

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

V. TRSTENJAK

van 28 maart 2007<sup>1</sup>

**I — Inleiding**

1. Aan de onderhavige zaak ligt een niet-nakomingsprocedure ten grondslag, die de Commissie krachtens artikel 228, lid 2, tweede alinea, EG heeft ingesteld tegen de Bondsrepubliek Duitsland. Met haar beroep verzoekt de Commissie het Hof vast te stellen dat de Bondsrepubliek Duitsland de ingevolge artikel 228, lid 1, EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen door niet de maatregelen te nemen die nodig zijn ter uitvoering van het arrest van het Hof van Justitie van 10 april 2003 in de gevoegde zaken C-20/01 en C-28/01, Commissie/Duitsland, betreffende de aanbesteding van een opdracht voor de afvalwaterbehandeling door de gemeente Bockhorn en de aanbesteding van een opdracht voor de verwerking van afval door de stad Braunschweig.<sup>2</sup>

2. In genoemd arrest heeft het Hof verklaard dat, doordat de gemeente Bockhorn de aanbesteding van de opdracht voor de behandeling van haar afvalwater niet had aangekondigd en de uitslag van de procedure niet had bekendgemaakt in het supplement op het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen, de Bondsrepubliek Duits-

land bij de gunning van deze overheidsopdracht voor dienstverlening de verplichtingen niet was nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 8, junctis de artikelen 15, lid 2, en 16, lid 1, 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.<sup>3</sup> Voorts heeft het Hof geoordeeld dat de stad Braunschweig zonder voorafgaande aankondiging was overgegaan tot onderhandse aanbesteding van een opdracht voor verwerking van haar afval, hoewel niet was voldaan aan de voorwaarden van artikel 11, lid 3, van richtlijn 92/50 voor de onderhandse aanbesteding van opdrachten zonder aanbesteding in de gehele Gemeenschap.

3. De onderhavige zaak draait om de vraag welke conclusies de Bondsrepubliek Duitsland had moeten trekken uit het arrest van 10 april 2003, teneinde te voldoen aan haar verplichting om de situatie weer in overeenstemming met het gemeenschapsrecht te brengen. Terwijl de Commissie van mening is dat de privaatrechtelijke contracten die aanvankelijk voor een duur van ten minste

1 — Oorspronkelijke taal: Sloveens.

2 — Arrest van 10 april 2003, Commissie/Duitsland (C-20/01 en C-28/01, Jurispr. blz. I-3609).

3 — 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).

30 jaar waren gesloten, hadden moeten worden ontbonden, verwerpt de Bondsrepubliek Duitsland een dergelijke verplichting met, in wezen, een beroep op het door artikel 2, lid 6, van richtlijn 89/665/EEG<sup>4</sup> aan de lidstaten toegekende recht om de bevoegdheden van de voor beroepsprocedures verantwoordelijke instantie te beperken tot het toekennen van schadevergoeding.

opmerkingen in te dienen, een met redenen omkleed advies uit waarin de punten worden gepreciseerd waarop de betrokken lidstaat het arrest van het Hof van Justitie niet is nagekomen.

## II — Rechtskader

### 4. Artikel 228 EG luidt:

„1. Indien het Hof van Justitie vaststelt dat een lidstaat een der krachtens dit Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen, is deze staat gehouden die maatregelen te nemen welke nodig zijn ter uitvoering van het arrest van het Hof van Justitie.

Indien de betrokken lidstaat de maatregelen ter uitvoering van het arrest van het Hof niet binnen de door de Commissie vastgestelde termijn heeft genomen, kan de Commissie de zaak voor het Hof van Justitie brengen. Zij vermeldt het bedrag van de door de betrokken lidstaat te betalen forfaitaire som of dwangsom die zij in de gegeven omstandigheden passend acht.

Indien het Hof van Justitie vaststelt dat de betrokken lidstaat zijn arrest niet is nagekomen, kan het deze staat de betaling van een forfaitaire som of een dwangsom opleggen.

[...]”

2. Indien de Commissie van oordeel is dat de betrokken lidstaat deze maatregelen niet heeft genomen, brengt zij, nadat zij deze staat de mogelijkheid heeft geboden zijn

5. Artikel 2, lid 6, van richtlijn 89/665 bepaalt het volgende:

„De gevolgen van de uitoefening van de in lid 1 bedoelde bevoegdheden voor een overeenkomst die na de gunning van een opdracht is gesloten, worden door het nationale recht bepaald.

4 — Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB L 395, blz. 33).

Behalve indien vóór de toekenning van schadevergoeding een besluit vernietigd moet worden, kan een lidstaat bepalen dat na de sluiting van een overeenkomst ingevolge de gunning van een opdracht, de bevoegdheden van de voor beroepsprocedures verantwoordelijke instantie beperkt blijven tot het toekennen van schadevergoeding aan een ieder die door een schending werd gelaedeerd.”

2) Doordat de stad Braunschweig (Duitsland) zonder voorafgaande aankondiging is overgegaan tot onderhandse aanbesteding van een opdracht voor verwerking van haar afval, hoewel niet was voldaan aan de voorwaarden van artikel 11, lid 3, van richtlijn 92/50 voor de onderhandse aanbesteding van opdrachten zonder aanbesteding in de gehele Gemeenschap, is de Bondsrepubliek Duitsland bij de gunning van deze overheidsopdracht voor dienstverlening de verplichtingen niet nagekomen die op haar rusten krachtens de artikelen 8 en 11, lid 3, sub b, van die richtlijn.”

### III — Voorgeschiedenis van de zaak

A — *Het arrest in de gevoegde zaken C-20/01 en C-28/01*

6. In de punten 1 en 2 van het dictum van zijn arrest van 10 april 2003 in de gevoegde zaken C-20/01 en C-28/01, Commissie/Duitsland, heeft het Hof van Justitie verklaard:

„1) Doordat de gemeente Bockhorn (Duitsland) de aanbesteding van de opdracht voor de behandeling van haar afvalwater niet heeft aangekondigd en de uitslag van de procedure niet heeft bekendgemaakt in het supplement op het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*, is de Bondsrepubliek Duitsland bij de gunning van deze overheidsopdracht voor dienstverlening de verplichtingen niet nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 8, junctis de artikelen 15, lid 2, en 16, lid 1, 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.

7. Voor een uitgebreide weergave van de feiten en het verloop van de procedure in beide zaken verwijs ik naar de tekst van dit arrest.<sup>5</sup>

B — *De precontentieuze procedure in zaak C-503/04*

8. Bij brief van 27 juni 2003 heeft de Commissie de Duitse regering verzocht om haar op de hoogte te stellen van de ter uitvoering van het hiervoor genoemde arrest Commissie/Duitsland genomen maatregelen. In een nota van 7 augustus 2003 heeft de bondsregering geantwoord dat de Bonds-

<sup>5</sup> — Arrest van 10 april 2003, Commissie/Duitsland (aangehaald in voetnoot 2, punten 6-20).

republiek Duitsland de inbreuken steeds heeft erkend en de nodige maatregelen heeft genomen om herhaling ervan te voorkomen. Zij zou daarentegen niet gehouden zijn de twee litigieuze contracten te ontbinden.

9. Bij brief van 17 oktober 2003 heeft de Commissie de Duitse autoriteiten verzocht om binnen een termijn van twee maanden hun opmerkingen in te dienen.

10. In haar nota van 23 december 2003 heeft de Duitse regering herhaald dat de Bondsrepubliek Duitsland de inbreuken steeds heeft erkend en de nodige maatregelen heeft genomen om herhaling ervan te voorkomen. Zij had de regering van het Land Niedersachsen bovendien in een schrijven van begin december 2003 gemaand, de geldende aanbestedingsregels na te leven, en verzocht mee te delen welke maatregelen waren genomen om dergelijke inbreuken in de toekomst te vermijden. Voorts heeft de bondsregering verwezen naar § 13 van de op 1 februari 2001 in werking getreden Duitse verordening inzake aanbestedingen, waarin wordt voorzien in de nietigheid van de door de aanbestedende dienst gesloten contracten wanneer de afgewezen inschrijvers niet uiterlijk 14 dagen vóór de gunning van de opdracht op de hoogte zijn gebracht van de sluiting van deze contracten. Zij heeft ook

haar standpunt herhaald, dat het gemeenschapsrecht geen ontbinding verlangt van de twee contracten waarnaar het arrest Commissie/Duitsland verwijst.

11. Bij schrijven van 1 april 2004 heeft de Commissie een met redenen omkleed advies aan de Bondsrepubliek uitgebracht, waarin zij benadrukte dat, aangezien de litigieuze contracten nog decennialang effect blijven sorteren, niet kan worden volstaan met het voorkomen van dergelijke inbreuken in toekomstige aanbestedingsprocedures. De uitvoering van het arrest van 10 april 2003 vereiste haars inziens maatregelen ter beëindiging van de verdragsschending in de in het arrest behandelde aanbestedingen. Hiertoe heeft de Commissie een termijn vastgesteld van twee maanden vanaf de ontvangst van het schrijven. De Bondsrepubliek Duitsland heeft geantwoord bij brief van 7 juni 2004, waarin zij haar standpunt heeft bekrachtigd.

12. Van mening dat de Bondsrepubliek niet de ter uitvoering van het arrest Commissie/Duitsland vereiste maatregelen heeft genomen, heeft de Commissie op 7 december 2004 bij het Hof het onderhavige beroep ingesteld.

#### **IV — Procesverloop voor het Hof**

13. In zijn oorspronkelijke formulering strekte het beroep van de Commissie in de

eerste plaats ertoe vast te stellen dat de Bondsrepubliek Duitsland haar verplichtingen krachtens artikel 228, lid 1, EG niet is nagekomen door niet de maatregelen te nemen die voortvloeien uit het arrest van 10 april 2003 in de gevoegde zaken C-20/01 en C-28/01, Commissie/Duitsland, betreffende de aanbesteding van een opdracht voor de afvalwaterbehandeling door de gemeente Bockhorn en de plaatsing van een opdracht voor de verwerking van afval door de stad Braunschweig. In de tweede plaats strekte het beroep tot veroordeling van de Bondsrepubliek, aan de Commissie op de rekening „Eigen middelen van de Europese Gemeenschap” een dwangsom te betalen ten bedrage van 31 680 EUR per dag vertraging bij het nemen van de maatregelen die nodig zijn om bovengenoemd arrest uit te voeren met betrekking tot de aanbesteding van een opdracht voor de afvalwaterbehandeling door de gemeente Bockhorn, en ten bedrage van 126 720 EUR per dag vertraging bij het nemen van de maatregelen die nodig zijn om bovengenoemd arrest uit te voeren met betrekking tot de aanbesteding van een opdracht voor de verwerking van afval door de stad Braunschweig. Bovendien heeft de Commissie verzocht om verwijzing van de Bondsrepubliek in de kosten.

