



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
J. KOKOTT
van 20 juli 2017¹

Zaak C-187/16

**Europese Commissie
tegen**

Republiek Oostenrijk

„Niet-nakomingsprocedure - Overheidsopdrachten voor diensten - Richtlijnen 92/50/EEG, 2004/18/EG en 2009/81/EG - Artikel 346 VWEU - Vereiste van bijzondere veiligheidsmaatregelen - Bescherming van wezenlijke veiligheidsbelangen van de staat - Vervaardiging van identiteitsbewijzen en andere officiële documenten - Gunning aan de Österreichische Staatsdruckerei zonder voorafgaande aanbestedingsprocedure”

I. Inleiding

1. Het spreekt vanzelf dat bij de vervaardiging van officiële documenten als biometrische paspoorten, identiteitsbewijzen, rijbewijzen en verblijfsdocumenten aan bijzondere geheimhoudings- en veiligheidsvereisten moet worden voldaan. De afgifte van dergelijke documenten behoort immers tot de essentiële taken van de overheid. Zij worden in het dagelijkse leven voortdurend gebruikt, en het vertrouwen van eenieder in de echtheid en juistheid ervan is van niet te onderschatten belang. Daarom genieten de fraudebestendigheid, de gegarandeerde voorziening en een verantwoorde omgang met de betrokken documenten – met inbegrip van de bij de productie ervan verwerkte gegevens – de hoogste prioriteit, en moet misbruik effectief worden voorkomen.²

2. Of die overwegingen echter kunnen rechtvaardigen dat de vervaardiging van dergelijke documenten zonder enige aanbestedingsprocedure te volgen, uitsluitend wordt toevertrouwd aan een bepaalde, als bijzonder betrouwbaar beschouwde onderneming, dient door het Hof in de onderhavige niet-nakomingsprocedure te worden onderzocht.

3. Concreet verwijt de Commissie de Republiek Oostenrijk in strijd met de Unierechtelijke voorschriften inzake de gunning van overheidsopdrachten te handelen door de vervaardiging van documenten die relevant zijn uit het oogpunt van veiligheid, uitsluitend toe te vertrouwen aan de Österreichische Staatsdruckerei GmbH, die vroeger een overheidsonderneming was maar thans in particuliere handen is.

¹ Oorspronkelijke taal: Duits.

² Zie dienaangaande bijvoorbeeld het Actieplan voor een krachtige Europese reactie op reisdocumentfraude, dat de Commissie in haar mededeling van 8 december 2016 aan het Europees Parlement en de Raad heeft toegelicht [COM(2016) 790 final].

4. Het onderhavige geding is echter ook relevant los van het geval dat de aanleiding ertoe vormt, omdat het Hof in het kader van dit geding nogmaals de gelegenheid krijgt om grondig de speelruimte te belichten die de lidstaten is gelaten om af te wijken van het Unierecht door zich te beroepen op hun in artikel 346, lid 1, VWEU genoemde wezenlijke nationale veiligheidsbelangen. In een tijd waarin de dreiging door het internationale terrorisme en de georganiseerde misdaad, maar ook het vraagstuk van een effectieve controle van migratiestromen overal in het middelpunt van de publieke belangstelling staan, had deze zaak niet actueler kunnen zijn.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

5. Het Unierechtelijke kader van de onderhavige zaak wordt gevormd door de primairrechtelijke bepalingen van de artikelen 49 en 56 en artikel 346, lid 1, onder a), VWEU [oude artikelen 43, 49 en 296, lid 1, onder a), EG], alsmede door enkele voorschriften van afgeleid recht die voortvloeien uit de richtlijnen 92/50/EEG³ en 2004/18/EG⁴, met dien verstande dat de eerstgenoemde richtlijn van toepassing is wat de periode tot en met 31 januari 2006 betreft, en de laatstgenoemde richtlijn wat alle latere tijdvakken betreft.

Richtlijnen inzake de gunning van overheidsopdrachten voor diensten

6. Voor de gunning van overheidsopdrachten voor diensten die betrekking hebben op het „Uitgeven en drukken, voor een vast bedrag of op contractbasis”, dient op grond van zowel richtlijn 92/50 als richtlijn 2004/18 in beginsel een Unierechtelijke aanbestedingsprocedure te worden gevolgd. Dit vloeit voort uit artikel 3, lid 1, artikel 11, lid 1, artikel 8 en artikel 15, lid 2, juncto bijlage I A, punt 15, van richtlijn 92/50 respectievelijk uit artikel 20 juncto bijlage II, deel A, punt 15, van richtlijn 2004/18.

Uitzonderingen op de verplichting tot het volgen van een aanbestedingsprocedure

7. Zowel volgens richtlijn 92/50 als volgens richtlijn 2004/18 zijn geheime opdrachten of opdrachten die bijzondere veiligheidsmaatregelen vereisen, evenwel uitgesloten van de werkingssfeer van de desbetreffende richtlijn.

Wat richtlijn 92/50 betreft, volgt dit uit artikel 4, lid 2. Deze bepaling luidt:

„Deze richtlijn is niet van toepassing op diensten die geheim zijn verklaard of waarvan de uitvoering overeenkomstig de in de betrokken lidstaat geldende wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen met bijzondere veiligheidsmaatregelen gepaard moet gaan of wanneer de bescherming van de fundamentele belangen van die staat zulks vereist.”

Artikel 14 van richtlijn 2004/18 bevat een inhoudelijk in wezen identiek voorschrift:

„Deze richtlijn is niet van toepassing op overheidsopdrachten die geheim zijn verklaard of waarvan de uitvoering overeenkomstig de in de betrokken lidstaat geldende wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen met bijzondere veiligheidsmaatregelen gepaard moet gaan of wanneer de bescherming van de wezenlijke belangen van die lidstaat zulks vereist.”

³ Richtlijn van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB 1992, L 209, blz. 1).

⁴ Richtlijn 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 2004, L 134, blz. 114).

8. De achtergrond van deze uitzondering op de werkingssfeer van de Unierechtelijke aanbestedingsprocedures voor overheidsopdrachten voor diensten wordt voor het eerst toegelicht in de veertiende overweging van richtlijn 92/50:

„Overwegende dat in de dienstensector dezelfde uitzonderingen als in de richtlijnen 71/305/EEG en 77/62/EEG behoren te gelden ten aanzien van de staatsveiligheid en het staatsgeheim, alsmede ten aanzien van de voorrang van andere aanbestedingsvoorschriften, zoals die welke gelden krachtens internationale overeenkomsten of de regels van internationale organisaties, dan wel die welke betrekking hebben op de legering van strijdkrachten.”

