

ARREST VAN HET HOF (Tweede kamer)

13 januari 2005*

In zaak C-84/03,

betreffende een beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 226 EG, ingesteld op 26 februari 2003,

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door K. Wiedner en G. Valero Jordana als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

Koninkrijk Spanje, vertegenwoordigd door S. Ortiz Vaamonde als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerder,

* Procestaal: Spaans.

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: C. W. A. Timmermans, kamerpresident, R. Schintgen, J. Makarczyk (rapporteur), G. Arestis en J. Klučka, rechters,

advocaat-generaal: J. Kokott,
griffier: R. Grass,

gezien de stukken,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het navolgende

Arrest

- 1 De Commissie verzoekt het Hof vast te stellen dat het Koninkrijk Spanje de verplichtingen niet is nagekomen die op hem rusten krachtens het EG-Verdrag, 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), en 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), door deze richtlijnen niet naar behoren in zijn nationale rechtsorde te hebben omgezet, en in het bijzonder,

- door privaatrechtelijke instellingen die voldoen aan de in artikel 1, sub b, tweede alinea, eerste, tweede en derde streepje, van deze twee richtlijnen gestelde voorwaarden, uit te sluiten van de werkingssfeer van de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (wet inzake het plaatsen van overheidsopdrachten) van 16 juni 2000, in de gecoördineerde versie van Real Decreto Legislativo 2/2000 van 16 juni 2000 (BOE nr. 148 van 21 juni 2000, blz. 21775; hierna: „gecoördineerde wet”), meer bepaald bij artikel 1, sub b, van de gecoördineerde wet,

- door samenwerkingsovereenkomsten tussen overheidsinstanties en de overige openbare lichamen, en derhalve ook de overeenkomsten die overheidsopdrachten in de zin van deze richtlijnen zijn, bij artikel 3, lid 1, sub c, van de gecoördineerde wet volledig van de werkingssfeer daarvan uit te sluiten, en

- door bij de artikelen 141, sub a, en 182, sub a en g, van de gecoördineerde wet toe te staan dat in twee gevallen die in genoemde richtlijnen niet zijn voorzien, gebruik wordt gemaakt van de procedure van gunning via onderhandelingen.

Toepasselijke bepalingen

Bepalingen van gemeenschapsrecht

- 2 Artikel 1, sub b, van richtlijn 93/37 bepaalt:

„[onder] ‚aanbestedende diensten’ [wordt verstaan]: de staat, zijn territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen.

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 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.

[...]"

³ Artikel 1, sub b, van richtlijn 93/36 is in wezen daaraan identiek.

4 Artikel 6, leden 2 tot en met 4, van richtlijn 93/36 luidt als volgt:

„2. De aanbestedende diensten kunnen hun opdrachten voor leveringen plaatsen volgens een procedure van gunning via onderhandelingen, indien er in het kader van een openbare of niet-openbare aanbestedingsprocedure onregelmatige inschrijvingen zijn gedaan, of indien slechts inschrijvingen zijn gedaan die onaanvaardbaar zijn volgens de met de voorschriften van titel IV conforme nationale bepalingen, voorzover de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk worden gewijzigd. De aanbestedende diensten maken in dat geval een aankondiging van opdracht bekend, tenzij zij bij de gunning via onderhandelingen alle ondernemingen betrekken die voldoen aan de criteria van de artikelen 20 tot en met 24 en die gedurende de voorafgaande openbare of niet-openbare aanbestedingsprocedures offertes hebben gedaan die aan de formele eisen van de aanbestedingsprocedure voldeden.

3. De aanbestedende diensten kunnen in de volgende gevallen hun opdrachten voor leveringen plaatsen volgens de procedure van gunning via onderhandelingen, zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van opdracht:

a) indien in het kader van een openbare of niet-openbare aanbestedingsprocedure geen of geen geschikte inschrijvingen zijn gedaan, voorzover de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk worden gewijzigd en de Commissie een verslag wordt overgelegd;

b) indien het producten betreft die uitsluitend worden gefabriceerd voor onderzoek, proefneming, studie of ontwikkeling. Deze bepaling geldt niet voor

de productie in grote hoeveelheden met het doel de commerciële haalbaarheid van het product vast te stellen of de kosten van onderzoek en ontwikkeling te delgen;

- c) wanneer de fabricage of levering van de producten om technische of artistieke redenen of om redenen van bescherming van exclusieve rechten slechts aan één bepaalde leverancier kan worden toevertrouwd;