14. Tijdens de schriftelijke procedure werden de litigieuze contracten ontbonden. In haar verweerschrift van 14 februari 2005, neergelegd ter griffie van het Hof op 15 februari 2005, heeft de Bondsrepubliek Duitsland laten weten dat de gemeente Bockhorn en de betrokken onderneming op 3 januari 2005 een overeenkomst hadden gesloten tot ontbinding van het contract voor afwaterbehandeling. In datzelfde verweerschrift heeft zij verzocht het beroep te

verwerpen, subsidiair, de werking in de tijd van een veroordelend arrest te beperken tot de toekomst, alsmede de Commissie in de kosten te verwijzen.

15. In haar repliek van 26 april 2005 heeft de Commissie verklaard, haar beroep en haar verzoek om oplegging van een dwangsom met betrekking tot deze grief niet langer te willen handhaven.

16. De Bondsrepubliek Duitsland heeft in haar dupliek van 28 juli 2005 medegedeeld dat inmiddels (op 4 en 5 juli 2005) ook de stad Braunschweig het betrokken contract had ontbonden, en verzocht de gehele procedure krachtens artikel 92, lid 2, juncto artikel 91, leden 3 en 4, van het Reglement voor de procesvoering te beëindigen, alsmede de doorhaling van de zaak in het register te gelasten, subsidiair, het beroep in zijn geheel niet-ontvankelijk te verklaren. Voor alle zekerheid heeft de Bondsrepubliek Duitsland gesteld dat een veroordeling tot betaling van een forfaitaire som om redenen van formeel en materieel recht niet langer in aanmerking komt.

17. In haar opmerkingen van 6 december 2005 heeft de Commissie hierop gereageerd met de aankondiging dat zij haar oorspronkelijke beroep nog enkel handhaafde voor zover het strekte tot vaststelling dat de Bondsrepubliek Duitsland op de betrokken datum niet heeft voldaan aan het arrest van Hof wat het door de stad Braunschweig

gesloten contract betreft. Verder achtte de Commissie, gelet op de ontbinding achteraf van dit tweede contract, een veroordeling tot betaling van een dwangsom niet meer nodig. In diezelfde opmerkingen wees de Commissie erop dat de veroordeling tot betaling van een forfaitaire som weliswaar nog mogelijk is, maar dat zij een desbetreffende vordering onder de gegeven omstandigheden niet opportuur achtte.

18. Bij beschikking van 6 juni 2005 van de president van het Hof zijn het Koninkrijk der Nederlanden, de Franse Republiek en de Finse Republiek krachtens artikel 93, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering als interveniënten ter ondersteuning van de Bondsrepubliek Duitsland toegelaten.

19. Op 7 december 2006 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden, waaraan de Bondsrepubliek Duitsland en de Franse Republiek hebben deelgenomen.

#### **V — Middelen en voornaamste argumenten**

20. De Bondsrepubliek Duitsland voert verschillende middelen aan met betrekking tot de ontvankelijkheid van het beroep en is bovendien van mening dat het beroep ongegrond is.

#### *A — Ontvankelijkheid van het beroep*

##### 1. Toelaatbaarheid van de procedure

21. De *Duitse regering* betoogt om te beginnen dat de Commissie geen procesbelang heeft, aangezien zij heeft verzuimd een verzoek in te dienen tot interpretatie van het arrest overeenkomstig artikel 102 van het Reglement voor de procesvoering. Het geschil met betrekking tot de vraag welke gevolgen het arrest Commissie/Duitsland moet hebben, had moet worden beslecht door middel van een dergelijk verzoek en niet door de instelling van een beroep krachtens artikel 228 EG. Bovendien is het onmiddellijke verzoek tot oplegging van een dwangsom zonder een voorafgaand interpretatieverzoek in strijd met het evenredigheidsbeginsel.

22. De *Commissie* baseert haar beroep op het feit dat de Bondsrepubliek Duitsland niet de uit het arrest van 10 april 2003 voortvloeiende maatregelen heeft genomen. Ingevolge artikel 228, lid 1, EG was zij hiertoe verplicht geweest. Het Hof heeft in dat arrest de bevoegdheid van de Commissie erkend om inbreuken van lidstaten op hun gemeenschapsrechtelijke verplichtingen — bijvoorbeeld door in strijd met het aanbestedingsrecht langlopende contracten te sluiten —

langs de weg van een niet-nakomingsprocedure te laten vaststellen, zodat deze inbreuken worden beëindigd.

23. De Commissie bestrijdt dat het geschil had kunnen worden beslecht door het indienen van een verzoek tot interpretatie van het arrest overeenkomstig artikel 102 van het Reglement voor de procesvoering. In de op grond van artikel 226 EG ingestelde procedure die tot het arrest van 10 april 2003 heeft geleid, heeft het Hof een niet-nakoming vastgesteld. Een dergelijke vaststelling is de enig mogelijke inhoud van een arrest dat het beroep toewijst, aangezien het niet aan Hof is zich uit te spreken over de maatregelen die een lidstaat ten gevolge van dit arrest moet nemen.

## 2. Wegvallen van het voorwerp van het beroep

24. De *Duitse regering* geeft in overweging om de procedure overeenkomstig artikel 92, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering te beëindigen, omdat de voorwaarden voor toepassing van deze bepaling zijn vervuld. Zowel het contract met betrekking tot de afvalwaterbehandeling van de gemeente Bockhorn als het contract voor de verwerking van afval van de stad Braunschweig, waarvan het voortbestaan de Commissie ertoe heeft gebracht de procedure in te leiden, is ontbonden. Hierdoor is het beroep thans zonder voorwerp en behoeft er niet meer op te worden beslist.

25. Subsidiair betoogt de Duitse regering dat het beroep wegens het ontbreken van procesbelang als niet-ontvankelijk dient te worden verworpen, aangezien er sinds de ontbinding van de litigieuze contracten geen grond meer is om het door het Hof in de gevoegde zaken C-20/01 en C-28/01 gewezen arrest uit te voeren. In het kader van een krachtens artikel 228, lid 2, EG ingesteld beroep hangt de vraag of er nog steeds sprake is van procesbelang namelijk af van de datum van de laatste terechtzitting en niet van het einde van de in het met redenen omkleed advies vastgestelde termijn.

26. De *Nederlandse regering* sluit zich aan bij de argumenten van de Duitse regering en geeft het Hof in overweging het beroep als niet-ontvankelijk te verwerpen wegens het ontbreken van procesbelang, aangezien het na de ontbinding van het door de stad Braunschweig gesloten afvalverwerkingscontract zonder voorwerp is geraakt.

27. De *Commissie* is van mening dat zowel in de procedure krachtens artikel 228, lid 2, EG als in de procedure krachtens artikel 226 EG de ontvankelijkheid van het beroep afhangt van het bestaan van een niet-nakoming op het moment waarop de in het met redenen omkleed advies vastgestelde termijn voor de lidstaat afloopt. Wanneer de lidstaat de uit het arrest van het Hof voortvloeiende maatregelen niet binnen die termijn heeft genomen, kan de Commissie zich tot het Hof wenden. Een beroep dat bij de instelling ervan ontvankelijk was, kan zijn ontvankelijkheid niet door latere gebeurtenissen verliezen.

28. De Commissie betoogt in het onderhavige geval een belang te hebben bij de beantwoording van de vraag of de Bondsrepubliek Duitsland op het relevante tijdstip, waarop het door de stad Braunschweig gesloten contract nog gold, het in de gevoegde zaken C-20/01 en C-28/01 gewezen arrest reeds had uitgevoerd. Volgens haar is dit niet geval, aangezien uit dit arrest een verplichting tot ontbinding van het contract voortvloeide. In deze bijzondere omstandigheden acht de Commissie het noodzakelijk om het beroep te handhaven.

te beïnvloeden. Bovendien heeft de in richtlijn 89/665/EG voorziene beroepsprocedure een specifiekere doelstelling dan de niet-nakomingsprocedure.

30. De *Duitse regering* acht het beroep daarentegen ongegrond, aangezien zij de in haar mededeling van 23 december 2003 vermelde maatregelen toereikend vindt voor de uitvoering van het voornoemde arrest. De noodzakelijke en volgens haar toereikende maatregelen zijn de op het niveau van het Land en de Bund gegeven uitdrukkelijke instructies tot nauwgezette naleving van de toepasselijke aanbestedingsregels.

#### B — *Gegrontheid van het beroep*

29. Wat de gegrondheid van het beroep betreft, borduurt de *Commissie* met haar betoog in wezen voort op haar argumenten met betrekking tot de ontvankelijkheid. Zij is van mening dat de Bondsrepubliek Duitsland onvoldoende maatregelen heeft genomen om het voornoemde arrest uit te voeren, aangezien zij het door de stad Braunschweig gesloten contract niet binnen de in het met redenen omkleed advies vastgestelde termijn heeft ontbonden. De verplichting van een lidstaat om een door het Hof vastgestelde inbreuk te beëindigen, en de bevoegdheden van de Commissie om dit te bewerkstelligen, zijn in artikel 228 EG, dat wil zeggen in het primaire recht, neergelegd. Artikel 2, lid 6, van richtlijn 89/665 kan als bepaling van afgeleid gemeenschapsrecht de draagwijdte van deze verplichting op geen enkele manier

31. Voorts is de Duitse regering van mening, hierin gesteund door de *Nederlandse*, de *Franse* en de *Finse* regering, dat de vaststelling van een niet-nakoming krachtens 226 EG niet de verplichting met zich kan brengen om een uit de aanbesteding van een opdracht voortvloeiend contract te ontbinden. Aan een dergelijke uitlegging staat in de eerste plaats artikel 2, lid 6, van richtlijn 89/665 in de weg, welke bepaling de lidstaten in staat stelt om de bevoegdheden van de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instantie na het sluiten van het contract te beperken tot het toekennen van schadevergoeding aan eenieder die door een onjuiste gedraging van de aanbestedende dienst benadeeld is. Krachtens deze bepaling kunnen bijgevolg de door de aanbestedende diensten gesloten contracten in stand blijven. Aangezien de Bondsrepubliek Duitsland van deze mogelijkheid gebruik heeft gemaakt, staat het gemeenschapsrecht niet in de weg aan de geldigheid van de aangegane ver-



plichtingen. Daarenboven is een verplichting tot opzegging van overeenkomsten in strijd met de rechtszekerheid en het gewettigd vertrouwen, het beginsel *pacta sunt servanda*, artikel 295 EG, het fundamentele recht van eigendom, alsmede de rechtspraak van het Hof met betrekking tot de beperking in de tijd van de werking van een arrest.

34. Deze vereenvoudigde weergave van het voorwerp van het geschil doet evenwel onvoldoende recht aan de juridische complexiteit ervan, temeer omdat deze zaak vragen opwerpt die rechtstreeks zowel de ontvankelijkheid als de gegrondheid van het beroep betreffen.

#### A — *Ontvankelijkheid van het beroep*

32. De Duitse regering wijst er verder op dat krachtens Duits recht en op grond van de relevante bedingen in de contracten, deze niet of enkel met een buitensporig hoog aansprakelijkheidsrisico kunnen worden opgezegd.