9. In overweging 22 van richtlijn 2004/18 wordt die uitzondering ten aanzien van de staatsveiligheid en het staatsgeheim als volgt omschreven:

„Er dienen bepalingen te worden voorgesteld voor gevallen waarin de maatregelen tot coördinatie van de procedures niet noodzakelijk van toepassing dienen te zijn om redenen die met de staatsveiligheid of staatsgeheimen verband houden of doordat specifieke aanbestedingsvoorschriften van toepassing zijn die uit internationale overeenkomsten voortvloeien en betrekking hebben op de legering van strijdkrachten of eigen zijn aan internationale organisaties.”

10. Tevens dient te worden gewezen op artikel 10 van richtlijn 2004/18, dat bij richtlijn 2009/81/EG⁵ met betrekking tot „Opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied” is gewijzigd als volgt:

„Onverminderd [artikel 346 VWEU] is deze richtlijn van toepassing op overheidsopdrachten die worden geplaatst op defensie- en veiligheidsgebied, met uitzondering van de opdrachten waarop richtlijn 2009/81/EG [...] van toepassing is.

Deze richtlijn is niet van toepassing op opdrachten waarop richtlijn 2009/81/EG op grond van de artikelen 8, 12 en 13 van genoemde richtlijn niet van toepassing is.”

11. Ten slotte is richtlijn 2009/81 – volgens artikel 13, onder a), ervan, met als opschrift „Specifieke uitsluitingen” – op haar beurt niet van toepassing op „opdrachten waarvoor de toepassing van de regels van deze richtlijn een lidstaat zou verplichten inlichtingen te verstrekken waarvan de verbreiding naar zijn mening strijdig zou zijn met zijn wezenlijke veiligheidsbelangen”.

12. Richtlijn 2009/81 diende volgens artikel 72, lid 1, ervan uiterlijk op 21 augustus 2011 te zijn omgezet.

⁵ Richtlijn 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG (PB 2009, L 216, blz. 76).

Bijzondere Unierechtelijke voorschriften voor paspoorten en identiteitsbewijzen

13. Specifiek wat paspoorten en identiteitsbewijzen betreft, dient ook te worden verwezen naar verordening nr. 2252/2004⁶. Voor de inhoud van deze verordening is het allereerst raadzaam een blik te werpen op overweging 4 ervan, dat de volgende toelichtingen bevat:

„Deze verordening gaat alleen over de harmonisatie van de veiligheidskenmerken, waaronder biometrische identificatiemiddelen, voor de paspoorten en reisdocumenten van de lidstaten. De aanwijzing van de autoriteiten en organisaties die toegang hebben tot de in het opslagmedium opgeslagen gegevens is een zaak van de nationale wetgeving, onder voorbehoud van bepalingen van het communautaire recht, het recht van de Europese Unie of van internationale overeenkomsten ter zake.”

14. Artikel 3 van verordening nr. 2252/2004 bevat vervolgens de volgende regeling:

„1. In overeenstemming met de procedure bedoeld in artikel 5, lid 2^[7], kan worden besloten dat de in artikel 2 bedoelde specificaties^[8] geheim zijn en niet bekend worden gemaakt. Zij worden in dat geval uitsluitend verstrekt aan de door de lidstaten aangewezen organisaties die verantwoordelijk zijn voor het drukken en aan door een lidstaat of de Commissie naar behoren gemachtigde personen.

2. Elke lidstaat wijst één organisatie aan die voor het drukken van paspoorten en reisdocumenten verantwoordelijk is. De lidstaat deelt de naam van die organisatie mee aan de Commissie en aan de andere lidstaten. Twee of meer lidstaten kunnen daartoe een zelfde organisatie aanwijzen. Elke lidstaat is gerechtigd om van organisatie te veranderen. Hij stelt de Commissie en de andere lidstaten daarvan op de hoogte.”

B. Nationaal recht

15. De Österreichische Staatsdruckerei⁹ is privaatrechtelijk georganiseerd in de vorm van een Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH, vennootschap met beperkte aansprakelijkheid). De enige vennoot is de beursgenoteerde Österreichische Staatsdruckerei Holding AG, waarvan de aandelen in handen zijn van particulieren.

16. Volgens de feitelijke en juridische situatie in Oostenrijk op 12 september 2014¹⁰ is de vervaardiging van paspoorten met chip, noodpaspoorten, verblijfsdocumenten, identiteitsbewijzen, rijbewijzen in creditcard-formaat, kentekenbewijzen in creditcard-formaat en pyrotechnische certificaten toevertrouwd aan de Staatsdruckerei.

6 Verordening (EG) van de Raad van 13 december 2004 betreffende normen voor de veiligheidskenmerken van en biometrische gegevens in door de lidstaten afgegeven paspoorten en reisdocumenten (PB 2004, L 385, blz. 1).

7 Het gaat hierbij om een „comitologieprocedure” in de zin van de artikelen 5 en 7 van besluit 1999/468/EG van de Raad van 28 juni 1999 tot vaststelling van de voorwaarden voor de uitoefening van de aan de Commissie verleende uitvoeringsbevoegdheden (PB 1999, L 184, blz. 23).

8 Bedoeld worden hier technische specificaties betreffende aanvullende veiligheidskenmerken en -vereisten, het medium voor de opslag van de biometrische gegevens en de veiligheid ervan alsook kwaliteitseisen en gemeenschappelijke normen inzake gezichtsopname en vingerafdrukken.

9 Hierna ook: „Staatsdruckerei”.

10 Op 12 september 2014 is de termijn verstreken die de Commissie had gesteld in haar met redenen omklede advies in de zin van artikel 258, lid 1, VWEU.

17. Volgens § 1a, tweede volzin, en § 2, lid 2, punt 1, van het Staatsdruckereigesetz 1996 (wet op de staatsdrukkerij)¹¹ is de Staatsdruckerei met name verantwoordelijk voor „de vervaardiging van drukwerk voor federale overheidsdiensten, waarbij geheimhouding of de naleving van veiligheidsvoorschriften (veiligheidsdruk) vereist is”. Voorts is in § 2, lid 3, van het Staatsdruckereigesetz 1996 bepaald dat de federale instellingen de vervaardiging van het genoemde drukwerk „uitsluitend mogen toevertrouwen aan de [Staatsdruckerei]”.¹²

18. Onder het opschrift „Toezicht op de veiligheidsdruk” bepaalt § 6, lid 1, van het Staatsdruckereigesetz 1996 bovendien dat de commerciële en productieprocessen die betrekking hebben op de vervaardiging, bewerking en opslag van veiligheidsdrukwerk onder toezicht staan van de voor het veiligheidsdrukwerk in kwestie bevoegde federale minister. Volgens § 6, lid 2, van dezelfde wet dient de Staatsdruckerei alle ter voorkoming van misbruik vereiste veiligheidsmaatregelen te nemen voor de vervaardiging, bewerking en opslag van veiligheidsdrukwerk. Ten slotte bepaalt § 6, lid 3, van het Staatsdruckereigesetz 1996 dat aan de voor het betreffende veiligheidsdrukwerk bevoegde federale minister toegang moet worden verleend tot de bedrijfsruimten en inzage moet worden verleend van de bedrijfsdocumenten, voor zover dit voor het toezicht nodig is.

