

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

C. STIX-HACKL

van 14 september 2006<sup>1</sup>

**I — Inleiding**

1. In de onderhavige niet-nakomingsprocedure is, evenals in een andere, parallelle niet-nakomingsprocedure<sup>2</sup>, de vraag aan de orde welke richtsnoeren uit het primaire recht kunnen worden afgeleid met betrekking tot de doorzichtigheid van aanbestedingsprocedures. In het bijzonder gaat het in de onderhavige procedure om de verplichtingen die uit de fundamentele vrijheden en de algemene rechtsbeginselen kunnen worden afgeleid voor zogenaamde niet-prioritaire dienstverleningen, dat wil zeggen voor dienstverleningen waarvoor bij richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening<sup>3</sup> (hierna: „richtlijn 92/50”) — die inmiddels door het zogenaamde wetgevingspakket is vervangen — een bijzondere regeling, meer bepaald een vereenvoudigde regeling, is vastgesteld.

2. Voorts gaat het om de uitlegging en de verdere ontwikkeling van de rechtspraak van het Hof in de zaken *Telaustria*<sup>4</sup> en *Coname*.<sup>5</sup>

**II — Rechtskader**

3. In de eenentwintigste overweging van de considerans van richtlijn 92/50 wordt gepreciseerd:

„[o]verwegende dat gedurende een overgangperiode de volledige toepassing van de onderhavige richtlijn moet worden beperkt tot opdrachten voor dienstverlening waarvoor de bepalingen van de richtlijn de mogelijkheden tot uitbreiding van het grensoverschrijdende verkeer ten volle garanderen; dat de opdrachten voor andere diensten gedurende een bepaalde tijd moeten worden gevolgd, alvorens wordt besloten de richtlijn

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2 — Mijn conclusie van heden in zaak C-532/03 (*Commissie/Ierland*).

3 — PB L 209, blz. 1.

4 — Arrest van 7 december 2000, *Telaustria* en *Telefonadress*, C-324/98, Jurispr. blz. I-10745.

5 — Arrest van 21 juli 2005, *Coname*, C-231/03, Jurispr. blz. I-7287.

daarop volledig toe te passen; dat de wijze van controle dient te worden geregeld; dat deze terzelfder tijd de betrokkenen toegang tot de relevante informatie dient te verzekeren”.

4. Volgens artikel 3, lid 2, van richtlijn 92/50 zorgen de aanbestedende diensten ervoor dat tussen verschillende dienstverleners niet wordt gediscrimineerd.

5. Richtlijn 92/50 regelt in titel II een zogenaamde „gedifferentieerde toepassing”. Volgens artikel 8 worden de opdrachten voor het verlenen van in bijlage IA vermelde diensten geplaatst overeenkomstig de bepalingen van de titels III tot en met VI, dat wil zeggen overeenkomstig de artikelen 11 tot en met 37. Daarentegen moeten volgens artikel 9 voor opdrachten die zogenaamde niet-prioritaire dienstverleningen betreffen, te weten dienstverleningen van bijlage IB, enkel de voorschriften van de artikelen 14 en 16 in acht worden genomen.

6. In bijlage IB worden een reeks categorieën van dienstverleningen opgesomd. Punt 27 ervan betreft „Andere dienstverleningen”.

7. Artikel 14 bevat bepalingen inzake de technische specificaties die zijn opgenomen in de algemene documenten of in de contractuele documenten die bij iedere opdracht behoren.

8. Artikel 16 bepaalt onder meer:

„1. De aanbestedende diensten die een overheidsopdracht hebben gegund of een prijsvraag voor ontwerpen hebben uitgeschreven, zenden een aankondiging betreffende de uitslag van de aanbestedingsprocedures aan het Bureau voor officiële publicaties van de Europese Gemeenschappen.

[...]

3. Met betrekking tot overheidsopdrachten voor in bijlage IB opgenomen diensten vermeldt de aanbestedende dienst in de aankondiging of hij met de bekendmaking daarvan instemt.

4. De Commissie stelt de regels vast voor de opstelling van periodieke verslagen aan de hand van de in lid 3 genoemde aankondigingen alsmede voor de bekendmaking van die verslagen volgens de in artikel 40, lid 3, vastgestelde procedure.

[...]”

### **III — Feiten, precontentieuze procedure en procedure voor het Hof**

9. Op 4 december 1992 heeft de Ierse minister van Sociale zaken een overeenkomst gesloten met An Post, de Ierse Post, zonder voorafgaande aankondiging van opdracht. Op grond van deze overeenkomst kunnen de rechthebbenden op sociale uitkeringen de hun verschuldigde bedragen innen op de postkantoren.

10. Deze initiële overeenkomst dekte de periode van 1 januari 1992 tot en met 31 december 1996. In mei 1997 werd zij verlengd tot en met 31 december 1999. De bevoegde Ierse autoriteiten lieten in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen een voorafgaande kennisgeving van de geplande opdracht bekendmaken. Niettemin werd in mei 1999 besloten om de overeenkomst tot en met 31 december 2002 te verlengen. Deze beslissing werd nadien tijdelijk ingetrokken.

11. Na een klacht te hebben ontvangen, heeft de Commissie vanaf oktober 1999 een briefwisseling met de Ierse autoriteiten gevoerd.