##### 1. Toelaatbaarheid van de procedure

35. De eerste vraag heeft betrekking op de grief die de Duitse regering ontleent aan de toelaatbaarheid van een krachtens artikel 228, lid 2, tweede alinea, EG door de Commissie ingesteld niet-nakomingsberoep. Volgens de Duitse regering had de Commissie eerst overeenkomstig artikel 102 van het Reglement voor de procesvoering een verzoek tot interpretatie van het arrest in de gevoegde zaken C-20/01 en C-28/01 moeten indienen. Voorts acht zij het onmiddellijke verzoek tot oplegging van een dwangsom zonder een voorafgaand interpretatieverzoek in strijd met het evenredigheidsbeginsel.

## VI — **Juridische beoordeling**

33. Zoals ik in het begin reeds heb opgemerkt, draait de onderhavige zaak om de vraag welke conclusies de Bondsrepubliek Duitsland had moeten trekken uit het arrest van 10 april 2003, teneinde te voldoen aan haar verplichting om de situatie weer in overeenstemming met het gemeenschapsrecht te brengen.

36. Mijns inziens vindt dit standpunt geen steun in de verdragen en is het tevens onverenigbaar met de procesregels van de Gemeenschap. Deze opvatting lijkt op een verkeerd begrip van de aard van het niet-

nakomingsberoep van artikel 228, lid 2, tweede alinea, EG te berusten, die ik dan ook nader zal belichten.

verkrijgen over de toepassing, de uitvoering en de gevolgen ervan.<sup>6</sup>

37. Ik wil om te beginnen opmerken dat het communautaire procesrecht generlei voorrang verleent aan een verzoek tot interpretatie van een arrest boven het beroep krachtens artikel 228, lid 2, tweede alinea, EG. Ook wordt hierin de instelling van een beroep door de Commissie niet afhankelijk gesteld van het indienen van een dergelijk verzoek. De verschillende procedures voor het Hof van Justitie verschillen in hun voorwaarden en doelstellingen van elkaar, zodat zij als in beginsel zelfstandig moeten worden aangemerkt en enkel op grond van hun specificiteit in het concrete geval andere procedures kunnen verdringen.

38. Ingevolge artikel 102 van het Reglement voor de procesvoering moet het verzoek tot interpretatie van een arrest betrekking hebben op de interpretatie van het dictum in samenhang met de belangrijkste rechtsoverwegingen, en moet het ertoe strekken, een eventuele onduidelijkheid of dubbelzinnigheid in de betekenis en strekking van het arrest zelf voor juist het daarin berechte geval op te heffen. Volgens de rechtspraak van het Hof is een verzoek tot interpretatie van een arrest bijgevolg niet toelaatbaar, wanneer het vragen betreft die in het betrokken arrest niet beslist zijn, of wanneer het verzoek bedoeld is om van de rechter die het arrest heeft gewezen, een advies te

39. In de onderhavige zaak verschillen de Commissie en de Duitse regering van mening over de vraag of het arrest van 10 april 2003 voor de Bondsrepubliek Duitsland de rechtsplicht met zich bracht om de dienstencontracten te ontbinden. In een dergelijk geval kan het beroep van de Commissie enkel worden opgevat als een verzoek tot verkrijging van een voor beide partijen bindende vaststelling van het Hof met betrekking tot de toepassing en de uitvoering respectievelijk de gevolgen van het gewezen arrest. Voorwerp van geschil is namelijk niet een eventuele onduidelijkheid of dubbelzinnigheid van dat arrest, maar de wijze waarop de Bondsrepubliek Duitsland een gerechtelijke beslissing in de praktijk dient uit te voeren. Gelet op de in de rechtspraak geformuleerde criteria, zou een eventueel verzoek krachtens artikel 102 van het Reglement voor de procesvoering bijgevolg niet-ontvankelijk moeten worden verklaard wegens het ontbreken van een beslissing die een interpretatie rechtvaardigt.

40. Aanvullend wil ik verwijzen naar de opmerkingen van advocaat-generaal Geel-

6 — Zie arresten van 28 juni 1955, Assider/Hoge Autoriteit (5/55, Jurispr. blz. 285); 7 april 1965, Hoge Autoriteit/Collotti en Hof van Justitie (70/63, Jurispr. blz. 346), en 13 juli 1966, Williams/Commissie van de EGA (110/63, Jurispr. blz. 432); beschikkingen Hof van 29 september 1983, Rekenkamer/Williams (9/81, Jurispr. blz. 2859), en Alvarez/Parlement (206/81 bis, Jurispr. blz. 2865); 11 december 1986, Suss/Commissie (25/86, Jurispr. blz. 3929), en 20 april 1988, Maindiaux e.a./ESC e.a. (146/85 en 431/85, Jurispr. blz. 2003), en beschikking Gerecht van 14 juli 1993, Raiola-Denti e.a./Raad, (T-22/91, Jurispr. blz. II-817, punt 6).

hoed in de zaak Commissie/Frankrijk, dat elke verplichting om een arrest van het Hof uit te voeren vragen over de implicaties van dat arrest met zich kan brengen; in voorkomend geval moeten deze vragen worden beantwoord tijdens de procedure van artikel 228 EG.<sup>7</sup> Ik kan de advocaat-generaal in dezen slechts bijvallen, temeer omdat de niet-nakomingsprocedure door haar declatoire aard uitsluitend gericht is op de vaststelling door de rechter van een schending van het Verdrag.<sup>8</sup>

41. Door de beperking tot de vaststelling van de niet-nakoming kan het voor de betrokken lidstaten onder omstandigheden lastig zijn te bepalen welke concrete maatregelen de ongedaanmaking ervan vereist. In dergelijke gevallen streeft het Hof ernaar om in de rechtsoverwegingen van zijn arrest nadere aanwijzingen te verschaffen over de grenzen waarbinnen de betwiste maatregel nog als verdragsconform valt aan te merken.<sup>9</sup> Daarboven kan het Hof ook in het dictum richtsnoeren voor de interpretatie verschaf-

fen door de vastgestelde niet-nakoming ruimer of beperkter te definiëren.<sup>10</sup> Uit het feit dat de bevoegdheden van het Hof in een niet-nakomingsprocedure beperkt zijn, kan dus niet de conclusie worden getrokken dat het in zijn arrest in het geheel geen algemene uitspraken mag doen met betrekking tot de aard en de omvang van de regularisatiemogelijkheden in een bepaald geval. Vóór de toelaatbaarheid van een dergelijke handelwijze pleiten de bewoordingen van artikel 228 EG, dat de lidstaten uitdrukkelijk verplicht om die maatregelen te nemen welke nodig zijn ter uitvoering van het arrest van het Hof van Justitie.<sup>11</sup>

42. De omvang van deze op de lidstaten rustende verplichting kunnen procespartijen dus in beginsel door enkele uitlegging van het betrokken arrest bepalen, zonder dat hiervoor een verzoek tot interpretatie overeenkomstig artikel 102 van het Reglement voor de procesvoering nodig is.

43. Uit het voorgaande volgt dat de niet-nakomingsprocedure krachtens artikel 228 EG wel degelijk de juiste weg is om eventuele vragen te beantwoorden over de verplichting van een lidstaat om een arrest van het Hof uit te voeren.<sup>12</sup> Op grond van haar specificiteit verdringt zij elke andere procedure,

7 — Conclusie van advocaat-generaal Geelhoed van 24 november 2005 in de zaak Commissie/Franse Republiek (C-177/04, Jurispr. 2006, blz. I-2461, punt 43).

8 — Arrest van 18 november 2004, Commissie/Duitsland (C-126/03, Jurispr. blz. I-11197, punten 25 en 26); conclusie van advocaat-generaal Reischl van 11 september 1979 in de zaak Frankrijk/Verenigd Koninkrijk (141/78, Jurispr. 1979, blz. 2946). Schütz, H.-J., Bruha, T. en König, D., *Casebook Europarecht*, Beck, München 2004, blz. 333; Cremer, W., in Callies en Ruffert (Uitg.), *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, artikel 228, punt 1. P. en U. Karpenstein merken in Grabitz en Hilf (Uitg.), *Das Recht der Europäischen Union*, deel III, artikel 228 EG, punt 6, op dat het arrest als vaststellingsarrest noch een executorialie titel is, noch de juridische situatie kan wijzigen. Overeenkomstig artikel 228, lid 1, EG, brengt de vaststelling van een niet-nakoming voor de betrokken lidstaat de verplichting met zich om deze te beëindigen. Het Hof is evenwel niet bevoegd om zelf de met het Verdrag strijdige maatregel te vernietigen of de gebrekkige lidstaat te verplichten deze schending ongedaan te maken.

9 — Arrest van 12 juli 1973, Commissie/Duitsland (70/72, Jurispr. blz. 829, punt 13).

10 — Burgi, M., in *Handbuch des Rechtsschutzes der Europäischen Union (Litig. Rengeling/Middeke/Gellermann)*, 2e druk, Beck, München 2003, § 6, punt 49.

11 — Karpenstein, P. en Karpenstein, U., in Grabitz en Hilf (Uitg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Band III, art. 228 EG, punt 6.

12 — Zie Fernández Martín, J. M., *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*, Clarendon Press, Oxford, 1996, blz. 220.

óók het verzoek tot interpretatie, zodat niet hoeft te worden stilgestaan bij de evenredigheid van een dergelijk beroep.

2. Het beroep krachtens artikel 228, lid 2, EG en de bezwaarprocedure van artikel 3 van richtlijn 89/665

44. Voor zover de Duitse regering het optreden van de Commissie tegen een beweerde voortdurende schending van het gemeenschapsrecht langs de weg van een beroep krachtens artikel 228, lid 2, EG bestrijdt met een verwijzing naar zowel de nationale controle- en sanctie maatregelen als naar de bijzondere bezwaarprocedure van artikel 3 van richtlijn 89/665, is het desbetreffende betoog in eerste instantie als een exceptie van niet-ontvankelijkheid van dit beroep op te vatten.

45. Hier moet tegenin worden gebracht dat de aanpassing van het nationale recht van de lidstaten aan de bepalingen van richtlijn 89/665 geen invloed heeft op maatregelen die de Commissie neemt krachtens artikel 226.<sup>13</sup> Bestaat het vermoeden van een schending van het gemeenschapsrecht door een aanbestedende dienst, dan kan de Commissie, ambtshalve en los van nationale maatregelen krachtens de omgezette richtlijn

13 — Frenz, W., *Handbuch Europarecht, Band 3, Beihilfe- und Vergaberecht*, Springer-Verlag, Berlin/Heidelberg 2007, punt 3399, blz. 1016.

89/665, tegen de betrokken lidstaat een niet-nakomingsprocedure overeenkomstig artikel 226 EG inleiden.<sup>14</sup> Tegen een verdringing van de niet-nakomingsprocedure pleit namelijk niet alleen de voorrang van het primaire recht boven de bepalingen van afgeleid recht van richtlijn 89/665, maar ook het verschil in functie van de hierin geregelde mechanismen van rechtmatigheidscontrole.<sup>15</sup>

46. Artikel 2, lid 6, van richtlijn 89/665/EEG verleent de lidstaten weliswaar de bevoegdheid om de nationale rechtsbescherming na het sluiten van een contract te beperken tot schadevergoeding voor door een dergelijke schending benadeelde personen. Dit kan echter niet betekenen dat het optreden van een aanbestedende dienst in ieder geval in overeenstemming met het gemeenschapsrecht moet worden geacht.<sup>16</sup> Enkel het Hof is namelijk bevoegd om in het kader van een niet-nakomingsprocedure vast te stellen of er al dan niet sprake is van de beweerde schending van het Verdrag.<sup>17</sup>

47. Verder heeft het Hof in zijn arrest Commissie/Ierland vastgesteld dat de procedure van artikel 3 van richtlijn 89/665, die de

14 — Seidel, L., in Dausies (Uitg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, IV., punt 173.