III. Feiten en precontentieuze procedure

19. Bij schriftelijke aanmaning van 6 april 2011 heeft de Commissie de aandacht van Oostenrijk gevestigd op haar twijfels over de verenigbaarheid van de rechtstreekse gunning van bepaalde overheidsopdrachten voor diensten – te weten voor het drukken van officiële documenten – aan de Staatsdruckerei met de bepalingen van het VWEU en de richtlijnen 92/50 en 2004/18. Concreet ging het destijds om paspoorten met chip, noodpaspoorten, verblijfsdocumenten, identiteitsbewijzen, rijbewijzen in creditcard-formaat, kentekenbewijzen in papier- en creditcard-formaat, pyrotechnische certificaten, vaarbewijzen, formulieren voor veiligheidsdocumenten, vignetten voor verslavende middelen en brommercificaten.

20. In zijn antwoord van 7 juni 2011 heeft Oostenrijk zich beroepen op de bescherming van wezenlijke belangen van nationale veiligheid. Oostenrijk stelde dat het ten behoeve van de bescherming van geheime informatie, de waarborging van de echtheid en juistheid van de betreffende documenten, de gegarandeerde voorziening en de beveiliging van gevoelige gegevens gerechtvaardigd is de drukopdrachten uitsluitend te gunnen aan de Staatsdruckerei. Alleen de Staatsdruckerei zou namelijk de vereiste organisatorische, technische en bouwkundige veiligheidsmaatregelen ter uitvoering van die opdrachten kunnen waarborgen. Bij brieven van 17 juli 2012 en 28 maart 2013 heeft Oostenrijk zijn desbetreffende opmerkingen aangevuld.

21. Op 10 juli 2014 heeft de Commissie een met redenen omkleed advies uitgebracht. Zij heeft daarin beklemtoond dat het volstrekt mogelijk is een openbare aanbesteding zo te organiseren dat hierop alleen ondernemingen kunnen inschrijven die gespecialiseerd zijn in de vervaardiging van documenten waarvoor bijzondere veiligheidseisen gelden en die dienovereenkomstig worden gecontroleerd.

¹¹ BGBl I nr. 1/1997.

¹² Voor paspoorten met chip, noodpaspoorten en identiteitsbewijzen volgt dit tevens uit het besluit van de federale minister van Binnenlandse Zaken betreffende de vormgeving van paspoorten en noodpaspoorten, voor verblijfsdocumenten uit het besluit van diezelfde federale minister betreffende de tenuitvoerlegging van de wet op vestiging en verblijf, voor rijbewijzen in creditcard-formaat uit het besluit van de federale minister van Wetenschap en Verkeer betreffende de tenuitvoerlegging van de wet op het rijbewijs, voor kentekenbewijzen in creditcard-formaat uit het besluit van de federale minister van Wetenschap en Verkeer betreffende de inrichting van certificatie-instanties, en voor pyrotechnische certificaten uit het besluit van de federale minister van Binnenlandse Zaken betreffende de tenuitvoerlegging van de wet op de pyrotechniek 2010. Voor zover in deze besluiten niet uitdrukkelijk is vastgesteld dat het drukwerk noodzakelijkerwijs bij de Staatsdruckerei in opdracht moet worden gegeven, volgt dit uit het vereiste van de beveiliging tegen vervalsing van de genoemde documenten in verband met § 2, lid 3, van het Staatsdruckereigesetz 1996.

22. Oostenrijk heeft op 10 september 2014 gereageerd op het met redenen omklede advies. In wezen heeft deze lidstaat zich opnieuw beroepen op zijn nationale veiligheidsbelangen en benadrukt dat de uitvoering van de drukopdrachten nauw samenhangt met de openbare orde en de institutionele werking van de staat. De rechtstreekse gunning ervan aan de Staatsdruckerei wordt gerechtvaardigd door het vereiste van een gegarandeerde voorziening en de noodzaak van productievoorwaarden die de naleving van bijzondere geheimhoudings- en veiligheidsvoorschriften waarborgen. Ten opzichte van andere ondernemingen dan de Staatsdruckerei kan de naleving van de veiligheidsvereisten slechts met middelen van het burgerlijke recht worden afgedwongen, terwijl de Oostenrijkse overheidsinstanties bij wet over bijzondere controlebevoegdheden beschikken ten aanzien van de Staatsdruckerei.

23. In de loop van de precontentieuze procedure liet de Commissie haar verwijten inzake brommercificaten, kentekenbewijzen in papierformaat, vaarbewijzen, formulieren voor veiligheidsdocumenten en vignetten voor verslavende middelen geleidelijk vallen, ten dele omdat de betrokken documenten werden afgeschaft en ten dele omdat voor de vervaardiging ervan een aanbestedingsprocedure werd gevolgd.¹³ Voor het overige heeft zij haar verwijten evenwel gehandhaafd en erop gewezen dat Oostenrijk dient aan te tonen dat de rechtstreekse gunning van de litigieuze drukopdrachten aan de Staatsdruckerei noodzakelijk is.

IV. Conclusies van partijen en procedure bij het Hof

24. Bij verzoekschrift van 4 april 2016 heeft de Commissie bij het Hof overeenkomstig artikel 258, lid 2, VWEU het onderhavige beroep ingesteld. Daarin verzoekt zij het Hof om:

- 1) vast te stellen dat de Republiek Oostenrijk de krachtens de artikelen 49 en 56 VWEU respectievelijk krachtens artikel 4 junctis de artikelen 11 tot en met 37 van richtlijn 92/50 en de artikelen 14, 20 en 23 tot en met 55 van richtlijn 2004/18 op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen,
 - doordat zij opdrachten voor diensten die bestaan in de vervaardiging van bepaalde documenten zoals paspoorten met chip, noodpaspoorten, verblijfsdocumenten, identiteitsbewijzen, pyrotechnische certificaten, rijbewijzen in creditcard-formaat en kentekenbewijzen in creditcard-formaat, onder en boven de voor de richtlijnen 92/50 en 2004/18 geldende drempelbedragen die van toepassing waren vóór en na de omzetting van richtlijn 2004/18 in het nationale recht, rechtstreeks heeft gegund aan de Österreichische Staatsdruckerei GmbH, en
 - doordat zij nationale bepalingen, zoals met name § 2, lid 3, van het Bundesgesetz zur Neuordnung der Rechtsverhältnisse der Österreichischen Staatsdruckerei (federale wet inzake de reorganisatie van de rechtsverhoudingen van de Oostenrijkse staatsdrukkerij), handhaaft waarbij aanbestedende diensten worden verplicht om deze opdrachten voor diensten uitsluitend te gunnen aan de Österreichische Staatsdruckerei;
- 2) de Republiek Oostenrijk te verwijzen in de kosten van de procedure.