12. Naar aanleiding van de tussenkomst van de Commissie heeft Ierland de overeenkomst niet officieel verlengd. An Post verricht

evenwel nog steeds — zij het ad hoc — deze diensten, opdat de betalingen van de sociale uitkeringen niet worden onderbroken.

13. Ierland heeft volgens de Commissie geen oplossing voor de aangevoerde problemen voorgesteld in het kader van het door de Commissie krachtens artikel 226 EG ingestelde beroep wegens niet-nakoming. Rekening houdend met de antwoorden van Ierland op de aanmaning van 26 juni 2002 en op het met redenen omkleed advies van 17 december 2002, is de Commissie van mening dat de handelwijze van Ierland betreffende het sluiten van een nieuwe overeenkomst schending van het EG-Verdrag oplevert, en heeft zij derhalve beroep bij het Hof ingesteld.

14. De Commissie concludeert dat het het Hof behage:

1) vast te stellen dat Ierland, door zonder voorafgaande aankondiging een opdracht voor dienstverlening aan An Post te gunnen, de krachtens het Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen;

2) Ierland te verwijzen in de kosten van de Commissie.

15. Ierland concludeert dat het het Hof behage:

- 1) het beroep van de Commissie te verwerpen;
- 2) de Commissie te verwijzen in de kosten van Ierland.

#### **IV — Argumenten van partijen en van interveniënten**

##### *A — De Commissie*

16. Volgens de Commissie staat de omstandigheid dat de in casu aan de orde zijnde overeenkomst binnen de werkingssfeer van richtlijn 92/50 valt, niet in de weg aan toepassing van de in de rechtspraak van het Hof ontwikkelde voorwaarden, zoals die zijn af te leiden uit de in het Verdrag neergelegde fundamentele vrijheden en uit de toepassing van algemene beginselen die in die fundamentele vrijheden specifiek tot uitdrukking komen.

17. De verplichting van lidstaten om de algemene beginselen te eerbiedigen, wordt in de richtlijn zelf bevestigd in artikel 3, lid 2,

dat de aanbestedende diensten de algemene verplichting oplegt om alle discriminatie tussen dienstverleners te voorkomen. Deze verplichting rust zowel in verband met in bijlage 1B als in bijlage 1A vermelde dienstverleningen op de Ierse autoriteiten.

18. De uitlegging van de Commissie is de enige die met de „internemarktlogica van het Verdrag” strookt. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt duidelijk dat de verdragsbepalingen inzake de vrijheden van vestiging en dienstverlening de lidstaten verplichtingen opleggen met betrekking tot de plaatsing van overheidsopdrachten, buiten de werkingssfeer van de richtlijnen. Dit geldt zowel voor types van overeenkomsten (zoals concessies voor dienstverlening) die niet specifiek zijn geregeld, als voor types van overeenkomsten die dat wel zijn, maar waarvan de waarde lager is dan de in de verschillende richtlijnen vastgestelde drempelwaarden.

19. Het zou dus volstrekt in tegenspraak zijn met de logica van de interne markt, indien het de lidstaten vrijstond om overeenkomsten waarvan de waarde boven de financiële drempels valt niet op enige wijze bekend te maken, enkel en alleen omdat de ermee samenhangende diensten binnen de werkingssfeer van bijlage 1B van de richtlijn vallen, ofschoon het gemeenschapsrecht in dergelijke situaties een gepast niveau van

bekendmaking vereist, ook al valt de overeenkomst wegens de structuur of de waarde ervan buiten de werkingssfeer van de richtlijnen.

20. Nationale maatregelen moeten alleen dan aan de bepalingen van een richtlijn en niet ook aan de bepalingen van het EG-Verdrag worden getoetst, indien de richtlijn in een uitputtende harmonisatie voorziet.

21. Met betrekking tot het argument dat het door haar beoogde doel enkel via wetgeving kan worden bereikt, voert de Commissie aan dat een richtlijn niet van het primaire recht kan afwijken. Verplichtingen krachtens primair recht overlappen nu eenmaal verplichtingen krachtens richtlijnen. Het afgeleide recht heeft tot doel, het primaire recht te vervolledigen en het bereiken van de daarin verankerde doelstellingen te vergemakkelijken.

22. Ten slotte benadrukt de Commissie dat het primaire recht veel minder strikte voorschriften dan de richtlijn bevat. Anders dan interveniënten menen, eist de Commissie niet in alle gevallen een aankondiging van opdracht. De Commissie verlangt evenmin dat Ierland de voor prioritaire dienstverleningen geldende regels op niet-prioritaire dienstverleningen toepast.

23. Wat het probleem van de rechtszekerheid betreft, herinnert de Commissie eraan dat de naleving van de beperkingen van het primaire recht op het gebied van de overheidsopdrachten, geen bijzonderheid vormt.

#### B — *Ierland*

24. Ierland betwist de juistheid van het betoog van de Commissie. Zijns inziens is de door de Commissie aangehaalde rechtspraak van het Hof irrelevant, hetgeen hij illustreert aan de hand van commentaar op de respectieve zaken alsook op de argumenten die de Commissie in dit verband heeft aangevoerd. Voorts moeten de maatregelen van Ierland, gelet op het feit dat richtlijn 92/5 van toepassing is, aan deze richtlijn en niet mede aan de fundamentele vrijheden worden getoetst.