- d) voorzover zulks strikt noodzakelijk is, ingeval de termijnen van de openbare of de niet-openbare procedures of voor de in lid 2 bedoelde procedures van gunning via onderhandelingen wegens dringende spoed, als gevolg van gebeurtenissen die door de betrokken aanbestedende diensten niet konden worden voorzien, niet in acht kunnen worden genomen. De omstandigheden die worden ingeroepen om de dringende spoed te rechtvaardigen mogen in geen geval aan de aanbestedende diensten te wijten zijn;

- e) voor door de oorspronkelijke leverancier verrichte aanvullende leveringen die ofwel zijn bestemd voor gedeeltelijke vernieuwing van leveringen of installaties voor courant gebruik, ofwel voor de uitbreiding van bestaande leveringen of installaties, als de verandering van leverancier de aanbestedende dienst ertoe zou verplichten apparatuur aan te schaffen waarbij een andere techniek wordt toegepast, zodat bij gebruik en onderhoud ervan onverenigbaarheid ontstaat of zich onevenredige technische moeilijkheden voordoen. De looptijd van deze opdrachten en nabestellingen mag in de regel drie jaar niet overschrijden.

4. In alle andere gevallen maken de aanbestedende diensten voor het plaatsen van opdrachten voor leveringen gebruik van de openbare of van de niet-openbare procedure.”

5 Artikel 7, leden 3 en 4, van richtlijn 93/37 luidt:

„3. De aanbestedende diensten kunnen in de volgende gevallen hun opdrachten voor de uitvoering van werken plaatsen volgens de procedure van gunning via onderhandelingen, zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving:

- a) indien in het kader van een openbare of niet-openbare aanbestedingsprocedure geen of geen passende inschrijvingen zijn gedaan, mits de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk worden gewijzigd. Aan de Commissie wordt op haar verzoek een verslag overgelegd;
- b) voor werken waarvan de uitvoering om technische of artistieke redenen of om redenen van bescherming van exclusieve rechten slechts aan een bepaalde aannemer kan worden toevertrouwd;
- c) voorzover zulks strikt noodzakelijk is, indien de termijnen voor de openbare of niet-openbare procedure dan wel voor de in lid 2 bedoelde procedure van gunning via onderhandelingen wegens dwingende spoed, als gevolg van gebeurtenissen die door de betrokken aanbestedende diensten niet konden worden voorzien, niet in acht kunnen worden genomen. De omstandigheden waarop ter verantwoording van de dwingende spoed een beroep wordt gedaan, mogen in geen geval aan de aanbestedende diensten te wijten zijn;
- d) voor aanvullende werken die niet in het oorspronkelijk gegunde project of in het eerste contract waren opgenomen en die als gevolg van onvoorziene omstandigheden voor de uitvoering van het daarin beschreven werk noodzakelijk zijn geworden, mits zij worden gegund aan de aannemer die dit werk uitvoert:

- wanneer deze werken uit technisch of economisch oogpunt niet zonder overwegende bezwaren voor de aanbestedende diensten van de hoofdopdracht kunnen worden gescheiden, of

- wanneer deze werken, hoewel zij van de uitvoering van de oorspronkelijke opdracht kunnen worden gescheiden, voor de vervolmaking ervan strikt noodzakelijk zijn.

Het gezamenlijke bedrag van de ter zake van de aanvullende werken geplaatste opdrachten mag echter niet hoger zijn dan 50 % van het bedrag van de hoofdopdracht;

- e) in geval van nieuwe werken, bestaande uit de herhaling van soortgelijke werken die door dezelfde aanbestedende diensten aan de met een eerste opdracht belaste aannemer worden toevertrouwd, mits deze werken overeenstemmen met een basisproject dat het voorwerp vormde van een overeenkomstig de in lid 4 bedoelde procedures geplaatste eerste opdracht.

De mogelijkheid om deze procedure toe te passen dient reeds bij het uitschrijven van de aanbesteding van het eerste deel van het werk te worden vermeld, en het totale voor de volgende werken geraamde bedrag wordt door de aanbestedende diensten in aanmerking genomen voor de toepassing van artikel 6. Van deze procedure kan slechts gebruik worden gemaakt gedurende een periode van drie jaar volgende op de oorspronkelijke opdracht.

4. In alle andere gevallen maken de aanbestedende diensten voor het plaatsen van opdrachten voor de uitvoering van werken gebruik van de openbare of van de niet-openbare procedure.”

Bepalingen van nationaal recht

6 De personele werkingssfeer van de Spaanse regeling inzake het plaatsen van overheidsopdrachten is omschreven in artikel 1 van de gecoördineerde wet. Daarbinnen vallen alle territoriale overheden, zowel de centrale overheid als de autonome en de plaatselijke overheden.