25. De Republiek Oostenrijk verzoekt het Hof harerzijds om:

- verwerping van het beroep van de Commissie, en

¹³ Blijkens de stukken had Oostenrijk op 17 juli 2012 aangekondigd de brommercificaten te zullen afschaffen en een algemeen toegankelijke aanbestedingsprocedure voor pyrotechnische certificaten, kentekenbewijzen in papierformaat, vaarbewijzen, formulieren voor veiligheidsdocumenten en vignetten voor verslavende middelen te zullen volgen. Op 28 maart 2013 heeft Oostenrijk de Commissie ten slotte meegedeeld dat de brommercificaten daadwerkelijk waren afgeschaft en dat het zijn aankondiging betreffende de formulieren voor veiligheidsdocumenten en vignetten voor verslavende middelen had verwezenlijkt. Ook wat vaarbewijzen betreft, zijn de bezwaren van de Commissie weggenomen, zoals deze in het verzoekschrift uitdrukkelijk vaststelt.

– verwijzing van de Commissie in de kosten van de procedure.

26. Het beroep van de Commissie is voor het Hof schriftelijk en – op 7 juni 2017 – mondeling behandeld.

V. Beoordeling

27. De onderhavige niet-nakomingsprocedure heeft thans enkel nog betrekking op de vervaardiging van paspoorten met chip, noodpaspoorten, verblijfsdocumenten, identiteitsbewijzen, rijbewijzen in creditcard-formaat, kentekenbewijzen in creditcard-formaat en pyrotechnische certificaten. Daarentegen heeft de Commissie reeds in de loop van de precontentieuze procedure haar verwijten betreffende de vervaardiging van kentekenbewijzen in papierformaat, vaarbewijzen, vignetten voor verslavende middelen, formulieren voor veiligheidsdocumenten en brommercificaten laten vallen.

28. Het beroep van de Commissie is gegrond indien en voor zover de gunning van de litigieuze drukopdrachten krachtens het Unierecht onderworpen was aan bepaalde voorschriften (zie punt A), die door Oostenrijk niet zijn nageleefd en waaraan deze lidstaat zich niet kon onttrekken door zich te beroepen op wezenlijke nationale veiligheidsbelangen.

29. Enkel voor de volledigheid zij opgemerkt dat in casu de rechtspraak inzake „inhouse-opdrachten”¹⁴ niet kan worden toegepast, aangezien de Republiek Oostenrijk op de Staatsdruckerei geen toezicht meer uitoefent als op een eigen dienst. Integendeel, de Staatsdruckerei is een louter privaatrechtelijk georganiseerde onderneming die volledig in handen is van particulieren.

A. Unierechtelijke verplichtingen met betrekking tot de gunning van overheidsopdrachten voor diensten door instanties van de lidstaten

30. Het lijkt geen enkele twijfel dat de litigieuze drukopdrachten overheidsopdrachten voor diensten waren in de zin van de in de relevante periode toepasselijke Unierechtelijke bepalingen inzake de gunning van overheidsopdrachten. Meer bepaald volgde dit voor de periode tot en met 31 januari 2006 uit bijlage I A, punt 15, van richtlijn 92/50 en voor de periode daarna uit bijlage II, deel A, punt 15, van richtlijn 2004/18, waarin het „Uitgeven en drukken, voor een vast bedrag of op contractbasis” telkens wordt ingedeeld in de categorie van de prioritaire diensten. Voor dergelijke diensten bevatten beide richtlijnen gedetailleerde voorschriften over de te volgen aanbestedingsprocedures die de aanbestedende diensten moeten naleven.

1. Uit het afgeleide Unierecht voortvloeiende verplichting tot het volgen van een aanbestedingsprocedure voor het drukken van alle documenten met uitzondering van pyrotechnische certificaten

31. Partijen zijn het erover eens dat alle in het geding zijnde drukopdrachten – met uitzondering van de opdracht voor de vervaardiging van pyrotechnische certificaten – boven de in de richtlijnen 92/50 en 2004/18 vastgestelde drempelbedragen voor overheidsopdrachten voor diensten lagen.

¹⁴ Zie dienaangaande bijvoorbeeld arresten van 18 november 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562, punt 50); 8 april 2008, Commissie/Italië (C-337/05, EU:C:2008:203, punt 36), en 8 december 2016, Undis Servizi (C-553/15, EU:C:2016:935, punt 31). De uitzondering voor „inhouse-opdrachten” geldt zowel in gevallen waarop de richtlijnen inzake overheidsopdrachten van toepassing zijn, als in gevallen die enkel worden getoetst aan de fundamentele vrijheden van de Europese interne markt: arresten van 13 oktober 2005, Parking Brixen (C-458/03, EU:C:2005:605, punten 60-62); 29 november 2012, Econord (C-182/11 en C-183/11, EU:C:2012:758, punt 26), en 8 december 2016, Undis Servizi (C-553/15, EU:C:2016:935, punt 24).

32. Dat betekent dat – onder voorbehoud van de hieronder nog te bespreken kwestie van de bescherming van wezenlijke nationale veiligheidsbelangen¹⁵ – voor al die opdrachten in beginsel de verplichting bestond om een aanbestedingsprocedure te volgen overeenkomstig de voorschriften van het afgeleide Unierecht. Dit vloeit voort uit artikel 3, lid 1, artikel 11, lid 1, artikel 8 en artikel 15, lid 2, juncto bijlage I A, punt 15, van richtlijn 92/50 respectievelijk uit artikel 20 juncto bijlage II, deel A, punt 15, van richtlijn 2004/18.

2. Geen primairrechtelijke verplichting tot verwezenlijking van een minimale mate van openbaarheid voor de opdracht voor het drukken van pyrotechnische certificaten

33. Het geraamde bedrag van de opdracht voor het drukken van pyrotechnische certificaten was daarentegen slechts ongeveer 56 000 EUR en lag dus duidelijk onder de drempelbedragen van richtlijn 92/50 en richtlijn 2004/18, zodat voor die opdracht geen uit het afgeleide recht voortvloeiende verplichting bestond om een aanbestedingsprocedure te volgen.