15 — Bitterich, K., „Kein ‚Bestandsschutz‘ für vergaberechtswidrige Verträge gegenüber Aufsichtsmaßnahmen nach Artikel 226 EG”, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 16e jaar (2005), nr. 4, blz. 164.

16 — Arrest van 9 september 2004, Commissie/Duitsland (C-125/03, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 15).

17 — Arrest Commissie/Duitsland (aangehaald in voetnoot 16, punt 15).

Commissie de bevoegdheid verleent om op te treden tegen een lidstaat wanneer zij van oordeel is dat er sprake is van een duidelijke en ondubbelzinnige schending van de communautaire voorschriften op het gebied van de aanbesteding van overheidsopdrachten, een preventieve maatregel is die niet kan derogeren aan of in de plaats kan treden van de bevoegdheden van de Commissie krachtens artikel 226 EG.<sup>18</sup>

48. De procedure van artikel 3 van richtlijn 89/665 beoogt de lidstaten de gelegenheid te geven om voorzienbare schendingen van de aanbestedingsregels te vermijden en aldus juridisch eenduidige gevallen vooraf op te lossen, mede ter ontlasting van de Commissie. Hiermee worden in duidelijke gevallen langdurige en omslachtige niet-nakomingsprocedures voorkomen.<sup>19</sup>

49. Door hun specifieke functie in het stelsel van controle van de rechtmatigheid van

aanbestedingsprocedures verschillen beide procedures weer wat de voorwaarden betreft waaronder zij kunnen worden ingeleid, want anders dan de bezwaarprocedure vereist de niet-nakomingsprocedure niet een duidelijke en ondubbelzinnige schending<sup>20</sup>, maar enkel een niet-naleving van een communautaire verplichting.<sup>21</sup> Dit is ook de reden waarom de verschillende fasen van de procedures niet uitwisselbaar zijn, hoewel zij gelijklopen wat hun structuur betreft: het met redenen omkleed advies van artikel 226 EG en de opmerkingen van de lidstaat naar aanleiding van dit advies kunnen niet worden vervangen door een procedure overeenkomstig artikel 3 van richtlijn 89/665, maar zijn noodzakelijke fasen in de aanloop naar een beroep bij het Hof. Omgekeerd worden de door artikel 226 aan de Commissie verleende bevoegdheden niet door de procedure van artikel 3 van de richtlijn geblokkeerd.<sup>22</sup>

50. Hieraan moet worden toegevoegd dat de bezwaarprocedure geen instrument is dat een beroep bij het Hof mogelijk maakt. Aangezien de handhaving van het gemeen-

18 — Zie arrest van 17 december 1998, Commissie/Ierland (C-353/96, Jurispr. blz. I-8565, punt 22), alsmede de conclusie van advocaat-generaal Alber van 16 juli 1998 in dezelfde zaak (Jurispr. blz. I-8565, punt 18); arresten van 28 oktober 1999, Commissie/Oostenrijk (C-328/96, Jurispr. blz. I-7479, punt 57); 24 januari 1995, Commissie/Nederland (C-359/93, Jurispr. blz. I-157, punt 13), en 4 mei 1995, Commissie/Griekenland (C-79/94, Jurispr. blz. I-1071, punt 11).

19 — Seidel, I., in Dausen (Uitg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, IV., punt 164, Frenz, W., *Handbuch Europarecht, Band 3, Beihilfe- und Vergaberecht*, Springer-Verlag, Berlin/Heidelberg 2007, punt 3407, blz. 1019. Dit volgt uit de achtste overweging van de considerans van richtlijn 89/665, volgens welke de Commissie, wanneer zij van oordeel is dat tijdens een aanbestedingsprocedure een duidelijke en kennelijke schending heeft plaatsgevonden, de aandacht van de bevoegde autoriteiten van de betrokken lidstaat en van de betrokken aanbestedende dienst daarop moet kunnen vestigen, zodat passende maatregelen worden genomen om een beweerde schending snel ongedaan te maken.

20 — Ingevolge artikel 3, lid 1, van richtlijn 89/665 kan de Commissie de procedure van dit artikel hanteren, wanneer zij vóór de sluiting van een overeenkomst van oordeel is dat er tijdens een aanbestedingsprocedure die valt onder de richtlijnen 71/305/EEG en 77/162/EEG, een duidelijke en kennelijke schending van de communautaire voorschriften inzake overheidsopdrachten heeft plaatsgevonden.

21 — Arrest Commissie/Nederland (aangehaald in voetnoot 18, punt 14).

22 — Conclusie van advocaat-generaal Tesouro van 17 november 1994 bij het arrest Commissie/Nederland (aangehaald in voetnoot 18, punten 4 e.v.).

schapsrecht echter steeds een rechterlijke toetsing door het Hof vereist, kan het niet de bedoeling van de communautaire wetgever zijn geweest om een dergelijke toetsing uit te sluiten door de niet-nakomingsprocedure te passeren.

51. Wat de bevoegdheden van de Commissie betreft, als hoedster van het Verdrag is zij niet verplicht om eerst gebruik te maken van de bezwaarprocedure. Het staat haar vrij om zich tot het Hof te wenden, wanneer volgens haar een lidstaat een verplichting van het Verdrag niet is nagekomen en haar met redenen omkleed advies niet opvolgt.<sup>23</sup>

52. Hetzelfde geldt mijns inziens voor de procedure krachtens artikel 228, lid 2, EG. Deze door het Verdrag van Maastricht in het primaire recht opgenomen procedure is in procesrechtelijk opzicht geschoeid op de leest van artikel 226 EG. Zij biedt het Hof thans de mogelijkheid om niet alleen de niet-uitvoering van het eerste arrest vast te stellen, maar ook om de betrokken lidstaat de betaling van een forfaitaire som of een dwangsom op te leggen. Het doel van de procedure van artikel 228, lid 2, EG is de recalcitrante lidstaat door financiële sancties te bewegen tot uitvoering van een arrest waarin een inbreuk is vastgesteld.<sup>24</sup> De

controlemaatregelen die de Commissie op grond van richtlijn 89/665 kan nemen, zijn er daarentegen op gericht schendingen van het gemeenschapsrecht in een zo vroeg mogelijk stadium te voorkomen. Bijgevolg sluiten de mechanismen van het primaire en secundaire recht elkaar niet uit, maar vullen elkaar aan teneinde de regelmatigheid van de handelingen van de lidstaten te verzekeren.<sup>25</sup>

53. Bijgevolg kan de Duitse regering haar exceptie van niet-ontvankelijkheid niet baseren op de in richtlijn 89/665 opgenomen controle- en sanctiemechanismen.

3. Ontbrekend procesbelang en wegval van het voorwerp van geding

54. In dupliek betoogt de Duitse regering dat voor het na de repliek van de Commissie van 26 april 2005 verblijvende deel van het voorwerp van het geding het procesbelang is komen te vervallen, aangezien de lidstaat Bondsrepubliek Duitsland op grond van het inmiddels ontbonden afvalverwerkingscontract tussen de stad Braunschweig en de Braunschweigische Kohlebergwerke (hierna: „BKB”) niet meer door de oplegging van een dwangsom of van een forfaitaire som

23 — Zie, met betrekking tot schending van de verplichting tot omzetting van richtlijnen, arresten van 11 augustus 1995, Commissie/Duitsland (C-433/93, Jurispr. blz. I-2303, punt 22), en 5 november 2002, Commissie/België (C-471/98, Jurispr. blz. I-9681, punt 39), en arrest Commissie/Duitsland (aangehaald in voetnoot 2, punt 30).

24 — Conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer van 28 september 1999 in de zaak C-387/97 (Commissie/Griekenland, Jurispr. blz. I-5047, punt 58).

25 — In zijn commentaar op het arrest van 10 april 2003 in de gevoegde zaken C-20/01 en C-28/01, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 2003*, blz. 566, spreekt P. Kalbe van de tweesporigheid van de rechtsbescherming bij schendingen van de EG-aanbestedingsrichtlijnen.

tot een gedragswijziging hoeft te worden aangezet. Zij verzoekt de procedure te beëindigen, subsidiair, het beroep wegens niet-ontvankelijkheid te verwerpen, aangezien na de ontbinding van de litigieuze contracten thans geen verdere stappen nodig zijn voor de uitvoering van het arrest van het Hof in de gevoegde zaken C-20/01 en C-28/01. Hiertoe stelt zij dat bij de beoordeling van de vraag of er nog sprake is van procesbelang, in het kader van een beroep krachtens artikel 228, lid 2, EG de datum van de laatste terechtzitting doorslaggevend is.

55. Ik deel deze opvatting niet. Volgens vaste rechtspraak behoeft de Commissie bij de uitoefening van de haar door artikel 226 EG verleende bevoegdheden geen procesbelang aan te tonen. Zij moet immers ambtshalve in het algemeen belang erop toezien dat de lidstaten het gemeenschapsrecht toepassen en een eventuele niet-nakoming van de daaruit voortvloeiende verplichtingen doen vaststellen met het oog op de beëindiging ervan.<sup>26</sup>

56. Voorts staat het aan de Commissie te beoordelen of het opportuun is tegen een lidstaat op te treden, vast te stellen welke

bepalingen zijn geschonden, en te bepalen op welk tijdstip de niet-nakomingsprocedure wordt ingeleid; de overwegingen die haar daarbij leiden, zijn niet van invloed op de ontvankelijkheid van de vordering.<sup>27</sup>

57. Ten slotte, terwijl alleen de Commissie beoordeelt of het opportuun is een beroep wegens niet-nakoming in te stellen en te handhaven, gaat het Hof na of de gestelde niet-nakoming bestaat of niet, zonder daarbij een oordeel uit te spreken over de wijze waarop de Commissie haar beoordelingsvrijheid heeft uitgeoefend.<sup>28</sup>

58. Gelet op het voorgaande moet de op het ontbreken van procesbelang van de Commissie gebaseerde exceptie van niet-ontvankelijkheid worden afgewezen.

59. Het Hof kan krachtens artikel 92, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering ambtshalve vaststellen dat er niet meer op het beroep hoeft te worden beslist, wanneer het beroep zonder voorwerp is geraakt. Het

26 — Arresten van 8 december 2005, Commissie/Luxemburg (C-33/04, Jurispr. blz. I-10629, punt 65); 1 februari 2001, Commissie/Frankrijk (C-333/99, Jurispr. blz. I-1025, punt 23); 2 juni 2005, Commissie/Griekenland (C-394/02, Jurispr. blz. I-4713, punten 14 en 15), en 4 april 1974, Commissie/Frankrijk (167/73, Jurispr. blz. 359, punt 15), en arrest Commissie/Duitsland (aangehaald in voetnoot 2, punt 29).

