van richtlijn 2004/17 […] of van richtlijn 2004/18 […] wanneer zij zonder echte concurrentie voorziet in de stadsverwarming in een bepaald gebied, of moet worden uitgegaan van de markt voor binnenhuisverwarming, die ook energiebronnen als gas, olie, kolen, etc., omvat?

3) Valt een onder mededingingsvoorwaarden uitgeoefende activiteit van een vennootschap die ook niet-industriële of niet-commerciële activiteiten verricht, binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/17 […] of van richtlijn 2004/18 […] wanneer door effectieve maatregelen, zoals een gescheiden balans en boekhouding, kruiselingse financiering van de onder mededingingsvoorwaarden uitgeoefende activiteiten kan worden uitgesloten?"

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag

23 Met deze vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of een aanbestedende dienst in de zin van richtlijn 2004/17, die activiteiten verricht in een van de in de artikelen 3 tot en met 7 van deze richtlijn bedoelde sectoren, de in die richtlijn voorziene procedure moet toepassen voor het plaatsen van opdrachten die verband houden met activiteiten die hij daarnaast onder mededingingsvoorwaarden uitoefent in niet onder voornoemde bepalingen vallende sectoren.

24 Ter beantwoording van deze vraag zij opgemerkt dat de richtlijnen 2004/17 en 2004/18 aanzienlijk van elkaar verschillen, zowel wat betreft de entiteiten die onder de regels van deze richtlijnen vallen als wat betreft de aard en de werkingssfeer van die richtlijnen.

25 Wat in de eerste plaats de entiteiten betreft waarop de respectieve regelingen van die richtlijnen van toepassing zijn, moet worden vastgesteld dat, anders dan in richtlijn 2004/18, die krachtens artikel 1, lid 9, eerste alinea, ervan van toepassing is op „pouvoirs adjudicateurs" („aanbestedende diensten"), de entiteiten waarop richtlijn 2004/17 ziet, in artikel 2 hiervan „entités adjudicatrices" („aanbestedende diensten") worden genoemd. Uit artikel 2, lid 2, sub a en b, ervan blijkt dat laatstgenoemde richtlijn niet alleen van toepassing is op aanbestedende diensten die „overheidsdiensten" zijn, maar ook op die welke „overheidsbedrijven" zijn of bedrijven die „bijzondere of uitsluitende rechten" genieten „welke hun door een bevoegde instantie van een lidstaat zijn verleend", voor zover al deze entiteiten een van de in de artikelen 3 tot en met 7 van die richtlijn bedoelde activiteiten uitoefenen.

26 In de tweede plaats vloeit uit de artikelen 2 tot en met 7 van richtlijn 2004/17 voort, dat de door deze richtlijn tot stand gebrachte coördinatie niet alle gebieden van economische activiteiten bestrijkt, maar betrekking heeft op specifiek afgebakende sectoren, wat verder blijkt uit het feit dat deze richtlijn doorgaans „sectorrichtlijn" wordt genoemd. De werkingssfeer van richtlijn 2004/18 daarentegen omvat nagenoeg alle sectoren van het economische leven, wat rechtvaardigt dat zij gewoonlijk als „algemene richtlijn" wordt aangeduid.

27 In dergelijke omstandigheden moet reeds worden vastgesteld dat de algemene strekking van richtlijn 2004/18 en de beperkte strekking van richtlijn 2004/17 vereisen dat laatstgenoemde richtlijn restrictief wordt uitgelegd.

28 De grenzen tussen de werkingssferen van deze twee richtlijnen worden tevens getrokken door expliciete bepalingen. Zo bepaalt artikel 20, lid 1, van richtlijn 2004/17 dat deze niet van toepassing is op opdrachten die de aanbestedende diensten plaatsen voor andere doeleinden dan de uitoefening van hun activiteiten in de in de artikelen 3 tot en met 7 van deze richtlijn bedoelde sectoren. De tegenhanger van deze bepaling in richtlijn 2004/18 is artikel 12, eerste alinea, dat bepaalt dat deze richtlijn niet van toepassing is op overheidsopdrachten die aanbestedende diensten die een of meer van de in de artikelen 3 tot en met 7 van richtlijn 2004/17 bedoelde activiteiten uitoefenen, voor deze activiteiten plaatsen.

29 De werkingssfeer van richtlijn 2004/17 is dus nauw afgebakend, zodat de daarin voorziene procedures niet tot buiten deze werkingssfeer kunnen worden uitgebreid.