34. Dit betekent geenszins dat dergelijke overheidsopdrachten volledig buiten de werkingssfeer van het Unierecht vallen. Integendeel, volgens vaste rechtspraak¹⁶ dient in het licht van de fundamentele vrijheden van de Europese interne markt – in casu de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting (dat wil zeggen de artikelen 43 en 49 EG voor de periode vóór 1 december 2009 en de artikelen 49 en 56 VWEU voor de periode daarna) – en met name de uit die vrijheden voortvloeiende verplichting tot transparantie, ook vóór de gunning van overheidsopdrachten voor diensten waarvan de waarde onder de drempelbedragen ligt, een passende mate van openbaarheid te worden gegarandeerd, voor zover de opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft.

35. In casu twisten de Commissie en Oostenrijk echter over de vraag of de litigieuze opdracht voor het drukken van pyrotechnische certificaten inderdaad een dergelijk duidelijk grensoverschrijdend belang had.

36. Zoals Oostenrijk terecht benadrukt, vormt de geringe waarde van een opdracht een aanwijzing dat een duidelijk grensoverschrijdend belang ontbreekt. De Commissie heeft weliswaar gelijk met haar opvatting dat het al dan niet bestaan van een dergelijk grensoverschrijdend belang niet alleen kan worden vastgesteld aan de hand van de waarde van de opdracht, en dat integendeel een globale beoordeling van alle relevante omstandigheden van het betreffende individuele geval absoluut noodzakelijk is¹⁷, maar ook een dergelijke globale beoordeling leidt in het onderhavige geval niet tot de slotsom dat de opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft.

37. Het lijkt geen twijfel dat de markt voor de vervaardiging van fraudebestendige documenten globaal gezien wordt gekenmerkt door een hoge mate aan specialisatie en internationale vervlechting. Tegen die achtergrond kan niet worden uitgesloten dat reeds kleinere opdrachten uit een lidstaat elders in de Europese Unie of in de Europese Economische Ruimte (EER) op grote grensoverschrijdende belangstelling kunnen rekenen. De Commissie heeft in casu echter niet voldoende toegelicht in hoeverre uitgerekend het drukken van Oostenrijkse pyrotechnische certificaten – waarvan er volgens de onbetwiste verklaringen van Oostenrijk ieder jaar ongeveer 400 worden vervaardigd tegen een stukprijs van 35 EUR – een duidelijk grensoverschrijdend belang zou hebben.

¹⁵ Zie dienaangaande de punten 40 tot en met 72 infra van de onderhavige conclusie.

¹⁶ Arresten van 7 december 2000, Telaustria en Telefonadress (C-324/98, EU:C:2000:669, punten 60-62); 18 juni 2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379, punten 42, 45 en 46); 13 november 2007, Commissie/Ierland (C-507/03, EU:C:2007:676, punten 29-31); 17 december 2015, UNIS en Beaudout Père et Fils (C-25/14 en C-26/14, EU:C:2015:821, punten 27, 38 en 39), en 6 oktober 2016, Tecnoedi Costruzioni (C-318/15, EU:C:2016:747, punt 19).

¹⁷ In die zin arrest van 6 oktober 2016, Tecnoedi Costruzioni (C-318/15, EU:C:2016:747, punt 20).

38. Weinig ter zake doet in dit verband de door de Commissie aangevoerde omstandigheid dat ook de Staatsdruckerei harerzijds van meerdere vreemde staten de opdracht tot het vervaardigen van visa en paspoorten heeft gekregen. Visa en paspoorten worden namelijk – in tegenstelling tot pyrotechnische certificaten – in duidelijk grotere aantallen en volgens uniforme Unierechtelijke voorschriften gedrukt. Het grensoverschrijdende belang van drukopdrachten voor visa en paspoorten is bijgevolg duidelijk groter dan en niet vergelijkbaar met het belang van drukopdrachten voor pyrotechnische certificaten.

39. Al met al pleiten de door de Commissie aangevoerde omstandigheden dus niet duidelijk voor het bestaan van een grensoverschrijdend belang van de drukopdracht voor pyrotechnische certificaten. De Commissie heeft in zoverre dan ook niet voldaan aan de op haar rustende bewijslast.¹⁸ Derhalve kan in casu niet worden aangenomen dat Oostenrijk op grond van het primaire Unierecht verplicht was om vóór de gunning van de drukopdracht voor de pyrotechnische certificaten een minimale mate van openbaarheid te verwezenlijken. Oostenrijk mocht deze opdracht vanuit het oogpunt van het Unierecht derhalve rechtstreeks aan de Staatsdruckerei gunnen zonder eerst andere ondernemingen als opdrachtnemers in overweging te nemen.

B. Uitzonderingen op de Unierechtelijke verplichtingen

40. Wat het onderdeel van het beroep van de Commissie betreft dat *geen* betrekking heeft op pyrotechnische certificaten, moet thans worden besproken of en in hoeverre het ongetwijfeld gevoelige karakter van de litigieuze drukopdrachten kan rechtvaardigen dat Oostenrijk deze opdrachten – in afwijking van de zojuist beschreven Unierechtelijke verplichtingen rechtstreeks heeft gegund aan de Staatsdruckerei zonder andere ondernemingen op enigerlei wijze als opdrachtnemers in overweging te nemen.

41. Oostenrijk verwijst in dit verband naar artikel 4, lid 2, van richtlijn 92/50 en artikel 14 van richtlijn 2004/18. Deze lidstaat beroept zich *niet* op het tussen partijen eveneens intensief besproken artikel 346, lid 1, onder a), VWEU [oud artikel 296, lid 1, onder a), EG]. Dit is ter terechtzitting verduidelijkt.¹⁹ Mijns inziens is het echter zinvol hierna ook in te gaan op artikel 346, lid 1, onder a), VWEU, aangezien alle genoemde richtlijnbevestigingen daarop zijn gebaseerd en er nauw mee samenhangen.

1. Algemene beschouwingen

42. Artikel 346, lid 1, onder a), VWEU verduidelijkt op het niveau van het primaire recht dat een lidstaat niet is gehouden inlichtingen te verstrekken waarvan de verbreiding naar zijn mening strijdig zou zijn met de wezenlijke belangen van zijn veiligheid. In tegenstelling tot de daaropvolgende bepaling onder b) van dat artikellid beperkt de bepaling onder a) zich reeds qua bewoordingen niet tot wapens, munitie en oorlogsmaterieel, maar beschermt zij geheel in het algemeen de wezenlijke veiligheidsbelangen van de lidstaten en kan zij dus ook bij niet-militaire aanbestedingen zoals de in het geding zijnde drukopdrachten worden toegepast.²⁰ Indien een lidstaat weigert een overheidsopdracht aan te besteden of anderszins openbaar te maken, onthoudt hij het geïnteresseerde publiek uiteindelijk relevante informatie over een ophanden zijnde aanbesteding. Aldus wijkt hij in de zin van artikel 346, lid 1, onder a), VWEU af van zijn op dat gebied bestaande Unierechtelijke verplichting tot het verstrekken van inlichtingen.