25. Bovendien is de handelwijze van de Commissie in strijd met de beginselen van doorzichtigheid, bescherming van het gewettigd vertrouwen en rechtszekerheid. In plaats van een voorstel voor een desbetreffende wijziging van de richtlijn in te dienen, waartoe zij overeenkomstig artikel 43 ervan gehouden was, hanteert de Commissie „nevelige concepten”. De Commissie heeft overigens verzuimd, een overeenkomstige

wijziging op te nemen in haar voorstel dat in 2004 tot de vaststelling van richtlijn 2004/18/EG heeft geleid.

26. De Commissie wil het Hof ertoe brengen, in de plaats van de Raad als wetgever op te treden. Zij beoogt Ierland verplichtingen op te leggen die richtlijn 92/50 uitdrukkelijk uitsluit. Daardoor verstoort zij ook het institutionele evenwicht. Voor zover de Commissie de verplichting tot aankondiging van een opdracht afleidt uit het beginsel van gelijke behandeling, rijst de vraag inzake de zin van de richtlijn.

### C — *Interveniënten*

27. Het Koninkrijk Denemarken, de Republiek Finland, de Franse Republiek en het Koninkrijk der Nederlanden zijn in de procedure tussengekomen als interveniënten aan de zijde van Ierland.

28. Volgens de Deense, de Finse, de Franse en de Nederlandse regering zijn uitsluitend de artikelen 14 en 16 van de richtlijn op de litigieuze dienstverleningen van toepassing. Voor niet-prioritaire dienstverleningen gelden bijgevolg geen andere voorschriften inzake de voorafgaande bekendmaking ervan. Ook uit de rechtspraak van het Hof kan geen verplichting worden afgeleid om de opdracht in alle gevallen aan te kondigen.

Evenzo moet worden herinnerd aan de eisen van het rechtszekerheidsbeginsel, die door de Commissie voorgestane ruime uitlegging worden geschonden. In dit verband is er in casu ook aan herinnerd dat schending van procedurevoorschriften door aanbestedende diensten voor hen de verplichting tot de betaling van schadevergoeding kan meebrengen.

29. Een verplichting om een bepaalde aanbestedingsprocedure te volgen kan volgens de Deense regering uit artikel 3 van de richtlijn noch uit de artikelen 12 EG, 43 EG en 49 EG worden afgeleid. Het onderwerpen van niet-prioritaire dienstverleningen aan gedetailleerde procedurevoorschriften zou bovendien in strijd zijn met het evenredigheids- en het subsidiariteitsbeginsel.

30. Nationale maatregelen moeten enkel aan harmonisatiebepalingen en niet tevens aan het primaire recht wordt getoetst. Bovendien had de Commissie op basis van haar rechtsopvatting derhalve de geldigheid van de richtlijn aan de orde moeten stellen.

31. Interveniënten wijzen enerzijds op de ontstaansgeschiedenis en de doelstelling van richtlijn 92/50. Anderzijds brengen zij in herinnering — ten dele onder verwijzing naar de verplichting tot herziening volgens richtlijn 92/50 — dat zelfs de Commissie in haar voorstel tot wijziging van de richtlijnen

inzake overheidsopdrachten, dat onder meer tot de vaststelling van richtlijn 2004/18/EG heeft geleid, geen wijziging heeft opgenomen van het systeem krachtens hetwelk voor niet-prioritaire dienstverleningen nog steeds een vereenvoudigde regeling geldt.

beoordeling als aanvullend criterium in aanmerking dienen te worden genomen. In een rechtstreeks beroep zoals een niet-nakomingsprocedure wordt het toetsingscriterium afgebakend door de vordering van de verzoekende partij, in casu dus de Commissie.

## V — Bespreking

### A — *Het voorwerp van de onderhavige niet-nakomingsprocedure*

32. Partijen zijn het op verschillende punten eens met betrekking tot het voorwerp van het onderhavige beroep wegens niet-nakoming. Het betreft enerzijds de omstandigheid dat de in geding zijnde opdracht onder klasse 913 van de CPC (Central Product Classification) valt. Zij behoort tot categorie 27, „Andere dienstverleningen”, van bijlage IB van richtlijn 92/50. Derhalve moet zij als zogenaamde niet-prioritaire dienstverlening worden aangemerkt. Daarnaast is het duidelijk dat de overeenkomstig artikel 7, lid 1, sub a, van richtlijn 92/50 relevante drempelwaarde in casu is overschreden.

33. Terwijl dus gemakkelijk kan worden geantwoord op de vraag of de litigieuze opdracht binnen de werkingssfeer van richtlijn 92/50 valt en of zij ter zake aan een bijzondere regeling is onderworpen, moet nog worden uitgemaakt welke andere voorschriften van het gemeenschapsrecht voor de

34. Zoals uit het verzoekschrift blijkt, vordert de Commissie de vaststelling van een dubbele inbreuk. In de eerste plaats stelt zij schending van de fundamentele vrijheden, meer bepaald van de artikelen 43 EG en 49 EG. In de tweede plaats stelt zij schending van algemene beginselen van gemeenschapsrecht, meer bepaald het transparantiebeginsel en het beginsel van gelijke behandeling (non-discriminatie).

35. Daarnaast is in de procedure voor het Hof nog een andere bepaling ter sprake gekomen, te weten artikel 3, lid 2, van richtlijn 92/50. Volgens deze bepaling dienen de aanbestedende diensten ervoor te zorgen dat tussen verschillende dienstverleners niet wordt gediscrimineerd.