7 Artikel 1, lid 3, van de gecoördineerde wet voegt daaraan toe:

„Eveneens overeenkomstig deze wet moeten de opdrachten van de autonome instellingen altijd middels aanbesteding worden geplaatst, en die van de andere publiekrechtelijke lichamen met rechtspersoonlijkheid die verbonden zijn met een overheidsinstantie of daarvan afhangen, indien zij aan de volgende criteria voldoen:

- a) zij zijn opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard,

- b) hun activiteiten worden in hoofdzaak door de staat of door andere publiekrechtelijke lichamen gefinancierd, of het beheer is onderworpen aan het toezicht van deze laatste, of de leden van het bestuurs-, het leidinggevende of het toezichthoudende orgaan worden voor meer dan de helft aangewezen door de staat of door andere publiekrechtelijke lichamen.”

- 8 Ingevolge de zesde aanvullende bepaling van de gecoördineerde wet, met als opschrift „Beginselen voor de plaatsing van opdrachten in de overheidssector”, eerbiedigen „handelsvennootschappen waarvan de meerderheid van het kapitaal al dan niet rechtstreeks in handen is van de overheid of haar autonome instellingen, of van publiekrechtelijke lichamen, [...] bij de plaatsing van opdrachten de beginselen van openbaarheid en concurrentie, behalve indien de aard van de opdracht met die beginselen onverenigbaar is.”
- 9 Artikel 3, lid 1, sub c, van de gecoördineerde wet sluit van de werkingssfeer daarvan uit „samenwerkingsovereenkomsten tussen de centrale overheid van de staat enerzijds en de socialezekerheidsinstanties, de autonome gemeenschappen, de territoriale lichamen, hun autonome organen en ieder ander openbaar lichaam anderzijds, alsmede tussen deze organen onderling”.
- 10 De artikelen 141, sub a (betreffende opdrachten voor de uitvoering van werken), en 182, sub a (betreffende opdrachten voor leveringen), van de gecoördineerde wet bepalen dat gebruik kan worden gemaakt van de procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking wanneer de opdracht niet kon worden gegund in een openbare of niet-openbare procedure of wanneer de gegadigden niet zijn toegelaten om een inschrijving te doen, voorzover er geen sprake is van wijzigingen in de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht, afgezien van de prijs, die met niet meer dan 10 % mag worden verhoogd.
- 11 Artikel 182, sub g, van de gecoördineerde wet bepaalt dat gebruik kan worden gemaakt van de procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking in de procedures die goederen betreffen die uniform moeten zijn om gemeenschappelijk door de overheid te kunnen worden gebruikt, voorzover de keuze van het soort goederen waar het om gaat, vooraf en op onafhankelijke wijze is gemaakt middels een openbare inschrijving volgens de bepalingen van deze titel.

De precontentieuze procedure

- 12 Van mening dat de opeenvolgende wettelijke regelingen tot omzetting van de richtlijnen 93/36 en 93/37 in Spaans recht, gedeeltelijk onverenigbaar waren met deze richtlijnen, heeft de Commissie het Koninkrijk Spanje op 17 september 1997 een aanmaningsbrief en op 24 juli 2000 een aanvullende aanmaningsbrief gezonden.
- 13 Nadat de Commissie kennis had genomen van de haar door de Spaanse autoriteiten meegedeelde gecoördineerde wet, kwam zij tot de conclusie dat bepaalde omstreden aspecten van de omzetting waren verholpen.
- 14 Van mening dat de richtlijnen 93/36 en 93/37 echter nog steeds niet naar behoren in Spaans recht waren omgezet, zond de Commissie het Koninkrijk Spanje op 24 januari 2002 een met redenen omkleed advies en op 31 januari 2002 een aanvullend met redenen omkleed advies, met het verzoek de nodige maatregelen te nemen om binnen een termijn van twee maanden na bekendmaking van dit laatste advies daaraan te voldoen.
- 15 Aangezien zij geen genoegen kon nemen met het antwoord van het Koninkrijk Spanje op het aanvullende met redenen omkleed advies, heeft de Commissie het onderhavige beroep ingesteld.

Het beroep

- 16 Tot staving van haar beroep voert de Commissie drie grieven aan.