30 Bijgevolg laten voornoemde bepalingen geen ruimte voor toepassing, in het kader van richtlijn 2004/17, van de „infectietheorie", welke benadering is ontwikkeld na het

arrest Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., dat het Hof heeft gewezen in het kader 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), te weten op een gebied dat thans binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18 valt.

31 Zoals met name de Oostenrijkse, de Hongaarse en de Finse regering alsmede de Commissie van de Europese Gemeenschappen terecht opmerken, vallen derhalve binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/17 alleen de opdrachten die een entiteit met de hoedanigheid van „aanbestedende dienst" als bedoeld in deze richtlijn, plaatst in verband met en voor de uitoefening van activiteiten in de sectoren genoemd in de artikelen 3 tot en met 7 van die richtlijn.

32 Deze conclusie blijkt overigens eveneens uit het arrest van 16 juni 2005, Strabag en Kostmann (C-462/03 en C-463/03, Jurispr. blz. I-5397, punt 37). In dit arrest heeft het Hof geoordeeld dat als een opdracht niet valt onder de uitoefening van één van de in de sectorrichtlijn geregelde activiteiten, hiervoor naargelang van het geval de regels gelden van de richtlijnen betreffende het plaatsen van opdrachten voor leveringen, voor de uitvoering van werken of voor het verrichten van diensten.

33 Gelet op de voorgaande overwegingen, moet op de eerste vraag worden geantwoord dat een aanbestedende dienst in de zin van richtlijn 2004/17 de in deze richtlijn voorziene procedure enkel moet toepassen voor het plaatsen van opdrachten die verband houden met activiteiten die deze dienst uitoefent in een of meer van de in de artikelen 3 tot en met 7 van deze richtlijn bedoelde sectoren.

Tweede vraag

34 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of een entiteit als Fernwärme Wien moet worden aangemerkt als een publiekrechtelijke instelling in de zin van richtlijn 2004/17 of richtlijn 2004/18.

35 In dit verband zij eraan herinnerd dat, zoals blijkt uit punt 5 van dit arrest, artikel 2, lid 1, sub a, tweede alinea, van richtlijn 2004/17 en artikel 1, lid 9, tweede alinea, van richtlijn 2004/18 een identieke definitie bevatten van het begrip „publiekrechtelijke instelling".

36 Uit deze bepalingen blijkt dat onder „publiekrechtelijke instelling" iedere instelling wordt verstaan welke in de eerste plaats is opgericht met het specifieke doel om te voorzien in andere behoeften van algemeen belang dan die van industriële of commerciële aard, welke in de tweede plaats rechtspersoonlijkheid bezit, en waarvan in de derde plaats ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de staat, territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer onderworpen is aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van het bestuursorgaan, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen. Deze drie voorwaarden zijn overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van cumulatieve aard (arrest van 1 februari 2001, Commissie/Frankrijk, C-237/99, Jurispr. blz. I-939, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

37 Gelet op het doel van de communautaire richtlijnen betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten om met name de mogelijkheid uit te schakelen dat een door de staat, territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen gefinancierde of gecontroleerde instelling zich door andere dan economische overwegingen laat leiden, moet het begrip „publiekrechtelijke instelling" bovendien functioneel worden uitgelegd (zie in die zin arrest van 13 december 2007, Bayerischer Rundfunk e.a., C-337/06, Jurispr. blz. I-11173, punten 36 en 37 alsmede aldaar aangehaalde rechtspraak).

38 In casu staat vast dat aan de laatste twee criteria van de in punt 36 van dit arrest genoemde regeling is voldaan, omdat Fernwärme Wien rechtspersoonlijkheid heeft en de stad Wenen het kapitaal daarvan volledig in handen heeft alsmede toezicht houdt op het economische en het financiële beheer ervan. Er moet dus nog worden onderzocht of deze entiteit is opgericht met het specifieke doel om te voorzien in andere behoeften van algemeen belang dan die van industriële of commerciële aard.

39 Wat in de eerste plaats het doel van de oprichting van de betrokken entiteit en de aard van de behoeften waarin wordt voorzien betreft, moet worden vastgesteld dat Fernwärme Wien, zoals blijkt uit het bij het Hof ingediende dossier, is opgericht met het specifieke doel om op het grondgebied van de stad Wenen te voorzien in de verwarming van woningen, openbare gebouwen, bedrijfsgebouwen of kantoren door het gebruik van energie uit afvalverbranding. Tijdens de terechtzitting voor het Hof is opgemerkt dat dit verwarmingssysteem thans 250 000 woningen, talrijke kantoren en industriële installaties alsmede nagenoeg alle openbare gebouwen verzorgt. Voorzien in de verwarming voor een stedelijke agglomeratie door middel van een milieuvriendelijk procedé, vormt onmiskenbaar een doel van algemeen belang. Dat Fernwärme Wien is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, kan dus niet worden betwist.