36. De Commissie wil uit deze bepaling een gebod afleiden dat voor alle soorten dienstverleningen geldt, en dus ook voor de in casu aan de orde zijnde dienstverleningen, te weten niet-prioritaire dienstverleningen.

37. De Commissie heeft evenwel verzuimd, schending van artikel 3, lid 2, van richtlijn 92/50 in haar verzoekschrift op te nemen. Weliswaar verwijst de Commissie ook in het verzoekschrift<sup>6</sup> naar deze bepaling van de richtlijn, doch dat volstaat niet. Met deze verwijzing wilde de Commissie immers alleen aantonen dat zelfs de richtlijn uitdrukkelijk een discriminatieverbod poneert. De Commissie zou dit kunnen zien als bevestiging van het feit dat de lidstaten overeenkomstige algemene rechtsbeginselen moeten eerbiedigen. Bovendien heeft de Commissie ook in het met redenen omkleed advies enkel schending van de artikelen 43 EG en 49 EG gesteld.

38. De gestelde inbreuk op de algemene rechtsbeginselen stelt de Commissie daarentegen niet alleen aan de orde in het kader van de juridische beoordeling van de feiten, maar tevens in het deel van het verzoekschrift waarin zij tot besluit de haars inziens geschonden voorschriften samenvat (punt 56). Dat is ook het geval voor de grief inzake schending van de artikelen 43 EG en 49 EG.

39. De vraag welke rechtsgevolgen artikel 3, lid 2, van richtlijn 92/50 met betrekking tot de zogenaamde niet-prioritaire dienstverleningen heeft, hoeft derhalve niet nader te worden onderzocht.

*B — Vervolledigt het primaire recht de richtlijnen?*

40. De onderhavige zaak betreft niet de — althans in beginsel — afgedane kwestie of het primaire recht moet worden toegepast buiten de werkingssfeer van de richtlijnen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten. Volgens vaste rechtspraak van het Hof<sup>7</sup> zijn de voorschriften van primair recht immers van toepassing wanneer de opdracht door geen van de richtlijnen wordt gedekt. In casu gaat het evenwel om de vraag of richtsnoeren van primair recht ook van toepassing zijn op feiten die onder de richtlijnen vallen.

41. Deze rechtsvraag is evenmin volkomen nieuw. Zo zij herinnerd aan de rechtspraak van het Hof volgens welke richtsnoeren van primair recht, in het bijzonder de fundamentele vrijheden, ook van toepassing zijn op opdrachten die door de richtlijnen worden gedekt.

42. Aldus heeft het Hof in een eveneens op Ierland betrekking hebbende niet-nakomingsprocedure geoordeeld dat „Ierland, door toe te staan dat in de gespecificeerde aanbestedingsvoorwaarden voor een overheidsopdracht voor de uitvoering van wer-

6 — Punt 43.

7 — Arrest in zaak C-231/03 (aangehaald in voetnoot 5), punt 16, en arrest van 20 oktober 2005, Commissie/Frankrijk, C-264/03 (Jurispr. blz. I-8831, punt 32).

ken een clausele werd opgenomen [...], de krachtens artikel 30 EEG-Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen”.<sup>8</sup> Het Hof kwam tot eenzelfde beslissing in een andere niet-nakomingsprocedure: in de zaak betreffende de Storebælt heeft het Hof schending van de artikelen 30, 48 en 59 EEG-Verdrag vastgesteld.<sup>9</sup>

43. Daaraan kan worden toegevoegd een zeer recent arrest in een niet-nakomingsprocedure, waarin het Hof tot schending van artikel 49 EG heeft geconcludeerd. Evenals in de zaak betreffende de Storebælt ging het daarbij om de inhoud van het bestek voor een overheidsopdracht, meer bepaald om de subcriteria van gunningscriteria<sup>10</sup>.

44. Het Hof heeft evenwel ook in andere omstandigheden het beginsel van de uitputtende dan wel aanvullende uitlegging van richtlijnen door het primaire recht bevestigd.

45. Een waardevolle aanduiding daarvan vormt het arrest in de zaak Hospital Ingenieure. In deze zaak heeft het Hof geoordeeld dat „[b]uiten de verplichting de redenen voor de intrekking van de aanbesteding mee te delen, richtlijn 92/50 weliswaar geen enkele specifieke bepaling betreffende de materiële of formele voorwaarden van dit

besluit [bevat], wat echter niet wegneemt dat voor dit besluit de fundamentele regels van gemeenschapsrecht blijven gelden, inzonderheid de beginselen van het EG-Verdrag inzake vrijheid van vestiging en van dienstverrichting”.<sup>11</sup>

46. In punt 47 van dit arrest hield het Hof het bij meer algemene bewoordingen, met de formulering: „[...] ofschoon richtlijn 92/50 de modaliteiten voor het intrekken van een openbare aanbesteding voor dienstverlening niet specifiek regelt [...]”.

47. Het Hof heeft het beginsel van de aanvullende inaanmerkingneming van het primaire recht nog in een andere uitspraak<sup>12</sup> bevestigd. Het feit dat het voor deze uitspraak de vorm van een beschikking heeft gekozen, wijst erop dat het Hof van oordeel is dat althans deze rechtsvraag is afgedaan.

48. Op dezelfde wijze heeft het Hof in zaak Makedoniko Metro geoordeeld dat „ook al bevatten de gemeenschapsrichtlijnen inzake overheidsopdrachten *geen bepalingen die specifiek van toepassing zijn*, de algemene

8 — Arrest van 22 september 1988, Commissie/Ierland, 45/87, Jurispr. blz. 4929, punt 27.