- 17 Met haar eerste grief verwijt de Commissie het Koninkrijk Spanje dat het privaatrechtelijke lichamen zonder meer van de werkingssfeer van de gecoördineerde wet heeft uitgesloten, hoewel zij publiekrechtelijke instellingen in de zin van artikel 1, sub b, tweede alinea, van de richtlijnen 93/36 en 93/37 kunnen zijn.
- 18 Met haar tweede grief verwijt de Commissie het Koninkrijk Spanje dat het tussen de publiekrechtelijke lichamen gesloten samenwerkingsovereenkomsten van de werkingssfeer van de gecoördineerde wet heeft uitgesloten, hoewel deze overeenkomsten overheidsopdrachten in de zin van de richtlijnen 93/36 en 93/37 kunnen zijn.
- 19 Met haar derde grief verwijt de Commissie het Koninkrijk Spanje dat het heeft toegestaan dat in twee in de richtlijnen 93/36 en 93/37 niet voorziene gevallen gebruik wordt gemaakt van de procedure van gunning via onderhandelingen, te weten het plaatsen van opdrachten nadat procedures onsuccesvol zijn verklaard, en het plaatsen van opdrachten voor de levering van uniforme goederen.

Eerste grief: privaatrechtelijke lichamen die voldoen aan de voorwaarden van artikel 1, tweede alinea, sub b, eerste, tweede en derde streepje, van de richtlijnen 93/36 en 93/37 zijn van de werkingssfeer van de gecoördineerde wet uitgesloten

Argumenten van partijen

- 20 Volgens de Commissie komt de personele werkingssfeer van de gecoördineerde wet niet overeen met die van de richtlijnen 93/36 en 93/37, aangezien de nationale

regeling uitsluitend geldt voor lichamen waarvoor het publiekrechtelijke stelsel in de zin van het Spaanse recht geldt, terwijl de rechtsvorm van het betrokken lichaam losstaat van de definitie van „publiekrechtelijke instelling” in deze richtlijnen.

- 21 Onder verwijzing naar het arrest van 15 januari 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. (C-44/96, Jurispr. blz. I-73, punten 17-35), brengt de Commissie in herinnering dat volgens het Hof onder „publiekrechtelijke instelling” moet worden verstaan een instelling die aan de drie cumulatieve criteria van artikel 1, sub b, tweede alinea, van richtlijn 93/37 voldoet.
- 22 Met een beroep op bepaalde arresten van het Hof (met name de arresten van 20 september 1988, Beentjes, 31/87, Jurispr. blz. 4635, en 10 november 1998, BFI Holding, C-360/96, Jurispr. blz. I-6821), betoogt de Commissie dat het in artikel 1 van de richtlijnen 93/36 en 93/37 omschreven begrip aanbestedende dienst een functionele uitlegging moet krijgen.
- 23 Bovendien betoogt zij dat de uitlegging die de Spaanse regering van het begrip „publiekrechtelijke instelling” geeft, meebrengt dat een gemeenschapsrechtelijk begrip zijn autonomie verliest die tot een uniforme uitlegging in de gehele Gemeenschap moet leiden.
- 24 De Spaanse regering kiest voor een letterlijke uitlegging van het begrip „publiekrechtelijke instelling”. Zij betoogt dat de richtlijnen 93/36 en 93/37 niet gelden voor de handelsvennootschappen die door de overheid worden gecontroleerd. Tot staving van haar redenering verwijst zij naar 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), waarin onderscheid wordt gemaakt tussen het begrip

„publiekrechtelijk lichaam” dat identiek is in de richtlijnen inzake overheidsopdrachten, en het begrip „openbaar bedrijf” waarvan de definitie overeenkomt met die van een openbare handelsvennootschap.

- 25 Voorts wijst de Spaanse regering elke oplossing van algemene strekking van de hand. Zij betoogt dat een werkelijke afbakening van het begrip „publiekrechtelijke instelling” pas mogelijk is na afbakening van het begrip „behoeften van algemeen belang”, en vooral na afbakening van wat „andere dan die van industriële of commerciële aard” betekent met betrekking tot deze behoeften, wat van geval tot geval in bijzonderheden moet worden onderzocht.
- 26 De Commissie antwoordt dat richtlijn 93/38 een bijzondere regeling is en dat het uitzonderingskarakter ervan zich ertegen verzet dat zij zou worden gebruikt bij de uitlegging van bepalingen van algemene aard, in casu de richtlijnen 93/36 en 93/37.

Beoordeling door het Hof

- 27 Volgens vaste rechtspraak geldt voor het begrip „publiekrechtelijke instelling”, een gemeenschapsrechtelijk begrip dat een autonome en eenvormige uitlegging in de gehele Gemeenschap moet krijgen, een functionele omschrijving waarbij uitsluitend wordt uitgegaan van de drie in artikel 1, sub b, tweede alinea, van de richtlijnen 93/36 en 93/37 genoemde cumulatieve voorwaarden (zie in die zin arrest Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., reeds aangehaald, punten 20 en 21; arresten van 12 december 2002, *Universale-Bau e.a.*, C-470/99, Jurispr. blz. I-11617, punten 51-53; 15 mei 2003, *Commissie/Spanje*, C-214/00, Jurispr. blz. I-4667, punten 52 en 53, en 16 oktober 2003, *Commissie/Spanje*, C-283/00, Jurispr. blz. I-11697, punt 69).