40 Het doet er in dit verband niet toe dat in dergelijke behoeften ook door particuliere ondernemingen wordt of kan worden voorzien. Het is van belang dat het gaat om behoeften waarin de staat of een territoriaal lichaam om redenen van algemeen belang in het algemeen besluit zelf te voorzien of ten aanzien waarvan zij een beslissende invloed willen behouden (zie in die zin arresten van 10 november 1998, BFI Holding, C-360/96, Jurispr. blz. I-6821, punten 44, 47, 51 en 53, alsmede 10 mei 2001, Agorà en Excelsior, C-223/99 en C-260/99, Jurispr. blz. I-3605, punten 37, 38 en 41).

41 In de tweede plaats moet voor het onderzoek of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde entiteit voorziet in andere behoeften dan die van industriële of commerciële aard, rekening worden gehouden met alle relevante gegevens, rechtens en feitelijk, zoals de omstandigheden waaronder de betrokken instelling is opgericht en de voorwaarden waaronder zij werkzaam is. Dienaangaande is het met name van belang, na te gaan of de betrokken instelling haar activiteiten uitoefent in een concurrentiesituatie (zie arrest van 22 mei 2003, Korhonen e.a., C-18/01, Jurispr. blz. I-5321, punten 48 en 49 alsmede aldaar aangehaalde rechtspraak).

42 Zoals in punt 39 van dit arrest is uiteengezet, is Fernwärme Wien opgericht met het specifieke doel te voorzien in verwarming op het grondgebied van de stad Wenen.

Vaststaat dat het nastreven van winst niet voorop heeft gestaan bij de oprichting ervan. Weliswaar is het niet uitgesloten dat deze activiteit winst kan opleveren in de vorm van dividenduitkeringen aan de aandeelhouders van die entiteit, maar het nastreven van winst vormt niet het hoofddoel ervan (zie in die zin arrest Korhonen e.a., reeds aangehaald, punt 54).

43 Wat vervolgens de relevante economische context betreft of, anders gezegd, de relevante markt waarmee rekening moet worden gehouden om na te gaan of de betrokken entiteit haar activiteiten al dan niet uitoefent in een concurrentiesituatie, moet, zoals de advocaat-generaal in overweging geeft in de punten 53 en 54 van zijn conclusie, gelet op de functionele uitlegging van het begrip „publiekrechtelijke instelling", de sector waarvoor Fernwärme Wien is opgericht, te weten die van de levering van stadsverwarming door gebruik van energie uit afvalverbranding, in aanmerking worden genomen.

44 Uit de verwijzingsbeschikking blijkt dat Fernwärme Wien in deze sector de facto vrijwel een monopoliepositie inneemt, aangezien de twee andere vennootschappen die hun activiteiten in deze sector uitoefenen, van verwaarloosbare grootte zijn en derhalve geen werkelijke concurrenten kunnen zijn. Bovendien is deze sector zeer autonoom, in die zin dat het systeem voor stadsverwarming zeer moeilijk door andere vormen van energie zou kunnen worden vervangen omdat dit omvangrijke aanpassingswerkzaamheden zou vergen. Ten slotte hecht de stad Wenen ook uit milieuoverwegingen bijzonder belang aan dit verwarmingssysteem. Gelet op de druk van de publieke opinie, zou zij dan ook niet toestaan dat het systeem werd afgeschaft, zelfs niet indien dit systeem met verlies zou functioneren.

45 Gelet op deze verschillende aanwijzingen van de verwijzende rechter blijkt, zoals ook de advocaat-generaal opmerkt in punt 57 van zijn conclusie, dat Fernwärme Wien thans de enige onderneming is die in de betrokken sector in dergelijke behoeften van algemeen belang kan voorzien, zodat zij zich bij het plaatsen van haar opdrachten zou kunnen laten leiden door andere dan economische overwegingen.

46 Het Hof heeft in de reeds aangehaalde arresten BFI Holding (punt 49) en Agorà en Excelsior (punt 38) opgemerkt, dat het bestaan van een sterke concurrentie een aanwijzing kan zijn dat het niet gaat om een behoefte van algemeen belang van andere dan van industriële of commerciële aard. In de omstandigheden van het hoofdgeding blijkt uit het verzoek om een prejudiciële beslissing duidelijk, dat aan dit criterium van het bestaan van een sterke concurrentie in het geheel niet is voldaan.