27 — Arrest Commissie/Luxemburg (aangehaald in voetnoot 26, punt 66); arresten van 1 juni 1994, Commissie/Duitsland (C-317/92, Jurispr. blz. I-2039, punt 4), en 18 juni 1998, Commissie/Italië (C-35/96, Jurispr. blz. I-3851, punt 27), en arrest Commissie/Frankrijk (aangehaald in voetnoot 26, punt 24).

28 — Arrest Commissie/Luxemburg (aangehaald in voetnoot 26, punt 66), met verwijzing naar het arrest van 13 juni 2002, Commissie/Spanje (C-474/99, Jurispr. blz. I-5293, punt 25).

kan door partijen worden verzocht na te gaan of het geding zonder voorwerp is geraakt.<sup>29</sup> Een dergelijk verzoek is evenwel niet vereist. Het Hof kan namelijk ook ambtshalve de procedure beëindigen. Hierna zal ik mij buigen over de vraag of er sprake is geweest van een gebeurtenis waardoor het geding zonder voorwerp is geraakt.

60. Om te beginnen heeft de Bondsrepubliek Duitsland met de op 7 juli 2005 tussen de stad Braunschweig en BKB gesloten ontbindingsovereenkomst gevolg gegeven aan het in het met redenen omkleed advies van 30 maart 2004 opgenomen verzoek om het betwiste dienstverleningscontract te beëindigen.<sup>30</sup> De niet-nakoming is dus na afloop van de in het met redenen omkleed advies bepaalde tweemaandstermijn opgeheven, maar op een moment waarop de schriftelijke procedure voor het Hof nog niet was afgerond.

61. Procesrechtelijke pleit tegen het tenietgaan van het voorwerp van het geding, dat volgens vaste rechtspraak van het Hof het bestaan van een niet-nakoming wordt beoordeeld naar de situatie waarin de lidstaat zich bevond bij het einde van de termijn bepaald

in het met redenen omkleed advies. Een latere beëindiging van de verdragsschending wordt bijgevolg niet meer door het Hof in aanmerking genomen en doet niet af aan de ontvankelijkheid van het beroep.<sup>31</sup>

62. Dit volgt niet alleen rechtstreeks uit de bewoordingen van artikel 226 EG, maar ook uit het doel van deze fase van de precontentieuze procedure, die de lidstaat de mogelijkheid biedt om nog vóór de eventuele instelling van een beroep de inbreuk te beëindigen. Het valt evenwel te bezien of dit ook geldt voor de procedure krachtens artikel 228, lid 2, EG. Voor zover de Duitse regering met betrekking tot de vraag of het beroep zonder voorwerp is geraakt, uitgaat van de datum van de laatste terechtzitting, lijkt deze rechtsopvatting in wezen te stroken met die van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in de zaak *Commissie/Griekenland*. In zijn conclusie in die zaak heeft de advocaat-generaal opgemerkt dat het doel van de procedure van artikel 228, lid 2, EG niet is opnieuw een niet-nakoming vast te stellen, maar de recalcitrante lidstaat te bewegen tot uitvoering van een arrest waarin een inbreuk is vastgesteld. Aangezien de datum van de terechtzitting of, bij gebreke hiervan, de periode tot de sluiting van de

29 — Arrest van 9 oktober 2001, Italië/Commissie (C-400/99, Jurispr. blz. I-7303, punten 49-65).

30 — Zie bladzijde 4 van het met redenen omkleed advies dat de Commissie overeenkomstig artikel 228 EG aan de Bondsrepubliek Duitsland heeft gezonden wegens het niet nemen van de maatregelen die nodig zijn ter uitvoering van het arrest van het Hof van Justitie van 10 april 2003 in de gevoegde zaken C-20/01 en C-28/01, Commissie/Duitsland, betreffende de aanbesteding van een opdracht voor de afvalwaterbehandeling door de gemeente Bockhorn en de aanbesteding van een opdracht voor de verwerking van afval door de stad Braunschweig.

31 — Arresten van 18 juli 2006, Commissie/Italië (C-119/04, Jurispr. blz. I-6885, punten 27 en 28); 7 maart 2002, Commissie/Spanje (C-29/01, Jurispr. blz. I-2503, punt 11); 15 maart 2001, Commissie/Frankrijk (C-147/00, Jurispr. blz. I-2387, punt 26); 21 juni 2001, Commissie/Luxemburg (C-119/00, Jurispr. blz. I-4795, punt 14); 30 november 2000, Commissie/België (C-384/99, Jurispr. blz. I-10633, punt 16); 3 juli 1997, Commissie/Frankrijk (C-60/96, Jurispr. blz. I-3827, punt 15); 17 september 1996, Commissie/Italië (C-289/94, Jurispr. blz. I-4405, punt 20), en 12 december 1996, Commissie/Italië (C-302/95, Jurispr. blz. I-6765, punt 13).



schriftelijke procedure de laatste gelegenheid vormt voor opmerkingen van de verwerende lidstaat over de mate waarin hij aan zijn verplichtingen heeft voldaan, en van de Commissie over de hoogte en de modaliteiten van de op te leggen financiële sanctie, zou hiervan moeten worden uitgegaan.<sup>32</sup>

63. Ik deel deze rechtsopvatting, maar enkel voor zover het gaat om de beoordeling van de noodzaak om een dwangsom op te leggen aan een gebrekkige lidstaat in een concreet geval. Met betrekking tot het verzoek om vaststelling van de niet-uitvoering van een arrest waarin een niet-nakoming is vastgesteld, zal daarentegen onverminderd de einddatum van de in het met redenen omkleed advies vastgestelde termijn doorslaggevend moeten zijn. Dit is kennelijk ook het uitgangspunt van het Hof geweest in zijn laatstelijk gewezen arrest C-119/04, Commissie/Italië, waarin het beide verzoeken los van elkaar behandelt uitgaande van de telkens relevante referentiedatum.<sup>33</sup>

32 — Conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in de zaak Commissie/Griekenland (aangehaald in voetnoot 24, punten 57-59).

33 — Arrest Commissie/Italië (aangehaald in voetnoot 31). Om te beginnen stelt het Hof vast (punten 27-32) dat Italië bij het einde van de in het met redenen omkleed advies bepaalde termijn nog niet alle maatregelen had genomen voor de uitvoering van het arrest van 26 juni 2001, Commissie/Italië (C-212/99, Jurispr. blz. I-4923). Vervolgens (punten 33-46) gaat het Hof na of voldaan is aan de voorwaarden voor de oplegging van een dwangsom, en, in het bijzonder, of de verweten niet-nakoming tot en met het moment van zijn onderzoek van de feiten heeft voortgeduurd. Zie ook arrest van 12 juli 2005, Commissie/Frankrijk (C-304/02, Jurispr. blz. I-6263, punten 30 en 31) en arrest Commissie/Frankrijk (aangehaald in voetnoot 7, punten 20 en 21).

64. Bijgevolg kan de ontbinding achteraf van het afvalverwerkingscontract in de in casu bepleite opvatting mijns inziens niet worden beschouwd als een gebeurtenis waardoor het geding zonder voorwerp is geraakt in de zin van artikel 92, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering. Derhalve moet ook deze exceptie van niet-ontvankelijkheid worden verworpen.

## B — *Gegronde van het beroep*

1. Voortduren van de gevolgen van de schending van de aanbestedingsregelingen

65. Een beroep krachtens artikel 228, lid 2, EG is gegrond wanneer de lidstaat ten aanzien waarvan in een arrest van het Hof is vastgesteld dat hij zijn verplichtingen uit het Verdrag niet is nagekomen, heeft verzuimd de uit het arrest voortvloeiende maatregelen te nemen. Ingevolge artikel 228, lid 1, EG is deze lidstaat gehouden de met het gemeenschapsrecht strijdige situatie te beëindigen. Deze verplichting tot handelen strekt zich ook uit tot de organen van alle territoriale lichamen van de veroordeelde lidstaat.<sup>34</sup>

66. Met betrekking tot de verdeling van de bewijslast wijs ik om te beginnen erop dat

34 — Arrest van 10 maart 1987 in de zaak 199/85 (Commissie/Italië, Jurispr. blz. 1039, punt 16).

het volgens de rechtspraak van het Hof aan de Commissie is om in de onderhavige procedure het Hof de gegevens te verschaffen die noodzakelijk zijn om te bepalen, in hoeverre een lidstaat een niet-nakomingsarrest heeft uitgevoerd.<sup>35</sup> Verder is het, wanneer de Commissie voldoende bewijsmateriaal heeft overgelegd waaruit blijkt dat de niet-nakoming voortduurt, aan de betrokken lidstaat om de aangedragen gegevens en de gevolgen daarvan gemotiveerd en in detail te betwisten.<sup>36</sup>

67. De Commissie is van mening dat de Bondsrepubliek Duitsland haar verplichting om de in het arrest van 10 april 2003 vastgestelde inbreuken te beëindigen niet heeft vervuld. Volgens haar zijn de door de bondsregering genomen maatregelen in de vorm van uitdrukkelijke, op het niveau van het Land en de Bund gegeven instructies tot nauwgezette naleving van de toepasselijke aanbestedingsregels ontoereikend. Zij stelt zich op het standpunt dat door het in stand blijven van het tussen de stad Braunschweig en BKB gesloten afvalverwerkingscontract, de niet-nakoming heeft voortgeduurd. De Commissie baseert haar argumentatie in wezen op de punten 36 en 37 van het arrest

35 — Arresten Commissie/Italië (aangehaald in voetnoot 31, punt 41) en Commissie/Griekenland (aangehaald in voetnoot 24, punt 73).

36 — Arrest Commissie/Italië (aangehaald in voetnoot 31, punt 41), alsmede conclusie van advocaat-generaal Poitares Maduro van 26 januari 2006 in die zaak (punt 24), en arrest Commissie/Frankrijk (aangehaald in voetnoot 33, punt 56). In zijn conclusie in de zaak Commissie/Griekenland (aangehaald in voetnoot 24, punt 77) meent advocaat-generaal Ruiz-Iraboro Colomer dat het in een beroep krachtens artikel 228 EG aan de lidstaat staat om de juiste uitvoering van het niet-nakomingsarrest aan te tonen.

van het Hof. Volgens haar is ontbinding van dit contract dus de enige geëigende maatregel om de gevolgen van de schending van de aanbestedingsregels weg te nemen.