- 28 Daaruit volgt dat voor de beantwoording van de vraag of een privaatrechtelijk lichaam eventueel als publiekrechtelijke instelling is aan te merken, alleen moet worden nagegaan of de betrokken entiteit voldoet aan de drie cumulatieve voorwaarden van artikel 1, sub b, tweede alinea, van de richtlijnen 93/36 en 93/37, aangezien het privaatrechtelijke statuut van die entiteit op zich geen criterium is aan de hand waarvan de kwalificatie ervan als aanbestedende dienst in de zin van deze richtlijnen, kan worden uitgesloten (arrest van 15 mei 2003, Commissie/Spanje, reeds aangehaald, punten 54, 55 en 60).
- 29 Het Hof heeft bovendien gepreciseerd dat deze uitlegging niet neerkomt op miskenning van de industriële of commerciële aard van de behoeften van algemeen belang waarin de betrokken entiteit voorziet, aangezien dat element noodzakelijkerwijs in aanmerking wordt genomen bij de beoordeling of de betrokken entiteit al dan niet voldoet aan de voorwaarde van artikel 1, sub b, tweede alinea, eerste streepje, van de richtlijnen 93/36 en 93/37 (zie in die zin arrest van 16 oktober 2003, Commissie/Spanje, reeds aangehaald, punt 75).
- 30 Aan deze conclusie wordt bovendien evenmin afgedaan door het ontbreken van een uitdrukkelijke verwijzing in de richtlijnen 93/36 en 93/37 naar de specifieke categorie van „openbare bedrijven”, die nochtans in richtlijn 93/38 wordt gebruikt (zie in die zin arrest van 16 oktober 2003, Commissie/Spanje, reeds aangehaald, punt 76).
- 31 Uit het voorgaande volgt dus dat de Spaanse regeling een onjuiste omzetting vormt van het begrip „aangebestedende dienst” in artikel 1, sub b, van de richtlijnen 93/36 en 93/37, voorzover zij privaatrechtelijke lichamen van de werkingssfeer daarvan uitsluit hoewel deze aan de voorwaarden van artikel 1, sub b, tweede alinea, eerste, tweede en derde streepje, van deze richtlijnen kunnen voldoen.
- 32 In die omstandigheden moet de eerste grief van de Commissie worden aanvaard.

Tweede grief: samenwerkingsovereenkomsten tussen publiekrechtelijke instellingen zijn van de werkingssfeer van de gecoördineerde wet uitgesloten

Argumenten van partijen

- 33 De Commissie constateert dat de gecoördineerde wet samenwerkingsovereenkomsten tussen de algemene overheid op staatsniveau enerzijds en de socialezekerheidsinstanties, de autonome gemeenschappen, territoriale lichamen, hun autonome organen en ieder ander openbaar lichaam anderzijds, alsmede tussen deze instellingen, van zijn werkingssfeer uitsluit. Volgens haar vormt deze absolute uitsluiting een onjuiste omzetting van de richtlijnen 93/36 en 93/37 omdat bepaalde van deze overeenkomsten van dezelfde aard kunnen zijn als de onder die richtlijnen vallende overheidsopdrachten.
- 34 Zij betoogt dat deze uitsluiting in de richtlijnen 93/36 en 93/37 niet is vermeld.
- 35 De Commissie beroept zich op de definitie van opdracht in artikel 1, sub a, van de richtlijnen 93/36 en 93/37 en op de rechtspraak van het Hof volgens welke ten bewijze van het bestaan van een opdracht, moet worden nagegaan of er een overeenkomst is gesloten tussen twee afzonderlijke personen (arrest van 18 november 1999, Teckal, C-107/98, Jurispr. blz. I-8121, punt 49). Zij meent derhalve dat samenwerkingsovereenkomsten tussen overheidsinstanties, gelet op bovenbedoelde elementen, opdrachten in de zin van de richtlijnen 93/36 en 93/37 kunnen zijn.
- 36 De Spaanse regering beklemtoont dat overeenkomsten de normale wijze zijn waarop publiekrechtelijke instellingen onderling verhoudingen aangaan. Zij betoogt dat deze verhoudingen in de marge van de markt liggen. Bovendien vraagt zij zich af of het

arrest Teckal juist is en betoogt zij dat het beginsel dat is opgenomen in artikel 6 van 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), impliciet in de andere richtlijnen betreffende overheidsopdrachten is opgenomen.