¹⁸ Zie aangaande de op de Commissie rustende bewijslast onder meer arrest van 13 november 2007, Commissie/Ierland (C-507/03, EU:C:2007:676, punt 32).

¹⁹ Oostenrijk beroept zich enkel met betrekking tot de reeds besproken pyrotechnische certificaten op artikel 346, lid 1, onder a), VWEU.

²⁰ In die zin uitdrukkelijk de Commissie in haar interpretatieve mededeling van 7 december 2006 over de toepassing van artikel 296 van het Verdrag voor overheidsopdrachten op defensiegebied [COM(2006) 779 definitief; hierna ook: „mededeling van 2006“]. Daarin heet het dat artikel 296, lid 1, onder a), van het EG-Verdrag „niet alleen defensie [betreft], maar [...] in het algemeen [is] gericht op de bescherming van informatie die de lidstaten niet openbaar kunnen maken zonder hun wezenlijke veiligheidsbelangen in gevaar te brengen” (punt 1 van de mededeling). Advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer lijkt in zijn conclusie in de zaken Commissie/Finland e.a. (C-284/05, C-294/05, C-372/05, C-387/05, C-409/05, C-461/05 en C-239/06, EU:C:2009:67, punt 106) naar een dergelijke opvatting te neigen.

43. In het afgeleide recht wordt de in artikel 346, lid 1, onder a), VWEU tot uitdrukking komende mogelijkheid om van de Unierechtelijke verplichtingen af te wijken met betrekking tot het recht inzake overheidsopdrachten nader ingevuld in zowel artikel 13, onder a), van richtlijn 2009/81 als in artikel 4, lid 2, van richtlijn 92/50 en artikel 14 van richtlijn 2004/18. In de twee laatstgenoemde bepalingen heet het telkens in grotendeels identieke bewoordingen dat die richtlijnen niet van toepassing zijn op overheidsopdrachten

- die geheim zijn verklaard, of
- waarvan de uitvoering overeenkomstig de in de betrokken lidstaat geldende wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen met bijzondere veiligheidsmaatregelen gepaard moet gaan, of
- wanneer de bescherming van de wezenlijke belangen van die lidstaat zulks vereist.

44. In dit verband beroept Oostenrijk zich enkel op de twee laatstgenoemde varianten van artikel 4, lid 2, van richtlijn 92/50 en artikel 14 van richtlijn 2004/18. Met andere woorden, deze lidstaat voert aan dat de litigieuze drukopdrachten met bijzondere veiligheidsmaatregelen gepaard moeten gaan (tweede variant) en dat de bescherming van wezenlijke veiligheidsbelangen van de staat in het geding is (derde variant). Oostenrijk stelt echter *niet* dat er voor de drukopdrachten behoefte aan geheimhouding bestaat (eerste variant).

45. In wezen komt in artikel 4, lid 2, van richtlijn 92/50, artikel 14 van richtlijn 2004/18 en artikel 346, lid 1, onder a), VWEU telkens hetzelfde juridische denkbeeld tot uitdrukking, te weten dat de lidstaten ter bescherming van wezenlijke nationale veiligheidsbelangen mogen afwijken van eigenlijk op hen rustende Unierechtelijke verplichtingen. Het verdient dan ook aanbeveling al die uitzonderingen gezamenlijk te beoordelen, waarbij de uitgebreide rechtspraak over artikel 346, lid 1, VWEU – met name over lid 1, onder b) – ook als richtsnoer kan dienen voor de uitlegging van artikel 4, lid 2, van richtlijn 92/50 en artikel 14 van richtlijn 2004/18.

2. Beoordelingsbevoegdheid van de lidstaten met betrekking tot hun wezenlijke veiligheidsbelangen

46. Bij de wezenlijke nationale veiligheidsbelangen gaat het om een Unierechtelijk begrip dat autonoom moet worden uitgelegd. Het ziet zowel op de interne als op de externe veiligheid van een lidstaat.²¹

47. Erkend wordt dat elke lidstaat een ruime beoordelingsmarge moet worden gelaten bij het definiëren van zijn wezenlijke veiligheidsbelangen.²² Dit blijkt reeds uit het gebruik van de woorden „naar zijn mening” in artikel 346, lid 1, VWEU.

21 Arresten van 26 oktober 1999, Sirdar (C-273/97, EU:C:1999:523, punt 17), en 11 januari 2000, Kreil (C-285/98, EU:C:2000:2, punt 17). In die zin ook arresten van 10 juli 1984, Campus Oil e.a. (72/83, EU:C:1984:256, punten 34-36); 4 oktober 1991, Richardt en „Les Accessoires Scientifiques” (C-367/89, EU:C:1991:376, punt 22), en Commissie/Denemarken (C-461/05, EU:C:2009:783, punt 51, eerste volzin).

22 Arrest van 30 september 2003, Fiocchi munizioni/Commissie (T-26/01, EU:T:2003:248, punt 58); zie ook de mededeling van 2006 (aangehaald in voetnoot 20), waarin het heet dat wordt erkend dat artikel 296 EG (thans artikel 346 VWEU) „de lidstaten een ruime handelingsvrijheid” geeft bij het bepalen van de wijze waarop zij hun wezenlijke veiligheidsbelangen zullen beschermen (punt 4 van de mededeling), en dat het „het prerogatief [is] van de lidstaten om hun wezenlijke veiligheidsbelangen te definiëren” (punt 5 van de mededeling).

48. De Unierechtelijke bepalingen betreffende de bescherming van wezenlijke nationale veiligheidsbelangen kunnen evenwel niet aldus worden uitgelegd dat zij de lidstaten machtigen om louter op grond van die belangen van hun Unierechtelijke verplichtingen af te wijken.²³ Het staat veeleer aan de lidstaten om van geval tot geval gemotiveerd uiteen te zetten welke nationale veiligheidsbelangen precies in het geding zijn en in hoeverre de nakoming van bepaalde Unierechtelijke verplichtingen concreet in strijd zou kunnen zijn met die veiligheidsbelangen.

49. In casu voert Oostenrijk op overtuigende wijze aan dat de afgifte van de in het geding zijnde officiële documenten verband houdt met essentiële functies van de staat.²⁴ Paspoorten en identiteitskaarten dienen bijvoorbeeld om de identiteit, nationaliteit en leeftijd van personen te bewijzen. In de praktijk garandeert de overlegging van dergelijke documenten met name het recht van de houders ervan om aan verkiezingen deel te nemen, vrijelijk te reizen en in andere lidstaten van de Europese Unie of in andere EER-landen te verblijven alsook daar eventueel een studie te beginnen of een beroepsactiviteit uit te oefenen. Uit een rijbewijs blijkt dat de houder ervan het recht heeft een motorvoertuig te besturen en dus actief aan het verkeer deel te nemen. In bepaalde omstandigheden kan het zelfs als identiteitsbewijs worden aanvaard.