47 Hieraan moet worden toegevoegd dat in dit verband irrelevant is dat de betrokken entiteit naast haar taak van algemeen belang tevens andere activiteiten met een winstoogmerk verricht, zolang zij zich blijft kwijten van de taken ten behoeve van het algemeen belang die haar specifiek zijn opgedragen. Het aandeel van de met een winstoogmerk uitgeoefende activiteiten in de algehele activiteiten van deze entiteit is voor de kwalificatie ervan als publiekrechtelijke instelling evenmin relevant (zie in die zin arrest Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., reeds aangehaald, punt 25; arrest van 27 februari 2003, Adolf Truley, C-373/00, Jurispr. blz. I-1931, punt 56, en arrest Korhonen e.a., reeds aangehaald, punten 57 en 58).

48 Gelet op de voorgaande overwegingen, moet op de tweede vraag worden geantwoord dat een entiteit als Fernwärme Wien moet worden aangemerkt als een publiekrechtelijke instelling in de zin van artikel 2, lid 1, sub a, tweede alinea, van richtlijn 2004/17 en artikel 1, lid 9, tweede alinea, van richtlijn 2004/18.

Derde vraag

49 Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of alle opdrachten die worden geplaatst door een entiteit met de hoedanigheid van publiekrechtelijke

instelling in de zin van richtlijn 2004/17 of richtlijn 2004/18, aan de regels van de ene of van de andere richtlijn moeten worden onderworpen, hoewel door effectieve maatregelen een duidelijke scheiding kan worden aangebracht tussen de activiteiten die deze instelling verricht ter vervulling van haar taak te voorzien in behoeften van algemeen belang, en de activiteiten die zij uitoefent onder mededingingsvoorwaarden, en met welke scheiding kruiselingse financiering van deze twee soorten activiteiten wordt uitgesloten.

50 Er zij in dit verband aan herinnerd dat de problematiek die aan deze vraag ten grondslag ligt, door het Hof voor het eerst is onderzocht in de zaak die heeft geleid tot het arrest Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., dat betrekking had op de uitlegging van richtlijn 93/37 betreffende overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken. Het Hof is in punt 35 van dat arrest tot de conclusie gekomen dat alle door een instelling met de hoedanigheid van aanbestedende dienst geplaatste opdrachten, van welke aard ook, onder de regels van deze richtlijn moeten vallen.

51 Het Hof heeft dit standpunt, wat overheidsopdrachten voor diensten betreft, herhaald in de reeds aangehaalde arresten BFI Holding (punten 55 en 56) en Korhonen e.a. (punten 57 en 58) en, wat overheidsopdrachten voor leveringen betreft, in het reeds aangehaalde arrest Adolf Truley (punt 56). Dit standpunt geldt tevens voor richtlijn 2004/18, die een bewerking vormt van alle eerdere richtlijnen op het gebied van het plaatsen van overheidsopdrachten, waarvoor zij in de plaats is gekomen (zie in die zin arrest Bayerischer Rundfunk e.a., reeds aangehaald, punt 30).

52 Deze conclusie dient zich tevens aan voor entiteiten die in hun boekhouding een duidelijke interne scheiding nastreven tussen de activiteiten die zij uitoefenen ter vervulling van hun taak te voorzien in behoeften van algemeen belang, en de activiteiten die zij uitoefenen onder mededingingsvoorwaarden.

53 Zoals de advocaat-generaal in de punten 64 en 65 van zijn conclusie heeft onderstreept, kan er namelijk ernstig aan worden getwijfeld of het in werkelijkheid mogelijk

is een dergelijke scheiding door te voeren tussen de verschillende activiteiten van een entiteit die één enkele rechtspersoon vormt, die één enkele regeling inzake vermogen en eigendom kent en waarvan de beslissingen inzake leiding en beheer in één hand blijven, nog afgezien van talrijke andere, praktische bezwaren ten aanzien van het controleren, voor- en achteraf, dat de verschillende werkterreinen van de betrokken entiteit volledig zijn gescheiden en dat de betrokken activiteit tot het ene of het andere gebied behoort.

54 Om redenen van rechtszekerheid, doorzichtigheid en voorspelbaarheid, die voor de toepassing van procedures voor alle overheidsopdrachten gelden, moet worden vastgehouden aan de in de punten 50 en 51 van dit arrest uiteengezette rechtspraak van het Hof.

55 De vraag van de verwijzende rechter heeft echter, zoals blijkt uit punt 49 van dit arrest, zowel op richtlijn 2004/17 als op richtlijn 2004/18 betrekking.