Beoordeling door het Hof

- 37 Volgens de definities in de artikelen 1, sub a, van de richtlijnen 93/36 en 93/37 veronderstelt een overheidsopdracht voor leveringen of voor de uitvoering van werken het bestaan van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tussen een leverancier of aannemer enerzijds, en een aanbestedende dienst in de zin van artikel 1, sub b, van deze richtlijnen anderzijds, die betrekking heeft op de aankoop van producten of op de uitvoering van een bepaald soort werken.
- 38 Volgens artikel 1, sub a, van richtlijn 93/36 volstaat in beginsel, dat de overeenkomst is gesloten tussen een territoriaal lichaam en een persoon die daar rechtens van onderscheiden is. Dit zou slechts anders zijn wanneer het territoriale lichaam op de betrokken persoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen (arrest Teckal, reeds aangehaald, punt 50).
- 39 Aangezien de definitie van een opdracht in de richtlijnen 93/36 en 93/37, afgezien van het voorwerp van de betrokken opdracht, dezelfde elementen omvat, moet de in het reeds aangehaalde arrest Teckal gekozen oplossing op de onder richtlijn 93/37 vallende overeenkomsten tussen overheidsinstanties worden toegepast.

- 40 Voorzover dus de betrokken Spaanse regeling de verhoudingen die zijn aangegaan tussen overheidsinstanties, hun openbare organen, en in het algemeen niet-commerciële publiekrechtelijke lichamen, ongeacht de aard van deze verhoudingen, a priori uitsluit van de werkingssfeer van de gecoördineerde wet, vormt zij geen juiste omzetting van de richtlijnen 93/36 en 93/37.
- 41 In die omstandigheden moet de tweede grief van de Commissie worden aanvaard.

Derde grief: gebruikmaking van de procedure van gunning via onderhandelingen is in de gecoördineerde wet voorzien in twee gevallen die niet zijn voorzien bij de richtlijnen 93/36 en 93/37

- 42 De Commissie staat op het standpunt dat volgens de gecoördineerde wet gebruik kan worden gemaakt van de procedure van gunning via onderhandelingen in twee gevallen die niet zijn voorzien in de richtlijnen 93/36 en 93/37: het plaatsen van opdrachten nadat procedures onsuccesvol zijn verklaard, en het plaatsen van opdrachten voor de levering van uniforme goederen.
- Eerste onderdeel van de derde grief: het plaatsen van opdrachten nadat procedures onsuccesvol zijn verklaard

Argumenten van partijen

- 43 De Commissie meent dat de artikelen 141, sub a, en 182, sub a, van de gecoördineerde wet, voorzover zij toestaan dat de prijs van de aanvankelijke

inschrijving met 10 % wordt verhoogd ten opzichte van de voorafgaande openbare of niet-openbare procedure, inbreuk maken op de richtlijnen 93/36 en 93/37 omdat zij toestaan dat een van de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht, te weten de prijs, wezenlijk wordt gewijzigd.

- 44 De Commissie betoogt dat de lijst van gevallen waarin gebruik mag worden gemaakt van de procedure van gunning via onderhandelingen limitatief is. Zij leidt daaruit af dat het begrip „niet-wezenlijke wijziging” restrictief moet worden uitgelegd.
- 45 De Spaanse regering verwijt de Commissie dat zij niet heeft aangegeven welke prijswijziging als wezenlijk moet worden aangemerkt en welke verhoging niet als zodanig hoeft te worden aangemerkt. Zij betoogt dat de Spaanse wetgever het onbepaalde begrip „wezenlijke wijziging van de oorspronkelijke voorwaarden van de overeenkomst” om redenen van rechtszekerheid precies heeft afgebakend.
- 46 De Commissie antwoordt hierop dat zij in het kader van een beroep wegens niet-nakoming niet gehouden is om de grenzen van de inbreuk te bepalen noch om de maatregelen te vermelden waarmee een einde kan worden gemaakt aan de verweten niet-nakoming. Bovendien betoogt zij dat het doel van de nationale wetgever om de in de richtlijn gebruikte begrippen nader te bepalen niet mag leiden tot de niet-toepassing ervan.

Beoordeling door het Hof

- 47 Zoals uit met name de twaalfde overweging van de considerans van richtlijn 93/36 en uit de achtste overweging van de considerans van richtlijn 93/37 volgt, heeft de procedure van gunning via onderhandelingen het karakter van een uitzondering en

kan zij slechts worden toegepast in de limitatief opgesomde gevallen. In deze optiek noemen de artikelen 6, lid 3, sub a, van richtlijn 93/36 en 7, lid 3, sub a, van richtlijn 93/37 limitatief de gevallen waarin gebruik kan worden gemaakt van de procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht.