9 — Arrest van 22 juni 1993, Commissie/Denemarken, C-243/89, Jurispr. blz. I-3353.

10 — Arresten van 27 oktober 2005, Commissie/Spanje, C-158/03 (niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, PB C 330, blz. 1), en in de parallele prejudiciële procedure in zaak C-234/03 (Contse, Jurispr. 2005, blz. I-9315).

11 — Arrest van 18 juni 2002, HI, C-92/00, Jurispr. blz. I-5553, punt 42.

12 — Beschikking van 16 oktober 2003, Kauppatalo Hansel, C-244/02, Jurispr. blz. I-12139, punten 31 en 33.

beginselen van gemeenschapsrecht [...] ook gelden voor de procedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten”.<sup>13</sup>

49. Het in de onderhavige procedure aangehaalde arrest in de zaak Unitron<sup>14</sup> betrof weliswaar eveneens de transparantie, maar deze procedure handelde over het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, en niet over de verplichting van gelijke behandeling als algemeen rechtsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel dus.

50. Bijgevolg kan worden geconstateerd dat het beginsel volgens hetwelk het primaire recht ook van toepassing is op opdrachten die onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, door het Hof is erkend. Niettemin dient de draagwijdte van dit beginsel te worden onderzocht. Zo is volgens het beginsel dat de verhouding tussen primair en afgeleid recht beheerst, de toepassing van primair recht uitgesloten voor zover de feiten door voorschriften van afgeleid recht uitputtend worden geregeld<sup>15</sup>. Er zijn dus communautaire grenzen aan de aanvullende toepassing van het primaire recht.

51. Terwijl ook door de rechtspraak van het Hof ondertussen is uitgemaakt dat de inhoud van de gunningfactoren en de modaliteiten voor intrekking in de richtlijnen inzake overheidsopdrachten niet uitputtend zijn geregeld, dient nog te worden nagegaan, op welke wijze de regeling betreffende de transparantieplicht voor niet-prioritaire dienstverleningen moet worden beoordeeld.

*C — Is de transparantieplicht voor niet-prioritaire dienstverleningen in richtlijn 92/50 uitputtend geregeld?*

52. Kenmerkend voor de onderhavige procedure is het feit dat zij betrekking heeft op de toepasselijkheid van het primaire recht met betrekking tot het plaatsen van een opdracht die aan een bijzondere regeling van een richtlijn inzake overheidsopdrachten is onderworpen.

53. De categorie van niet-prioritaire dienstverleningen vormt overigens niet de enige categorie van opdrachten waarvoor in de richtlijnen inzake overheidsopdrachten een bijzondere regeling is vastgelegd. Zo is in 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 (hierna: „coördinatie-richtlijn bouwwerken”)<sup>16</sup>, een vereenvoudigde regeling voor

13 — Arrest van 23 januari 2003, Makedoniko Metro en Michaniki, C-57/01, Jurispr. blz. I-1091, punt 69 (cursivering van mij).

14 — Arrest van 18 november 1999, Unitron Scandinavia en 3-S, C-275/98, Jurispr. blz. I-8291, punten 30 en volgende.

15 — Arresten van 12 oktober 1993, Vanacker en Lesage, C-37/92, Jurispr. blz. I-4947, punt 9; 13 december 2001, Daimler-Chrysler, C-324/99, Jurispr. blz. I-9897, punt 32, en 11 december 2003, Deutscher Apothekerverband, C-322/01, Jurispr. blz. I-14887, punt 64.

16 — PB L 199, blz. 54.

concessieovereenkomsten betreffende bouwwerken neergelegd. Evenals artikel 9 van richtlijn 92/50 schrijft artikel 3, lid 1, van deze richtlijn voor, welke bepalingen van de richtlijn moeten worden toegepast. In tegenstelling tot de regeling van richtlijn 92/50 betreffende de niet-prioritaire dienstverleningen, legt de coördinatie-richtlijn bouwwerken voor concessieovereenkomsten betreffende bouwwerken evenwel ook de verplichting op, in de aankondiging een bepaalde minimuminhoud bekend te maken (artikel 11 van richtlijn 93/37).

54. Duidelijkheidshalve zij opgemerkt dat het in de onderhavige procedure niet erom gaat of de verplichtingen die in richtlijn 92/50 voor prioritaire dienstverleningen zijn vastgesteld, ook voor niet-prioritaire dienstverleningen gelden, te weten of deze verplichtingen rechtstreeks of althans bij analogie moeten worden toegepast.

55. Voorts zij erop gewezen dat het niet van belang is of de volledige richtlijn als uitputtende harmonisatiemaatregel moet worden aangemerkt, maar of de in casu doorslaggevende kwestie aldus is geregeld. Het is zelfs kenmerkend voor het gemeenschapsrecht dat richtlijnen voor bepaalde feitelijke aspecten een uitputtende regeling bevatten, en voor andere feitelijke aspecten niet.<sup>17</sup> Zo heeft het Hof met betrekking tot een van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten

geoordeeld dat deze richtlijn geen eenvoudige en volledige communautaire regeling behelst en dat de lidstaten alle relevante bepalingen van het gemeenschapsrecht dienen te eerbiedigen.<sup>18</sup>

56. Op het plaatsen van niet-prioritaire dienstverleningen zijn richtsnoeren van primair recht van toepassing voor zover er *ter zake* geen uitputtende harmonisatie voorhanden is. Dat richtlijn 92/50 geen uitputtende harmonisatie voor niet-prioritaire dienstverleningen voorziet, vormt evenwel geen voorwaarde. In deze procedure moet alleen worden onderzocht of de transparantieplicht in richtlijn 92/50 uitputtend is geregeld, zoals Ierland, Frankrijk en Nederland stellen. Indien dat niet het geval is, kan de hierboven genoemde rechtspraak van het Hof betreffende de gunningscriteria en de intrekking *mutatis mutandis* in aanmerking worden genomen.