68. Wat de uitlegging van de genoemde punten van het arrest van het Hof betreft, ben ik het met de Commissie eens. Mijns inziens laat het Hof in zijn overwegingen geen twijfel erover bestaan dat de schending van het gemeenschapsrecht effect blijft sorteren zolang de in strijd met de aanbestedingsregels gesloten overeenkomst wordt uitgevoerd.<sup>37</sup>

69. Deze uitlegging strookt ook met de huidige rechtspraak van het Hof, volgens welke op het gebied van de aanbesteding van overheidsopdrachten een richtlijninbreuk eerst dan niet meer bestaat, wanneer alle gevolgen van de litigieuze aanbesteding bij het verstrijken van de termijn van het met

37 — Zie ook Heuvels, K., „Fortwirkender Richtlinienvorstoß nach De-facto-Vergaben“, *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht*, 6e jaar (2005), nr. 1, blz. 32; Bitterich, K., „Kein Bestandsschutz für vergaberechtswidrige Verträge gegenüber Aufsichtsmaßnahmen nach Artikel 226 EG“, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 16e jaar (2005), nr. 4, blz. 164; Bitterich, K., „Kündigung vergaberechtswidrig zu Stande gekommener Verträge durch öffentliche Auftraggeber“, *Neue Juristische Wochenschrift* 26/2006, blz. 1845; Prief, G., „Beendigung des Dogmas durch Kündigung: Keine Bestandsgarantie für vergaberechtswidrige Verträge“, *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht* 2006, blz. 220; Kalbe, P., „Kommentar zum Urteil des Gerichtshofs vom 10. April 2003 in den verbundenen Rechtssachen C-20/01 und C-28/01“, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht* 2003, blz. 567; Griller, P., „Qualifizierte Verstöße gegen das Vergaberecht — Der Fall St. Pölten“, *ecolex*, 2000, blz. 8; Hintersteinger, M., „Fehlerhafte Anwendung des EG-Vergaberechts am Beispiel St. Pölten — Zum Urteil des EuGH vom 28.10.1999“, *Österreichische Juristen-Zeitung* 2000, blz. 634.

redenen omkleed advies van de Commissie niet meer bestaan.<sup>38</sup> Hiervan kan niet worden uitgegaan, zolang de in strijd met het gemeenschapsrecht gesloten contracten gevolgen blijven sorteren, dus zolang deze contracten worden uitgevoerd.<sup>39</sup>

tie te beperken tot het toekennen van schadevergoeding aan eenieder die door een schending is gelaedeerd.<sup>41</sup>

## 2. Bescherming van de geldigheid van het met het aanbestedingsrecht strijdig contract

70. Aangezien het voor een duur van dertig jaar afgesloten afvalverwerkingscontract nog steeds van kracht was op de relevante referentiedatum voor de juridische beoordeling in deze zaak, kan ervan worden uitgegaan dat de in het eerste arrest vastgestelde inbreuken bleven doorwerken.<sup>40</sup> De Duitse regering bestrijdt in feite ook niet dat de litigieuze privaatrechtelijke overeenkomst ook na het arrest van 10 april 2003 rechtsgevolgen bleef hebben. Zij bestrijdt echter het bestaan van een verplichting tot opzegging, en wel op grond van de in artikel 2, lid 6, van richtlijn 89/665 verleende machtiging om de bevoegdheden van de voor beroepsprocedures verantwoordelijke instan-

71. Ik kom nu bij de vraag of de Bondsrepubliek Duitsland juridisch gehouden was het betrokken contract te ontbinden, dan wel in plaats daarvan van andere maatregelen gebruik mocht maken om aan haar verplichtingen op grond van artikel 228, lid 1, EG te voldoen.

72. Om te beginnen zijn de door de Duitse regering genomen maatregelen, namelijk de op het niveau van het Land en de Bund gegeven uitdrukkelijke instructies tot nauwgezette naleving van de toepasselijke aanbestedingsregels, alsmede het verzoek om de ter zake genomen en uitgevoerde maatregelen mee te delen, uitsluitend erop gericht toekomstige schendingen te voorkomen, en uit dien hoofde ongeschikt om een — zoals in het onderhavige geval — reeds ingetreden,

38 — Zie arrest Commissie/Duitsland (aangehaald in voetnoot 16, punt 12) met verwijzing naar het arrest Commissie/Duitsland (aangehaald in voetnoot 2, punten 34-37), alsmede arrest Commissie/Oostenrijk (aangehaald in voetnoot 18, punt 57) en arrest van 31 maart 1993, Commissie/Italië (C-362/90, Jurispr. blz. I-2353, punten 11 en 13).

39 — Arrest Commissie/Duitsland (aangehaald in voetnoot 16, punten 12 e.v.). Als zodanig reeds aangestipt in het arrest Commissie/Oostenrijk (aangehaald in voetnoot 18, punt 44).

40 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed in de gevoegde zaken Commissie/Duitsland (aangehaald in voetnoot 2, punt 57).

41 — De Bondsrepubliek Duitsland heeft hiervan gebruik gemaakt door de vaststelling van § 114, lid 2, eerste volzin, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB — wet tegen beperkingen van de mededinging) in de versie van de mededeling van 15 juli 2005 (BGBl. I blz. 2114), zoals laatstelijk gewijzigd door § 132 van de verordening van 31 oktober 2006 (BGBl. I blz. 2407). Ingevolge deze bepaling kan de gunning van een opdracht niet worden vernietigd. Krachtens § 126 van die wet kan een onderneming die wordt benadeeld door een schending van een aanbestedingsregel die tot bescherming van de inschrijvers strekt, aanspraak maken op schadevergoeding ter zake van zijn geschonden gewettigd vertrouwen.

voortdurende schending van het gemeenschapsrecht te beëindigen. Aangezien de Duitse regering het Hof niet in kennis heeft gesteld van enige andere maatregel, moet thans worden stilgestaan bij een eventuele verplichting tot ontbinding.

73. Ik acht het noodzakelijk om er vooraf op te wijzen dat een lidstaat alle vereiste maatregelen dient te nemen om een niet-nakoming te beëindigen, zonder hier welke belemmering dan ook tegenover te kunnen stellen. In het bijzonder kan een lidstaat zich volgens vaste rechtspraak van het Hof niet beroepen op interne problemen bij de uitvoering of omzetting van een gemeenschapsnorm. Dit geldt ook voor bepalingen, praktijken of situaties van zijn rechtsorde.<sup>42</sup> De Bondsrepubliek Duitsland kan er zich bijgevolg niet op beroepen dat in haar rechtsorde, anders dan in die van andere lidstaten, de aanbesteding van overheidsopdrachten civielrechtelijke trekken vertoont en de aanbestedende dienst dientengevolge de status heeft van een met de opdrachtnemer gelijkgestelde civielrechtelijke medecontractant.<sup>43</sup> Bepaalde lidstaten op grond

van de bijzonderheden van hun nationale recht een uitzonderingspositie toekennen zou indruisen tegen de noodzaak van eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht in alle lidstaten van de Europese Unie.

74. Voor zover de Duitse regering betoogt dat een ontbinding niet kan worden gevergd wegens de bescherming van het gewettigde vertrouwen van de contractpartij, moet worden opgemerkt dat zij zich beroept op de rechtsposities van derden, die echter op onrechtmatige wijze door de aanbestedende dienst zijn gecreëerd. Zoals advocaat-generaal Alber heeft benadrukt in zijn conclusie in zaak C-328/96, Commissie/Oostenrijk, kan een lidstaat zich wat zijn fundamentele verplichtingen jegens de Gemeenschap betreft, niet met een beroep op de gevolgen van zijn onrechtmatige handelen de betrokken verplichting als zodanig ter discussie stellen.<sup>44</sup> Het beginsel *pacta sunt servanda* kan bijgevolg enkel van belang zijn, wanneer het gemeenschapsrecht uitdrukkelijk de bescherming erkent van de geldigheid van contracten die in strijd met de regelingen voor overheidsopdrachten zijn gesloten.

75. Of er een verplichting bestaat om dergelijke contracten te beëindigen, is nog niet uitdrukkelijk door het Hof beantwoord. Bezie men evenwel het arrest van 10 april 2003 in het licht van de aangehaalde rechtspraak, volgens welke met het gemeen-

42 — Arresten van 2 december 1986, Commissie/België (239/85, Jurispr. blz. 3645, punt 13); 2 december 1989, Commissie/Italië (42/80, Jurispr. blz. 3635, punt 4), en 14 mei 2002, Commissie/Duitsland (C-383/00, Jurispr. blz. I-4219, punt 18).

43 — In de lidstaten met een Romeinsrechtelijke traditie wordt de gunning van overheidsopdrachten geheel door het publiekrecht beheerst. Zo is in Frankrijk, Spanje en Portugal de aanbestedingsprocedure alsmede de overeenkomst tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver onderworpen aan het publiekrecht. Bijgevolg kunnen zowel uit de aanbestedingsprocedure als uit de overeenkomst voortvloeiende geschillen enkel worden beslecht door de bestuursrechter respectievelijk de hoogste nationale bestuursrechtelijke beroepsinstantie. De gunning is dus een bestuursrechtelijk besluit. In het Duitse aanbestedingsrecht daarentegen is de gunning de civielrechtelijke aanvaarding van een aanbod. In de regel gebeurt de gunning in de vorm van een opdracht- of bevestigingsschrijven (Seidel I, in Dausen (Uitg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, IV, punten 8 en 9).

44 — Conclusie van advocaat-generaal Alber in de zaak Commissie/Oostenrijk (aangehaald in voetnoot 18, punt 83).

schapsrecht strijdige aanbestedingen generlei gevolgen meer mogen sorteren, dan pleit alles ervoor dat het Hof een verplichting tot beëindiging van het contract in beginsel zal bevestigen.<sup>45</sup>

76. De idee van het „effet utile” in de zin van de grootst mogelijk nuttige werking van aanbestedingsrichtlijnen laat ook geen andere conclusie toe. De nuttige werking is een centraal beginsel van het gemeenschapsrecht, waarvan het bijzondere belang in het kader van het aanbestedingsrecht pas duidelijk wordt bij nadere beschouwing van de legislatieve doelstelling van de aanbestedingsrichtlijnen.<sup>46</sup> Het Hof beschouwt de aanbestedingsrichtlijnen namelijk niet enkel als formele regelingen die de weg banen voor contracten, maar benadrukt tevens hun doel, verwezenlijking van het vrije verkeer van

diensten respectievelijk van goederen.<sup>47</sup> Een schending van de richtlijnen houdt bijgevolg niet op bij het sluiten van het contract, maar duurt voort totdat dit contract volledig is uitgevoerd of anderszins eindigt. Om deze rechtspraak niet van haar praktische werking te beroven, moet een in een niet-nakomingsprocedure vastgestelde inbreuk derhalve worden opgeheven door beëindiging van het contract.<sup>48</sup>

77. De verplichting om met het aanbestedingsrecht strijdige contracten te ontbinden, kan ook vanuit het oogpunt van afschrikking noodzakelijk zijn om de zorgvuldige naleving van de aanbestedingsrichtlijnen, in de zin van

45 — In zijn commentaar op het arrest van 10 april 2003 in de gevoegde zaken C-20/01 en C-28/01 (*Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht* 2003, blz. 567), betoogt P. Kalbe dat de vraag wat er uiteindelijk met de litigieuze contracten gebeurde, geen rol heeft gespeeld bij de vaststelling en de omschrijving van de niet-nakoming. Daarom zou in het arrest niet uitdrukkelijk zijn ingegaan op het uiteindelijke lot van de contracten. Niettemin volgt volgens Kalbe uit dit arrest duidelijk dat de niet-nakoming enkel kan worden beëindigd door ontbinding van de contracten en inleiding van een nieuwe aanbestedingsprocedure; zie ook Gjørtler, P., „Varemærker og udbud”, *Lov & ret*, juni 2003, blz. 33, die een overeenkomstige verplichting tot ontbinding afleidt uit het in artikel 10 EG opgenomen beginsel van gemeenschapstrouw.