48 Volgens vaste rechtspraak moeten afwijkingen van regels die beogen te verzekeren dat de door het Verdrag op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken erkende rechten kunnen worden waargenomen, strikt worden uitgelegd (arresten van 18 mei 1995, Commissie/Italië, C-57/94, Jurispr. blz. I-1249, punt 23, en 28 maart 1996, Commissie/Duitsland, C-318/94, Jurispr. blz. I-1949, punt 13). Omdat anders de betrokken richtlijnen hun nuttige werking wordt ontnomen, mogen de lidstaten dus niet bepalen dat gebruik mag worden gemaakt van de procedure van gunning via onderhandelingen in gevallen die niet in deze richtlijnen zijn voorzien, of aan de gevallen die in deze richtlijnen uitdrukkelijk zijn voorzien nieuwe voorwaarden verbinden waardoor gebruikmaking van die procedure gemakkelijker wordt.

49 In casu kan niet worden ontkend dat de artikelen 141, sub a, en 182, sub a, van de gecoördineerde wet, waar zij toestaan dat gebruik wordt gemaakt van de procedure van gunning via onderhandelingen wanneer de opdracht niet kon worden geplaatst volgens een openbare of niet-openbare procedure of de gegadigden niet zijn toegelaten om een inschrijving te doen, en de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk worden gewijzigd, afgezien van de prijs die met niet meer dan 10 % mag worden verhoogd, aan genoemde bepalingen van de richtlijnen 93/36 en 93/37 een nieuwe voorwaarde verbinden die de strekking en het uitzonderingskarakter daarvan afzwakt. Een dergelijke voorwaarde kan immers niet worden aangemerkt als een niet-wezenlijke wijziging van de oorspronkelijke voorwaarden van opdrachten, zoals artikel 6, lid 3, sub a, van richtlijn 93/36 en artikel 7, lid 3, sub a, van richtlijn 93/37 vereisen.

50 In die omstandigheden moet worden vastgesteld dat de artikelen 141, sub a, en 182, sub a, van de gecoördineerde wet artikel 6, lid 3, sub a, van richtlijn 93/36 en artikel 7, lid 3, sub a, van richtlijn 93/37 niet naar behoren omzetten.

- Tweede onderdeel van de derde grief: het plaatsen van een opdracht voor de levering van uniforme goederen

Argumenten van partijen

- 51 De Commissie betoogt dat de procedure van artikel 182, sub g, van de gecoördineerde wet schending oplevert van artikel 6, leden 2 en 3, van richtlijn 93/36, waarin de gevallen zijn opgesomd waarin de procedure van gunning via onderhandeling mag worden gevolgd.
- 52 In casu bepaalt de Spaanse wettelijke regeling dat gebruik mag worden gemaakt van de procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking indien het goederen betreft waarvan is verklaard dat zij uniform moeten zijn voor gemeenschappelijk gebruik ervan door de overheid. Gebruik van deze procedure is mogelijk indien het soort goederen vooraf en op onafhankelijke wijze middels openbare inschrijving is gekozen.
- 53 De Spaanse regering betoogt dat de openbare inschrijvingen voor de keuze van het soort uniforme goederen gelijkenis vertonen met kaderovereenkomsten.
- 54 Bovendien stelt deze regering dat de betrokken openbare inschrijvingen in geen enkel opzicht verschillen van de opdrachten die worden geplaatst na een overeenkomst of een kaderovereenkomst zoals voorzien in een ander artikel van de gecoördineerde wet, waarop de Commissie geen aanmerkingen had. Zij komt derhalve tot de slotsom dat dit in overeenstemming is met de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten.

- 55 Na de definitie van kaderovereenkomsten in herinnering te hebben gebracht, betoogt de Commissie dat deze overeenkomsten niet onder richtlijn 93/36 vallen.