50. Zoals Oostenrijk terecht beklemtoont, moet er bij het drukken van de genoemde en soortgelijke documenten voor worden gezorgd dat ten eerste de echtheid en fraudebestendigheid worden gewaarborgd, dat ten tweede onbevoegden geen kennis krijgen van de veiligheidsmaatregelen voor de vervaardiging ervan, dat ten derde de voorziening van de overheidsinstanties met de documenten in kwestie wordt gegarandeerd, en dat ten vierde ten aanzien van de bij de vervaardiging van de documenten verwerkte persoonsgegevens de hoogste mate van bescherming wordt gewaarborgd.

51. Zelfs indien – in navolging van de Commissie – wordt betwijfeld of en in hoeverre met name het laatstgenoemde aspect van de gegevensbescherming kan worden aangemerkt als een kwestie van nationale veiligheid²⁵, staat het buiten kijf dat hoe dan ook alle andere vermelde aspecten – echtheid en fraudebestendigheid van officiële documenten, bescherming van de veiligheidsmaatregelen voor de vervaardiging ervan en het waarborgen van een gegarandeerde voorziening – verband kunnen houden met wezenlijke nationale veiligheidsbelangen.

52. In beginsel mag Oostenrijk zich dus beroepen op zijn wezenlijke nationale veiligheidsbelangen en op de ter bescherming daarvan vereiste maatregelen, zoals die worden genoemd in artikel 346, lid 1, onder a), VWEU, artikel 4, lid 2, van richtlijn 92/50 en artikel 14 van richtlijn 2004/18. Beslissend voor de beslechting van het onderhavige geding is echter de vraag of die veiligheidsbelangen en – maatregelen kunnen rechtvaardigen dat volledig wordt voorbijgegaan aan de Unierechtelijke voorschriften voor de gunning van overheidsopdrachten. Deze vraag zal ik thans behandelen.

23 Arresten van 16 september 1999, Commissie/Spanje (C-414/97, EU:C:1999:417, punten 22 en 24); 15 december 2009, Commissie/Finland (C-284/05, EU:C:2009:778, punt 47); 7 juni 2012, *Insinööriõitoimisto InsTiimi* (C-615/10, EU:C:2012:324, punt 35), en 4 september 2014, *Schiebel Aircraft* (C-474/12, EU:C:2014:2139, punt 34).

24 In soortgelijke zin reeds de overwegingen van het Hof in het arrest van 15 januari 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a.* (C-44/96, EU:C:1998:4, punt 24), aangaande de door de Staatsdruckerei uitgevoerde taken.

25 De Commissie beklemtoont dat gegevensbescherming weliswaar een wezenlijk algemeen belang is, maar geen kwestie van nationale veiligheid.

3. Uitzonderingskarakter van maatregelen ter bescherming van wezenlijke nationale veiligheidsbelangen en evenredigheidsbeginsel

53. Aangezien artikel 346, lid 1, onder a), VWEU de mogelijkheid biedt om af te wijken van de fundamentele vrijheden, die in het systeem van de Verdragen een essentiële plaats innemen, gaat het om een uitzonderingsbepaling die restrictief moet worden uitgelegd.²⁶ Dit geldt ook voor artikel 4, lid 2, van richtlijn 92/50 en artikel 14 van richtlijn 2004/18, die op hun beurt voorzien in uitzonderingen op de werkingssfeer van de Unierechtelijke voorschriften inzake de gunning van overheidsopdrachten en dus uiteindelijk eveneens in uitzonderingen op de fundamentele vrijheden van de Verdragen.²⁷

54. Ook al wordt de betrokken lidstaat een ruime beoordelingsmarge gelaten ten aanzien van veiligheidsbelangen, hij is niet volledig vrij wanneer hij zich op die uitzonderingsbepalingen beroept, maar is daarbij onderworpen aan het toezicht van het Hof. Met name dient die lidstaat aan te tonen dat de door hem getroffen maatregelen *noodzakelijk* zijn om zijn wezenlijke nationale veiligheidsbelangen te beschermen.²⁸ De betrokken lidstaat moet zich dus uiteindelijk aan een evenredigheidstoetsing onderwerpen.

55. In casu voert Oostenrijk in wezen drie argumenten aan om te motiveren waarom het gerechtvaardigd is de litigieuze drukopdrachten rechtstreeks te gunnen aan de Staatsdruckerei. Ten eerste vereist de bescherming van de wezenlijke nationale veiligheidsbelangen dat die drukopdrachten gecentraliseerd worden uitgevoerd door de gunning ervan aan één onderneming. Ten tweede moet bij de uitvoering van drukopdrachten die relevant zijn uit het oogpunt van veiligheid, worden voorzien in effectieve controles door de overheid. Ten derde moet de opdrachtnemer als zodanig betrouwbaar zijn. Zoals ik hierna zal uiteenzetten, doorstaat geen van deze argumenten in het concrete geval een nadere toetsing.

a) Vereiste van een gecentraliseerde uitvoering van de drukopdrachten

56. In de eerste plaats beroept Oostenrijk zich op de noodzaak van een gecentraliseerde uitvoering van de litigieuze drukopdrachten door één onderneming. Daardoor kunnen de Oostenrijkse autoriteiten gemakkelijker controleren of de opdrachten naar behoren worden uitgevoerd en of daarbij de vereiste geheimhoudings- en veiligheidsmaatregelen worden gerespecteerd. Bovendien neemt het risico af dat onbevoegden van die veiligheidsmaatregelen op de hoogte raken, of dat gevoelig materiaal (bijvoorbeeld formulieren voor paspoorten of verblijfsdocumenten) in handen valt van onbevoegden.

57. De centralisatie van de uitvoering van opdrachten kan weliswaar in een geval als het onderhavige om de door Oostenrijk genoemde redenen worden geacht bij te dragen tot de bescherming van wezenlijke nationale veiligheidsbelangen – en eventueel ook tot de bescherming van gegevens – maar het desbetreffende argument kan uiteindelijk alleen verklaren waarom *altijd slechts één onderneming* (en niet meerdere tegelijk) de litigieuze drukopdrachten krijgt. Het vereiste van centralisatie biedt daarentegen geen plausibele verklaring waarom het ter bescherming van wezenlijke nationale veiligheidsbelangen noodzakelijk is die opdrachten *altijd aan één en dezelfde onderneming* – namelijk de Staatsdruckerei – te geven.