57. Bovendien moet in dit verband melding worden gemaakt van het arrest in zaak Contse, waarin het Hof ervan is uitgegaan dat de fundamentele vrijheden op niet-prioritaire dienstverleningen van toepassing zijn. Louter terzijde zij daarbij opgemerkt dat voor niet-prioritaire dienstverlening gelet op de verwijzing in artikel 9 van richtlijn 92/50 zelfs niet de te vervulde regelingen van richtlijn 92/50 betreffende de gunningscriteria gelden.

17 — Zie met name arresten van 19 maart 1998, *Compassion in World Farming*, C-1/96, Jurispr. blz. I-1251, punten 55 en volgende, en 14 december 2004, *Radlberger Getränkegesellschaft en S. Spitz*, C-309/02, Jurispr. blz. I-11763, punten 53 en volgende.

18 — Aldus aangaande de bouwwerkencoördinatie-richtlijn van 1971: arrest van 9 juli 1987, *SA Constructions en entreprises industrielles (CEI)/Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes*, gevoegde zaken 27/86-29/86, Jurispr. blz. 3347, punt 15.

58. In de onderhavige procedure gaat het evenwel niet om het opstellen van de gunningscriteria of om de intrekking, maar om een heel specifiek aspect van de transparantie, namelijk de aankondiging ex ante van een opdracht. Voor het antwoord op de vraag of richtlijn 92/50 het in casu relevante aspect van de transparantieplicht uitputtend harmoniseert, moet volgens de rechtspraak van het Hof rekening worden gehouden met de bewoordingen van de betrokken bepaling, de context ervan en de doeleinden die worden beoogd door de regeling waarvan zij deel uitmaakt<sup>19</sup>.

59. Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, dient voor de uitlegging te worden uitgegaan van de eenentwintigste overweging van de considerans en van artikel 9 van richtlijn 92/50.<sup>20</sup>

60. In de eenentwintigste overweging van de considerans van richtlijn 92/50 wordt verklaard dat de volledige toepassing van deze richtlijn gedurende een overgangperiode moet worden beperkt tot opdrachten voor dienstverlening waarvoor de bepalingen van de richtlijn de mogelijkheden tot uitbreiding van het grensoverschrijdende verkeer ten volle garanderen, terwijl voor andere opdrachten voor dienstverlening gedurende deze periode louter de wijze van controle is geregeld.

61. Uit de formulering van de centrale bepaling, namelijk artikel 9 van richtlijn 92/50, blijkt duidelijk dat niet-prioritaire dienstverleningen overeenkomstig uitdrukkelijk genoemde bepalingen worden gegund. Het gaat om de bepalingen van de artikelen 14 en 16. Terwijl artikel 14 „Gemeenschappelijke regels op technisch gebied” vaststelt, regelt artikel 16 *bepaalde* aspecten van de transparantie. De gemeenschapswetgever verwijst dus aangaande de transparantie voor niet-prioritaire dienstverleningen niet naar de volledige titel V van de richtlijn, met als opschrift „Gemeenschappelijke regels voor de bekendmaking”, maar enkel naar een deel van deze titel.

62. De gemeenschapswetgever heeft er derhalve bewust voor gekozen om voor niet-prioritaire dienstverleningen enkel bepaalde transparantieverplichtingen vast te leggen. Zo legt artikel 16, lid 1, de verplichting op, de uitslag van de aanbestedingsprocedures aan het Bureau voor officiële publicaties van de Europese Gemeenschappen te sturen.

63. Van cruciale betekenis voor de onderhavige niet-nakomingsprocedure is evenwel de beslissing van de gemeenschapswetgever om niet eveneens naar de belangrijke bepaling van artikel 11 te verwijzen. Deze bepaling regelt met name, onder welke voorwaarden een aanbestedende dienst voor een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging van opdracht mag opteren. Met deze procedure is een zogenaamde onderhandse of rechtstreekse aanbesteding, dus een gunning zonder voorafgaande bekendmaking, mogelijk.

19 — Arrest in zaak C-1/96 (aangehaald in voetnoot 17), punten 49 en volgende, en arrest van 19 oktober 1995, Höning, C-128/94, Jurispr. blz. I-3389, punt 9.

20 — Arrest van 14 november 2002, Swoboda, C-411/00, Jurispr. blz. I-10567, punten 46 en volgende.

64. Volgens artikel 16, lid 2, gelden de voorschriften van de artikelen 17 tot en met 20 enkel voor prioritaire dienstverleningen. Deze bepalingen regelen in wezen de voor de aankondigingen te gebruiken modellen en de in acht te nemen termijnen.