Beoordeling door het Hof

- 56 Wat het plaatsen van opdrachten voor leveringen van uniforme goederen betreft zoals bedoeld in artikel 182, sub g, van de gecoördineerde wet, kan slechts in de in artikel 6, leden 2 en 3, van richtlijn 93/36 limitatief opgesomde gevallen gebruik worden gemaakt van de procedure van gunning via onderhandelingen. Lid 4 van dit artikel vermeldt overigens dat „de aanbestedende diensten in alle andere gevallen [...] voor het plaatsen van opdrachten voor leveringen gebruik[maken] van de openbare of van de niet-openbare procedure”.
- 57 De betrokken bepaling die door de Spaanse wetgever is ingevoerd, voldoet noch aan het geval dat in artikel 6, lid 2, van richtlijn 93/36 is genoemd, noch aan een van de vijf in lid 3 van dat artikel genoemde situaties, waarin het gebruik van de procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht uitdrukkelijk is toegestaan. Bovendien dient te worden beklemtoond dat het begrip „kaderovereenkomst” niet binnen de werkingsfeer van deze uitzonderingen valt.
- 58 Voorts moeten volgens vaste rechtspraak de bepalingen die afwijkingen toestaan van de voorschriften die de effectiviteit beogen te waarborgen van de door het Verdrag toegekende rechten op het gebied van overheidsopdrachten voor leveringen, strikt worden uitgelegd (arrest van 17 november 1993, Commissie/Spanje, Jurispr. blz. I-5923, punt 36). Derhalve moeten de lidstaten bewijzen dat hun regeling een getrouwe omzetting vormt van de in de richtlijn uitdrukkelijk voorziene gevallen. In casu heeft de Spaanse regering dit bewijs niet geleverd.

- 59 Voorzover de betrokken wettelijke regeling toestaat dat in procedures die de levering van goederen betreffen die uniform moeten zijn voor gemeenschappelijk gebruik ervan door de overheid, gebruik wordt gemaakt van de procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking, wanneer de keuze van het soort goed waarom het gaat vooraf middels openbare inschrijving is gemaakt, vormt zij geen juiste omzetting van artikel 6, leden 2 en 3, van richtlijn 93/36.
- 60 In die omstandigheden moet de derde grief van de Commissie worden aanvaard.
- 61 Gelet op een en ander, dient te worden vastgesteld dat het Koninkrijk Spanje de krachtens de richtlijnen 93/36 en 93/37 op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen, door deze richtlijnen niet naar behoren in zijn nationale rechtsorde te hebben omgezet, en in het bijzonder,
- door de privaatrechtelijke instellingen die voldoen aan de in artikel 1, sub b, tweede alinea, eerste, tweede en derde streepje, van deze beide richtlijnen gestelde voorwaarden, bij artikel 1, lid 3, van de gecoördineerde wet van de werkingssfeer daarvan uit te sluiten,

 - door de samenwerkingsovereenkomsten tussen de overheidsinstanties en de overige openbare lichamen en derhalve ook de overeenkomsten die overheidsopdrachten in de zin van deze richtlijnen zijn, bij artikel 3, lid 1, sub c, van de gecoördineerde wet volledig van de werkingssfeer daarvan uit te sluiten,

- door bij de artikelen 141, sub a, en 182, sub a en g, van de gecoördineerde wet toe te staan dat in twee gevallen die in genoemde richtlijnen niet zijn voorzien, gebruik wordt gemaakt van de procedure van gunning via onderhandelingen.

Kosten

- ⁶² Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voorzover dit is gevorderd. Aangezien het Koninkrijk Spanje in het ongelijk is gesteld, moet het overeenkomstig de vordering van de Commissie worden verwezen in de kosten.

Het Hof van Justitie (Tweede kamer) verklaart:

- 1) Door richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, en 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, niet naar behoren in zijn nationale rechtsorde te hebben omgezet, en in het bijzonder,**

- door **privaatrechtelijke instellingen die voldoen aan de in artikel 1, sub b, tweede alinea, eerste, tweede en derde streepje, van deze beide**

richtlijnen gestelde voorwaarden, uit te sluiten van de werkingssfeer van de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (wet inzake het plaatsen van overheidsopdrachten) van 16 juni 2000, in de gecoördineerde versie van Real Decreto Legislativo 2/2000 van 16 juni 2000, meer bepaald bij artikel 1, lid 3, van die wet,

- **door de samenwerkingsovereenkomsten tussen de overheidsinstanties en de overige openbare lichamen en derhalve ook de overeenkomsten die overheidsopdrachten in de zin van deze richtlijnen zijn, bij artikel 3, lid 1, sub c, van deze wet volledig van de werkingssfeer daarvan uit te sluiten, en**

- **door bij de artikelen 141, sub a, en 182, sub a en g, van de gecoördineerde wet toe te staan dat in twee gevallen die in genoemde richtlijnen niet zijn voorzien, gebruik wordt gemaakt van de procedure van gunning via onderhandelingen,**

is het Koninkrijk Spanje de krachtens deze richtlijnen op hem rustende verplichtingen niet nagekomen.

2) Het Koninkrijk Spanje wordt verwezen in de kosten.

ondertekeningen