46 — Lefler, H., „Damages liability for breach of EC procurement law: governing principles and practical solutions”, *Public Procurement Law Review*, nr. 4, 2003, blz. 152, 153; Pachnou, D., „Enforcement of the EC procurement rules: the standards required of national review systems under EC law in the context of the principle of effectiveness”, *Public Procurement Law Review*, nr. 2, 2000, blz. 69.

47 — Blijkens de tweede overweging van de considerans 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 (PB L 134, blz. 114) beoogt het afgeleide aanbestedingsrecht de doeltreffende verwezenlijking van de fundamentele vrijheden van ondernemers. De consideransen van de in casu toepasselijke richtlijnen 92/50 en 89/665 hebben een soortgelijke inhoud. De aanbestedingsrichtlijnen moeten bijgevolg worden opgevat als een uitdrukking van de fundamentele vrijheden. Zij zijn vastgesteld ter verzekering van de doeltreffendheid van de fundamentele vrijheden en de openstelling van de aanbesteding van overheidsopdrachten voor mededinging op communautaire schaal. Ook het Hof heeft reeds in een vroeg stadium verklaard dat de aanbestedingsrichtlijnen — en hiermee het aanbestedingsrecht als zodanig — de daadwerkelijke verwezenlijking van de fundamentele vrijheden tot doel hebben. Zie arresten Commissie/Italië (aangehaald in voetnoot 34, punt 12); arresten van 12 februari 1982, Commissie/Luxemburg (76/81, Jurispr. blz. 417, punt 7); 3 oktober 2000, University of Cambridge (C-380/98, Jurispr. blz. I-8035, punt 16), en 18 oktober 2001, SIAC (C-19/00, Jurispr. blz. I-7725, punt 32).

48 — Bitterich, K., „Kein ‚Bestandsschutz’ für vergaberechtswidrige Verträge gegenüber Aufsichtsmaßnahmen nach Artikel 226 EG”, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 16e jaar (2005), blz. 165; Frenz, W., *Handbuch Europarecht, volume 3, Beihilfe- und Vergaberecht*, Springer-Verlag, Berlin/Heidelberg 2007, punt 3394 e.v., blz. 1015; in „Qualifizierte Verstöße gegen das Vergaberecht — Der Fall St. Pölten” (*ecolex*, 2000, blz. 8), is S. Griller van mening dat een overeenkomstige verplichting tot ontbinding van met het aanbestedingsrecht strijdige contracten kan voortvloeien uit bepaalde omstandigheden, echter enkel voor zover de contractuele verhoudingen met de verkozen inschrijver een dergelijke ontbinding toelaten.

een effectieve handhaving van het gemeenschapsrecht, te verzekeren. Lidstaten die het aanbestedingsrecht ontduiken, zouden bij gebreke van doeltreffende sancties onder omstandigheden ertoe kunnen neigen, door hun eigen handelen voldongen feiten in het leven te roepen.<sup>49</sup> Daarmee zou de met het gemeenschapsrecht strijdige situatie worden voortgezet.

78. Gelet op de oorspronkelijke duur van dertig jaar van het afvalverwerkingscontract is deze maatregel in casu ook proportioneel. Gezien deze lange looptijd kon deze contractuele verhouding voldongen feiten creëren. Tegen een voortzetting van de met het gemeenschapsrecht strijdige situatie kon bijgevolg enkel door middel van een ontbinding worden opgetreden.

79. Artikel 2, lid 6, van richtlijn 89/665 staat niet in de weg aan een dergelijke ontbindingsverplichting. In de eerste plaats kan deze richtlijn als onderdeel van het afgeleide recht niet tot een beperking van de fundamentele vrijheden leiden. In de tweede plaats

laat de bescherming die artikel 2, lid 6, van de richtlijn biedt aan met het gemeenschapsrecht strijdige contracten ten opzichte van andere inschrijvers, in geen geval de conclusie toe dat volgens het gemeenschapsrecht in het algemeen geen verplichting bestaat om in strijd met de aanbestedingsregels gesloten contracten te beëindigen. Uit deze bepaling volgt veeleer dat een inschrijver zich in een beroepsprocedure niet kan beroepen op de eventuele verplichting van de lidstaat om de op grond van artikel 228, lid 1, EG met het aanbestedingsrecht strijdige contracten te beëindigen.<sup>50</sup> Deze bepaling is dus enkel van betekenis voor de wijze waarop de individuele rechtsbescherming tegen onrechtmatige aanbestedingsbesluiten in de lidstaten gestalte heeft gekregen.<sup>51</sup> Zij zegt niets over de bescherming van het communautaire belang, dat duidelijk van de belangen van de afgewezen inschrijvers moet worden onderscheiden.<sup>52</sup> Zij mag dit ook niet, aangezien het hogere primaire recht reeds uitputtende regels dienaangaande bevat. Dit doordachte en gedifferentieerde communautaire stelsel van rechtsbescherming tegen onrechtmatige aanbestedingsbesluiten van nationale autoriteiten houdt rekening met de verschillende belangen. Tegenover de beroepsprocedure als procedure voor de bescherming van individuele belangen staan namelijk de niet-nakomingsprocedure en de bezwaarprocedure, die tot

49 — Zie, met betrekking tot het gevaar van een onomkeerbare schending van het gemeenschapsrecht wanneer een lidstaat door eigen optreden voldongen feiten in het leven roept, Fernández Martín, J. M., *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*, Clarendon Press, Oxford 1996, blz. 157; in „Enforcing the Public Procurement Rules: Legal Remedies dans the Court of Justice and the National Courts”, *Remedies for enforcing the public procurement rules* (1993, blz. 16), betoogt S. Arrowsmith dat het ontbreken van een ontbindingsmogelijkheid de bereidheid bij de autoriteiten zou kunnen verminderen om zich aan het aanbestedingsrecht te houden. Zijns inziens bestaat het gevaar dat contracten buiten de bekendmakingsplicht om worden gesloten, ten-einde inschrijvers te ontmoedigen en hun rechtsbeschermingsmogelijkheden te beperken.

50 — Bitterich, K., „Kündigung vergaberechtswidrig zu Stande gekommener Verträge durch öffentliche Auftraggeber”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 26/2006, blz. 1846.

51 — Pachnou, D., „Enforcement of the EC procurement rules: the standards required of national review systems under EC law in the context of the principle of effectiveness”, *Public Procurement Law Review*, nr. 2, 2000, blz. 57, 58.

52 — In „Fehlerhafte Anwendung des EG-Vergaberechts am Beispiel St. Pölten — Zum Urteil des EuGH vom 28.10.1999” (*Österreichische Juristen-Zeitung*, 2000, 55e jaar, nr. 17, blz. 633, 634), betoogt M. Hintersteinger dat artikel 2, lid 6, van richtlijn 89/665 een mogelijkheid is tot beperking van de aansprakelijkheid van de staat, die enkel in de verhouding tussen de lidstaat en de afgewezen inschrijvers van belang is. Deze bepaling zou derhalve als een uitzonderingsregeling moeten worden gezien. Voorts zou de richtlijn, als norm van afgeleid recht, de fundamentele verplichting van de lidstaat om de situatie weer in overeenstemming met het gemeenschapsrecht te brengen, niet kunnen beperken.

doel hebben het belang te dienen van de Gemeenschap bij het scheppen of herstellen van een rechtmatige situatie. Zoals ik reeds in het begin heb opgemerkt, verdringt de niet-nakomingsprocedure op grond van haar specificiteit de bezwaarprocedure. Aangezien de Commissie met haar niet-nakomingsberoep enkel het algemeen belang verdedigt, moeten de voorschriften van de beroepsprocedure, inclusief artikel 2, lid 6, van richtlijn 89/665, als irrelevant voor de onderhavige zaak worden aangemerkt.

van een schadevergoedingsactie voor de nationale rechterlijke instanties voor moeilijkheden geplaatst, aangezien hij niet alleen moet bewijzen dat hij schade heeft geleden, maar ook dat de beste inschrijving van hemzelf afkomstig was. Daarenboven doet zich geregeld het moeilijke probleem voor van de bepaling van het schadebedrag.<sup>54</sup>

80. Los hiervan zou ontbinding van het contract gevolgd door een nieuwe aanbesteding, vanuit het oogpunt van een zo doeltreffend mogelijke handhaving van het aanbestedingsrecht wel eens in veel gevallen het beste alternatief kunnen blijken om met de individuele belangen van de afgewezen inschrijvers rekening te houden. In de eerste plaats is voor een inschrijver de sluiting van een contract en de uitvoering ervan vaak voordeliger dan een schadevergoeding van de kant van de aanbestedende dienst.<sup>53</sup> In de tweede plaats ziet de inschrijver zich in geval

81. Voorts valt niet in te zien waarom het met het aanbestedingsrecht strijdige contract, dat immers juist de voortgezette schending van de fundamentele vrijheden belichaamt, a priori zou zijn uitgesloten van de maatregelen ter uitvoering van een niet-nakomingsarrest.<sup>55</sup>

82. Ook dit argument van de Duitse regering moet dus worden afgewezen. Ik ben derhalve van mening dat de krachtens het nationale recht bestaande mogelijkheden tot beëindiging van een contract moeten worden toegepast en uitgeput, rekening houdend met de beginselen van doeltreffendheid en gelijk-

53 — J. M. Fernández Martín (*The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*, Clarendon Press, Oxford 1996, blz. 213) en D. Pachnou („Enforcement of the EC procurement rules: the standards required of national review systems under EC law in the context of the principle of effectiveness”, *Public Procurement Law Review*, nr. 2, 2000, blz. 65) beschouwen de toekenning van schadevergoeding als het op één na beste alternatief voor de uitvoering zelf; M. Hintersteiner („Fehlerhafte Anwendung des EG-Vergaberechts am Beispiel St. Pölten — Zum Urteil des EuGH vom 28.10.1999”, *Österreichische Juristen-Zeitung*, 2000, 55e jaar, nr. 17, blz. 634) is van mening dat betaling van een eenvoudige geldelijke schadevergoeding een gebrekkige vorm van genoegdoening is. Haars inziens kan het beginsel dat restitutie in integrum prevaleert boven een geldelijke schadevergoeding, als een algemeen rechtsbeginsel gelden.

54 — H. Leffler („Damages liability for breach of EC procurement law: governing principles and practical solutions”, *Public Procurement Law Review*, nr. 4, 2003, blz. 160) wijst op de geringe kans van slagen van een inschrijver in een schadevergoedingsprocedure wegens het verlies van een overheidsopdracht; J. M. Fernández Martín (*The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*, Clarendon Press, Oxford 1996, blz. 214) herinnert eraan dat in de meeste lidstaten moet worden aangetoond dat de eiser de opdracht zou hebben gekregen of op zijn minst een redelijke kans had de opdracht te krijgen. Wordt dit bewijs niet geleverd, dan wijst de rechter schadevergoeding af. De auteur acht het onwaarschijnlijk dat een eiser deze horde kan nemen.