56 In dit verband zij opgemerkt dat in het kader van het onderzoek van de tweede prejudiciële vraag is vastgesteld dat een entiteit als Fernwärme Wien moet worden aangemerkt als publiekrechtelijke instelling in de zin van de richtlijnen 2004/17 en 2004/18. Bovendien heeft het Hof bij het onderzoek van de eerste prejudiciële vraag geconcludeerd dat een aanbestedende dienst als bedoeld in richtlijn 2004/17 de in deze richtlijn voorziene procedure enkel moet toepassen voor het plaatsen van opdrachten die verband houden met activiteiten die deze dienst uitoefent in een of meer van de in de artikelen 3 tot en met 7 van die richtlijn bedoelde sectoren.

57 Gepreciseerd moet worden dat overeenkomstig de rechtspraak van het Hof onder richtlijn 2004/17 de opdrachten vallen die worden geplaatst op het gebied van een van de in de artikelen 3 tot en met 7 van die richtlijn uitdrukkelijk bedoelde activiteiten alsmede de opdrachten die, ook al zijn zij van andere aard en zouden zij als zodanig dus normaalgesproken binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18 kunnen vallen,

dienen voor de uitoefening van de in richtlijn 2004/17 omschreven activiteiten (zie in die zin arrest Strabag en Kostmann, reeds aangehaald, punten 41 en 42).

58 Bijgevolg gelden voor de door een entiteit als Fernwärme Wien geplaatste opdrachten de procedures van richtlijn 2004/17 voor zover deze opdrachten verband houden met een activiteit die door deze entiteit wordt uitgeoefend in de sectoren bedoeld in de artikelen 3 tot en met 7 van deze richtlijn. Daarentegen gelden voor alle andere opdrachten die door een dergelijke entiteit in verband met het verrichten van andere activiteiten worden geplaatst, de procedures van richtlijn 2004/18.

59 Op de derde vraag moet derhalve worden geantwoord dat voor opdrachten die door een entiteit met de hoedanigheid van publiekrechtelijke instelling in de zin van de richtlijnen 2004/17 en 2004/18 worden geplaatst en die verband houden met de uitoefening van activiteiten van deze entiteit in een of meer van de in de artikelen 3 tot en met 7 van richtlijn 2004/17 bedoelde sectoren, de procedures van deze richtlijn moeten gelden. Daarentegen gelden voor alle andere opdrachten die door deze entiteit worden geplaatst in verband met de uitoefening van andere activiteiten, de procedures van richtlijn 2004/18. Elk van deze twee richtlijnen is van toepassing zonder onderscheid tussen de activiteiten welke die entiteit uitoefent ter vervulling van haar taak te voorzien in behoeften van algemeen belang, en de activiteiten die zij uitoefent onder mededingingsvoorwaarden, zelfs in geval van een boekhouding waarin de scheiding wordt nagestreefd van de sectoren waarbinnen zij werkzaam is, om kruiselingse financiering tussen deze sectoren te voorkomen.

Kosten

60 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. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof van Justitie (Vierde kamer) verklaart voor recht:

1) **Een aanbestedende dienst in de zin van richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, moet de in deze richtlijn voorziene procedure enkel toepassen voor het plaatsen van opdrachten die verband houden met activiteiten die deze dienst uitoefent in een of meer van de in de artikelen 3 tot en met 7 van deze richtlijn bedoelde sectoren.**

2) **Een entiteit als Fernwärme Wien GmbH moet worden aangemerkt als een publiekrechtelijke instelling in de zin van artikel 2, lid 1, sub a, tweede alinea, van richtlijn 2004/17 en artikel 1, lid 9, tweede alinea, van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.**

3) **Voor opdrachten die door een entiteit met de hoedanigheid van publiekrechtelijke instelling in de zin van de richtlijnen 2004/17 en 2004/18 worden geplaatst en die verband houden met de uitoefening van activiteiten van deze entiteit in een of meer van de in de artikelen 3 tot en met 7 van richtlijn 2004/17 bedoelde sectoren, moeten de procedures van deze richtlijn gelden. Daarentegen gelden voor alle andere opdrachten die door deze entiteit worden geplaatst in verband met de uitoefening van andere activiteiten, de procedures van richtlijn 2004/18. Elk van deze twee richtlijnen is van toepassing zonder onderscheid tussen de activiteiten welke die entiteit uitoefent ter vervulling van haar taak te voorzien in behoeften van algemeen belang, en de activiteiten die zij uitoefent onder mededingingsvoorwaarden, zelfs in geval van een boekhouding waarin de scheiding wordt nagestreefd van de sectoren waarbinnen zij werkzaam is, om kruiselingse financiering tussen deze sectoren te voorkomen.**

ondertekeningen