65. Bijgevolg stelt de Commissie terecht dat de artikelen 14 en 16 van de richtlijn juist niet de in de onderhavige procedure aan de orde zijnde kwestie regelen. De Commissie trekt daaruit evenwel te snel de conclusie dat het primaire recht alleen al om die reden een rol speelt. Allereerst moet evenwel worden nagegaan of uit de omstandigheid dat slechts een aantal aspecten uitdrukkelijk zijn geregeld, moet worden afgeleid dat er geen uitputtende harmonisatie is.

66. Dit is de voorvraag bij de vraag, of met betrekking tot niet-prioritaire dienstverleningen weliswaar niet de strenge voorschriften van richtlijn 92/50 moeten worden nageleefd, maar op zijn minst wel minder strenge voorwaarden van het primaire recht.

67. Deze voorvraag dient aldus te worden beantwoord dat richtlijn 92/50 geen uitputtende regeling met betrekking tot de transparantie inzake het plaatsen van niet-prioritaire dienstverleningen bevat, en dat aanvullend een beroep op het primaire recht moet worden gedaan.

68. De tegenovergestelde opvatting zou immers meebrengen dat voor opdrachten die geheel buiten de werkingssfeer van richtlijn 93/50 vallen, bijvoorbeeld concessies van dienstverleningen, strengere voorwaarden gelden — die van de rechtspraak *Telaustria* en *Coname* — dan voor niet-prioritaire dienstverleningen. Een eventuele andere oplossing zou evenwel zijn, de norm, dat wil zeggen de graad van transparantie, af te zwakken voor buiten de werkingssfeer van de richtlijn vallende opdrachten, en voor niet-prioritaire dienstverleningen deze lagere norm of een ten opzichte daarvan licht opgeschroefde norm toe te passen.

*D — Concrete inhoud van het voorschrift waarvan schending wordt gesteld*

69. Om schending van het gemeenschapsrecht te kunnen vaststellen dient het Hof om te beginnen de inhoud te onderzoeken van het voorschrift waarvan schending wordt gesteld. Zonder afbakening van de toetsingsmaatstaf kan het gedrag van de betrokken lidstaat immers niet worden beoordeeld.

70. In een rechtstreeks beroep zoals de onderhavige niet-nakomingsprocedure dient de verzoeker — in casu dus de Commissie —

nader te preciseren waarin de verplichting van de verwerende lidstaat bestaat.

71. In de schriftelijke procedure heeft de Commissie weliswaar niet enkel gewezen op het bestaan van de uit de artikelen 43 EG en 49 EG alsook uit bepaalde beginselen voortvloeiende verplichtingen, maar heeft zij minstens aangevoerd dat volgens de rechtspraak van het Hof betreffende deze voorschriften van primair recht een passende graad van transparantie dient te worden gewaarborgd. In wezen heeft de Commissie het daarbij evenwel ook gelaten.

72. De Commissie citeert in dit verband een arrest<sup>21</sup> betreffende twee niet-nakomingsprocedures. Dienaangaande zij opgemerkt dat er in deze procedures sprake was van een duidelijke verplichting, namelijk een verplichting krachtens richtlijn 93/37. Deze richtlijn bevatte de uitdrukkelijke verplichting tot voorafgaande aankondiging van de opdracht, waarvoor zelfs in een aantal modellen de minimuminhoud was voorgescreven.

73. In de onderhavige zaak ontbreken juist dergelijke communautaire voorschriften. Zo voorziet de in casu toepasselijke richtlijn niet in voorafgaande bekendmaking. Hetzelfde geldt voor de rechtspraak betreffende de fundamentele vrijheden en de algemene rechtsbeginselen waarnaar in de procedure

vaak is verwezen. Ook uit het meest recente beginsel arrest van het Hof betreffende het probleem dat in casu aan de orde is, het arrest in zaak Coname, kunnen slechts algemeen geformuleerde beginselen, maar geen concrete verplichtingen worden gedistilleerd.

74. Indien de onderhavige niet-nakomingsprocedure betrekking had gehad op de verenigbaarheid van een nationale wettelijke aanbestedingsregeling, zou aangaande de bewijslast van de verzoekende partij een enigszins mildere opvatting kunnen worden gehuldigd. In de onderhavige procedure gaat het evenwel om de bestraffing van een concrete gedraging, namelijk een concrete transactie. Derhalve dient het betoog van de Commissie evenzo concreet te zijn.

75. Rechtens ziet de onderhavige niet-nakomingsprocedure weliswaar op een individueel geval, maar zij heeft betrekking op een rechtsvraag die van algemene praktische betekenis is. Hoe moeten de talrijke afzonderlijke aanbestedende diensten en concessiegevers in de lidstaten hun aanbestedingspraktijk inrichten wanneer het rechtskader dermate vaag is en zelfs de Commissie, die in niet-nakomingsprocedures — en dat geldt reeds voor de precontentieuze procedure — tegenover de lidstaten staat, niet concreet kan of wil aangeven, welke voorschriften in het bijzonder moeten worden nageleefd. De omstandigheid dat het enkele weken tevoren

21 — Arrest van 27 oktober 2005, Commissie/Italië, gevoegde zaken C-187/04 en C-188/04, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, PB C 36, blz. 11.

bij gebreke van een interpretatieve mededeling ter zake, onduidelijk is welk standpunt de Commissie precies inneemt, mag de betrokken lidstaten geen nadeel berokkenen. Juist deze omstandigheid had de Commissie ertoe moeten brengen, concretere aanduidingen te verstrekken over de inhoud van de verplichting waarvan zij schending stelt.