55 — S. Arrowsmith („Enforcing the Public Procurement Rules: Legal Remedies in the Court of Justice and the National Courts”, *Remedies for enforcing the public procurement rules*, 1993, blz. 8) is van mening dat een lidstaat na een niet-nakomingsprocedure door het Hof kan worden verplicht tot ontbinding van het contract dat in strijd is met het aanbestedingsrecht.

waardigheid van de rechtsmiddelen die ter beschikking staan voor de handhaving van het gemeenschapsrecht.<sup>56</sup> Het feit dat zowel de stad Braunschweig als de gemeente Bockhorn erin is geslaagd zich in de loop van de procedure voor het Hof van hun contractuele verplichtingen te bevrijden, weerlegt ook het door de Duitse regering ingenomen standpunt dat de contractuele verplichtingen niet of slechts op straffe van een onevenredig hoog aansprakelijkheidsrisico kunnen worden opgezegd.

83. Aangezien de Bondsrepubliek Duitsland het litigieuze contract niet op de referentiedatum had ontbonden, heeft zij niet de maatregelen genomen die voortvloeien uit het arrest van 10 april 2003 in de gevoegde zaken C-20/01 en C-28/01, Commissie/Duitsland, betreffende de aanbesteding van een opdracht voor de verwerking van afval door de stad Braunschweig.

56 — In zijn vonnis van 20 december 2005 (33 O 16465/05) heeft het Landgericht München I de buitengewone ontbinding van een niet openbaar aanbestede vervoersopdracht van de stad München op grond van § 313, lid 3, van het Bürgerliche Gesetzbuch (Duits burgerlijke wetboek — BGB) en een contractueel „loyaliteitsbeding” toelaatbaar geacht, aangezien na een arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in een op deze zaak betrekking hebbende niet-nakomingsprocedure (arrest van het Hof van 18 november 2004, Commissie/Duitsland, aangehaald in voetnoot 8) de voortzetting van het contract niet van de stad München kon worden gevegd. In die zin ook Prief, G., „Beendigung des Dogmas durch Kündigung: Keine Bestandsgarantie für vergaberechtswidrige Verträge”, *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht*, 2006, nr. 4, blz. 221. Duurovereenkomsten kunnen ingevolge § 314 BGB wegens gewichtige redenen worden ontbonden.

## C — Ontbrekende noodzaak van sancties

84. Volgens de hier verdedigde rechtsopvatting is er sprake van een schending van artikel 228, lid 1, EG door de Bondsrepubliek Duitsland, hetgeen het Hof de mogelijkheid biedt om dwangmiddelen toe te passen.

85. Ook al heeft de Commissie haar oorspronkelijk verzoek tot oplegging van een dwangsom ingetrokken en heeft zij niet om de oplegging van een forfaitaire som verzocht, blijft de uiteindelijke beslissing hierover aan het Hof voorbehouden, aangezien het niet is gebonden aan de voorstellen van de Commissie over de financiële gevolgen van de vaststelling dat een lidstaat een eerder arrest van het Hof niet heeft uitgevoerd. Deze voorstellen vormen slechts een nuttige referentiebasis voor het Hof bij de uitoefening van zijn beoordelingsbevoegdheid krachtens artikel 228, lid 2, EG.<sup>57</sup> De toepassing van deze bepaling behoort met andere woorden tot de volledige rechtsmacht van het Hof.<sup>58</sup>

86. De procedure van artikel 228, lid 2, EG heeft tot doel, een in gebreke gebleven

57 — Arresten Commissie/Griekenland (aangehaald in voetnoot 24, punt 89), en arrest van 25 november 2003, Commissie/Spanje (C-278/01, Jurispr. blz. I-14141, punt 41).

58 — Conclusie van advocaat-generaal Geelhoed in de zaak Commissie/Frankrijk (aangehaald in voetnoot 33, punt 84).



lidstaat ertoe te brengen een niet-nakomingsarrest uit te voeren, en daarmee de effectieve toepassing van het gemeenschapsrecht te verzekeren. De maatregelen waarin deze bepaling voorziet, de forfaitaire som en de dwangsom, dienen beide tot dit doel.

nuttig om bij de beoordeling van de vraag of de veroordeelde lidstaat zijn verplichtingen nog steeds niet heeft vervuld, en of derhalve aan de voorwaarden voor oplegging van een dergelijke sanctie onverminderd is voldaan, uit te gaan van de openbare terechtzitting als referentiedatum, zoals ik hierboven heb uiteengezet. In het onderhavige geval is door de ontbinding van het afvalverwerkingscontract tijdens de schriftelijke procedure aan deze voorwaarden niet voldaan, zodat een dwangsom niet langer gepast lijkt.

87. Welke van de twee maatregelen de voorkeur verdient, hangt ervan af welke geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken in de omstandigheden van het geval, zoals het Hof in de zaak C-304/02, Commissie/Frankrijk, heeft verklaard. De oplegging van een dwangsom lijkt in het bijzonder geschikt om een lidstaat ertoe te brengen, zo snel mogelijk een einde te maken aan een niet-nakoming die zonder die maatregel wellicht zou blijven voortduren, terwijl de oplegging van een forfaitaire som veeleer berust op de beoordeling van de consequenties van de niet-nakoming van de verplichtingen van de betrokken lidstaat voor de particuliere en de publieke belangen, met name wanneer de niet-nakoming is blijven voortbestaan lang na het arrest waarin zij oorspronkelijk is vastgesteld.<sup>59</sup>

89. De forfaitaire som is daarentegen als eenmalige financiële sanctie met punitief karakter geschikt om een niet-nakoming te bestraffen die weliswaar reeds in het verleden ligt, zodat de opheffing van de vastgestelde schending nog maar een gering belang heeft voor de Gemeenschap, maar die niettemin de oplegging van een sanctie ter afschrikking vereist.<sup>60</sup> Van de dreiging met een forfaitaire som moet in het bijzonder gebruik worden gemaakt, wanneer de betrokken lidstaat het arrest pas onder druk van de tweede procedure heeft uitgevoerd<sup>61</sup>, de niet-nako-

88. Gelet op de bovenomschreven functie van de dwangsom als dwangmiddel is het

60 — Karpenstein, P. en Karpenstein, U., in Grabitz en Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, Band III, art. 228 EG, punt 28; Bonnie, A., „Commission Discretion under Artikel 171(2) E. C.“, *European law review*, nr. 6 (1998), blz. 547. Burgi, M., in *Handbuch des Rechtsschutzes der Europäischen Union (Uitg. Rengeling/Middeke/Gellermann)*, 2e druk, C. H. Beck, München 2003, § 6, punt 49.

61 — Karpenstein, P. en Karpenstein, U., in Grabitz en Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, Band III, art. 228 EG, punt 28; C. Gaitanides (*Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Union*, von der Groeben/Schwarz (Uitg.), art. 228 EG) betoogt dat hiervan sprake is ingeval de lidstaat het arrest te laat heeft uitgevoerd, maar het nieuwe beroep nog niet bij het Hof aanhangig is of de gerechtelijke procedure nog niet is afgelopen.

59 — Arrest Commissie/Frankrijk (aangehaald in voetnoot 33, punten 80 en 81).

ming bijzonder ernstig is<sup>62</sup>, dan wel een concreet recidivegevaar aanwezig is.<sup>63</sup>

90. In het onderhavige geval wijst niets op een gevaar voor recidive, en de niet-nakoming kan evenmin als bijzonder ernstig worden aangemerkt. Aangezien het door de stad Braunschweig gesloten afvalverwerkingscontract slechts lokale betekenis toevoegt, kan de eruit voortvloeiende schade voor de werking van de interne markt nog als gering worden bestempeld.

91. Weliswaar is elke niet-uitvoering van een arrest van het Hof ernstig, zodat de betrokken niet-nakoming in beginsel zou kunnen worden bestraft met een forfaitaire som als symbolische sanctie<sup>64</sup> voor de duur van de periode vanaf het wijzen van het arrest in de gevoegde zaken C-20/01 en C-28/01, Commissie/Duitsland, op 10 april 2003 tot de

62 — Candela Castillo, J., „La loi européenne, désormais mieux protégée — Quelques réflexions sur la première décision de la Commission demandant à la Cour de Justice de prononcer une sanction pécuniaire au sens de l'article 171 du Traité à l'encontre de certains États membres pour violation du droit communautaire”, *Revue du Marché Unique Européen*, nr. 1 (1997), blz. 20, 21.

63 — Karpenstein, P. en Karpenstein, U., in Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, Band III, art. 228 EG, punt 28; Diez Hochleitner, J., „Le traité de Maastricht et l'inexécution des arrêts de la Cour de Justice par les États membres”, *Revue du Marché Unique Européen*, nr. 2 (1994), blz. 140; Bonnie, A., „Commission Discretion under Article 171(2) E.C.”, *European Law Review*, nr. 6 (1998), blz. 547; Burgi, M., in *Handbuch des Rechtsschutzes der Europäischen Union (Litig. Rengeling/Mildeke/Gellermann)*, 2e druk, C. H. Beck, München 2003, § 6, punt 51.

64 — P. Karpenstein en U. Karpenstein (Grabitz en Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, Band III, art. 228 EG, punt 28) zijn van mening dat een forfaitaire som te verkiezen is boven een dwangsom, wanneer het evenredigheidsbeginsel een „symbolische” bestraffing van de niet-nakomende lidstaat vereist, bijvoorbeeld omdat kan worden verwacht dat de betrokken lidstaat zijn niet-nakoming nog voor het wijzen van het arrest zal regulariseren.

sluiting van de ontbindingsovereenkomsten; hierbij moet evenwel als verzachtende omstandigheid in aanmerking worden genomen dat de Bondsrepubliek Duitsland haar uit dit eerste arrest voortvloeiende verplichting nog tijdens de schriftelijke procedure heeft vervuld.

92. In deze omstandigheden lijkt het mij juist om van een financiële sanctie af te zien.

## VII — Kosten

93. 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 de Bondsrepubliek Duitsland in het ongelijk is gesteld, moet zij in de kosten worden verwezen.

94. Lidstaten die in het geding zijn tussengekomen, moeten ingevolge artikel 69, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering hun eigen kosten dragen. De Franse Republiek, het Koninkrijk der Nederlanden en de Finse Republiek dragen derhalve hun eigen kosten.

## VIII — Conclusie

95. Gelet op het voorgaande en aangezien de Commissie haar beroep niet langer handhaaft voor zover het de gemeente Bockhorn betreft, geef ik het Hof in overweging:

- vast te stellen dat de Bondsrepubliek Duitsland, door niet de maatregelen te nemen die nodig zijn ter uitvoering van het arrest van 10 april 2003 in de gevoegde zaken C-20/01 en C-28/01, Commissie/Duitsland, betreffende de aanbesteding van een opdracht voor de verwerking van afval door de stad Braunschweig, de krachtens artikel 228, lid 1, EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen;
  
- de Bondsrepubliek Duitsland in de kosten te verwijzen;
  
- de Franse Republiek, het Koninkrijk der Nederlanden en de Finse Republiek in hun eigen kosten te verwijzen.