76. Aldus bezien geldt ook in deze procedure voor de Commissie de vaststelling die advocaat-generaal Jacobs in een andere aanbestedingsprocedure heeft gedaan: „Zij heeft evenwel niet gepreciseerd op welke concrete wijze aan deze eisen kan worden voldaan.”<sup>22</sup>

77. Het beginsel volgens hetwelk een passende graad van transparantie in acht moet worden genomen, impliceert dus als regel dat de aanbesteding wordt bekendgemaakt (de zogenaamde aankondiging). Daarop bestaan evenwel een reeks van uitzonderingen en rechtvaardigingsgronden, waarop ik reeds uitvoerig ben ingegaan in mijn conclusie in zaak Coname<sup>23</sup> en in mijn conclusie van heden in de parallel aan onderhavige niet-nakomingsprocedure aanhangige procedure in zaak C-532/03.<sup>24</sup> Hierna dient dus te worden onderzocht of een van deze uitzonderingen of rechtvaardigingsgronden in de onderhavige procedure van toepassing is. Aangezien het Hof dit niet ambtshalve toetst,

zijn de hierna volgende overwegingen beperkt tot de in het kader van deze procedure aangevoerde relevante argumenten.

78. Om te beginnen zij erop gewezen dat de verwerende lidstaat niet het bestaan heeft kunnen aantonen van een in het Verdrag uitdrukkelijk vastgelegde of in de rechtspraak erkende rechtvaardigingsgrond. Hetzelfde geldt voor de overeenkomstige toepasselijkheid van een van de in de richtlijnen vastgestelde uitzonderingen.<sup>25</sup>

79. Het valt immers niet uit te sluiten dat er ook gevallen zijn waarin er een opdracht zonder voorafgaande bekendmaking, dat wil zeggen zonder aankondiging, mag worden gegund. Dergelijke omstandigheden waren in casu evenwel niet concreet voorhanden of zijn althans niet aangetoond.

80. Zelfs de omstandigheid dat de graad van transparantie afhangt van de concrete omstandigheden van de aanbesteding, zoals het voorwerp en de waarde ervan, leidt er in het onderhavige geval niet toe dat voorbij kan worden gegaan aan de verplichting tot enigerlei bekendmaking.

81. Verder moet aandacht worden besteed aan het argument van Ierland dat de handelwijze van de Commissie in strijd is met het

22 — Conclusie van advocaat-generaal Jacobs van 21 april 2005 in zaak C-174/03 (*Impresa Portuale di Cagliari*, beschikking van 23 maart 2006, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 77).

23 — Conclusie van 12 april 2005 in zaak C-231/03 (*Coname*, arrest aangehaald in voetnoot 5), punten 58 en volgende.

24 — Punt 86 en volgende.

25 — Bijvoorbeeld artikel 11, lid 3, van richtlijn 92/50, alsook artikel 31 van richtlijn 2004/18/EG.

beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen en het rechtszekerheidsbeginsel. In dit verband moet worden gewezen op een omstandigheid die in de procedure niet aan bod is gekomen. De verwerende lidstaat heeft de door de Commissie gelaakte maatregel namelijk reeds getroffen in mei 1999, terwijl het arrest in zaak Telaustria, waarin het primairrechtelijke transparantiebeginsel is geformuleerd, pas in 2000 is geweest.

82. Dienaangaande zij evenwel eraan herinnerd dat uitleggingarresten, die in een prejudiciële procedure volgens artikel 234 EG worden uitgesproken, in beginsel terugwerkende kracht hebben. Daarop is in het arrest Telaustria noch in het arrest Urteil Coname een uitzondering gemaakt. In een niet-nakomingsprocedure volgens artikel 226 EG, zoals de onderhavige, bestaat een dergelijke mogelijkheid niet.

83. Rechtsvragen betreffende de beoordeling van arresten van het Hof waarin tot dan toe onverwachte verplichtingen van de lidstaten worden vastgesteld, kunnen in voorkomend geval aan de orde komen in een tweede niet-nakomingsprocedure krachtens artikel 228 EG, maar alleen voor zover het arrest in de onderhavige niet-nakomingsprocedure niet zou worden uitgevoerd. Deze omstandigheid zou dan in aanmerking kunnen worden genomen in het kader van de berekening van de geldboete.

84. Concluderend is bij onderzoek van de door de Commissie bekritiseerde feiten derhalve gebleken dat er geen omstandigheden voorhanden waren op grond waarvan de litigieuze opdracht had mogen worden gegund zonder enige vorm van bekendmaking.

## VI — Kosten

85. Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien Ierland in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie te worden verwezen in de kosten.

86. Intervenienten, het Koninkrijk Denemarken, de Republiek Finland, de Franse Republiek en het Koninkrijk der Nederlanden, zullen overeenkomstig artikel 69, lid 4, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering hun eigen kosten moeten dragen.

## VII — Conclusie

87. Derhalve geef ik het Hof in overweging:

- 1) vast te stellen dat Ierland, door aan An Post zonder voorafgaande aankondiging een opdracht voor dienstverlening te gunnen, ofschoon geen omstandigheden voorhanden waren op grond waarvan bekendmaking achterwege kon worden gelaten, de krachtens het Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen;
- 2) Ierland te verwijzen in de kosten van de Commissie;
- 3) het Koninkrijk Denemarken, de Republiek Finland, de Franse Republiek en het Koninkrijk der Nederlanden te verwijzen in hun eigen kosten.