26 Arresten van 15 december 2009, Commissie/Finland (C-284/05, EU:C:2009:778, punt 48) en Commissie/Denemarken (C-461/05, EU:C:2009:783, punt 52), en 7 juni 2012, Insinööri-toimisto InsTiimi (C-615/10, EU:C:2012:324, punt 35).

27 In die zin arrest van 7 juni 2012, Insinööri-toimisto InsTiimi (C-615/10, EU:C:2012:324, punt 35), met betrekking tot artikel 10 van richtlijn 2004/18.

28 Arresten van 16 september 1999, Commissie/Spanje (C-414/97, EU:C:1999:417, punten 22 en 24); 15 december 2009, Commissie/Finland (C-284/05, EU:C:2009:778, punten 48 en 49); 8 april 2008, Commissie/Italië (C-337/05, EU:C:2008:203, met name punt 53); 2 oktober 2008, Commissie/Italië (C-157/06, EU:C:2008:530, punt 31), en 7 juni 2012, Insinööri-toimisto InsTiimi (C-615/10, EU:C:2012:324, punt 45). In soortgelijke zin de mededeling van 2006 (aangehaald in voetnoot 20, punt 5), waarin het heet dat de lidstaat moet uiteenzetten waarom de niet-toepassing van de aanbestedingsregels in het specifieke geval *noodzakelijk* is voor de bescherming van een wezenlijk veiligheidsbelang.

58. Ook het door Oostenrijk aangevoerde artikel 3, lid 2, van verordening nr. 2252/2004 leidt niet tot een andere beoordeling. Krachtens deze bepaling zijn de lidstaten weliswaar verplicht *één organisatie* aan te wijzen die *verantwoordelijk* is voor het drukken van paspoorten en reisdocumenten, maar in die bepaling wordt niet geregeld op welke wijze zij die organisatie moeten selecteren. Met name staat die bepaling geenszins eraan in de weg dat eerst een aanbestedingsprocedure wordt gevolgd die voldoet aan de Unierechtelijke vereisten. Dit blijkt ook uit de globale context van bedoelde bepaling. Verordening nr. 2252/2004 gaat namelijk blijkens overweging 4 ervan alleen over de harmonisatie van de veiligheidskenmerken voor paspoorten en reisdocumenten, terwijl ten aanzien van de aanwijzing van de verantwoordelijke autoriteiten en organisaties uitdrukkelijk wordt vermeld dat deze geschiedt onder voorbehoud van de relevante bepalingen van het Unierecht. Tot die bepalingen van het Unierecht – waarvan de toepassing onverlet wordt gelaten door verordening nr. 2252/2004 – behoort met name het recht inzake overheidsopdrachten zoals dat voortvloeit uit zowel de fundamentele vrijheden als de richtlijnen 92/50 en 2004/18.

b) Vereiste van effectieve overheidscontroles

59. In de tweede plaats onderstreept Oostenrijk het belang van effectieve overheidscontroles in verband met de vervaardiging van de in het geding zijnde documenten. Ook om die reden is het volgens Oostenrijk gerechtvaardigd de litigieuze drukopdrachten aan de Staatsdruckerei te gunnen.

60. Dienaangaande zij opgemerkt dat buiten kijf staat dat het gevoelige karakter van die drukopdrachten kan vereisen dat de begunstigde onderneming wordt onderworpen aan strenge en ook onaangekondigde overheidscontroles. Oostenrijk mag in dit verband echter alleen maatregelen nemen die daadwerkelijk noodzakelijk zijn om de doeltreffendheid van die controles te waarborgen. Een handelwijze die tot gevolg heeft dat alle andere potentiële inschrijvers dan de Staatsdruckerei bij voorbaat van de gunning van de opdracht worden uitgesloten, gaat verder dan wat nodig is om het legitieme doel van effectieve controles te verwezenlijken.

61. Oostenrijk brengt daartegen in dat zijn autoriteiten naar geldend recht – meer bepaald krachtens § 6, lid 3, van het Staatsdruckereigesetz 1996 – enkel ten aanzien van de Staatsdruckerei beschikken over controlebevoegdheden *die de uitoefening van openbaar gezag impliceren*, maar niet ten aanzien van andere ondernemingen. Met name kan ten aanzien van buitenlandse ondernemingen in geval van problemen niet met middelen van openbaar gezag, maar hooguit met civielrechtelijke middelen worden opgetreden.

62. Deze tegenwerping is evenwel niet overtuigend. Het is allerm minst aan twijfel onderhevig dat met name controlebevoegdheden die de uitoefening van openbaar gezag impliceren, noodzakelijk kunnen zijn om wezenlijke nationale veiligheidsbelangen te beschermen, daar zij doeltreffender zijn dan louter civielrechtelijk, in een overeenkomst bedongen controlerechten. Deze omstandigheid rechtvaardigt op zichzelf beschouwd evenwel niet dat de bestaande Unierechtelijke voorschriften voor de gunning van overheidsopdrachten volledig genegeerd worden, en dat bij voorbaat altijd alleen maar *één bepaalde onderneming* – de Staatsdruckerei – als opdrachtnemer in overweging wordt genomen.

63. Het staat veeleer aan de betrokken lidstaat – in casu Oostenrijk – om een zo zorgvuldig mogelijk evenwicht tot stand te brengen tussen enerzijds zijn controlebehoeften die met veiligheid verband houden, en anderzijds zijn Unierechtelijke verplichtingen. In dit verband zouden maatregelen in aanmerking komen die ongetwijfeld minder ingrijpend zijn ten aanzien van het recht inzake overheidsopdrachten, en die ook andere ondernemingen dan de Staatsdruckerei de mogelijkheid zouden hebben geboden om in te schrijven op de litigieuze drukopdrachten:

- In plaats van ondernemingen met zetel in een ander EER-land geheel van de aanbesteding uit te sluiten, zou Oostenrijk indien nodig alle gegadigden kunnen verplichten om in geval van gunning de litigieuze drukopdrachten uit te voeren in een vaste inrichting in het binnenland²⁹, de daarbij verkregen persoonsgegevens uitsluitend in het binnenland te verwerken, en zowel dergelijke gegevens als uit het oogpunt van veiligheid relevante informatie niet via buitenlandse datalijnen of servers te leiden dan wel door te geven aan in het buitenland gelegen onderdelen van de onderneming of zelfs aan buitenlandse autoriteiten.
- In plaats van enkel ten aanzien van de Staatsdruckerei te voorzien in controlebevoegdheden die de uitoefening van openbaar gezag impliceren – zoals de bevoegdheden van § 6, lid 3, van het Staatsdruckereigesetz 1996 – zou de Oostenrijkse wetgever de verantwoordelijke overheidsinstanties bovendien geheel in het algemeen kunnen machtigen om dergelijke controles te verrichten bij alle ondernemingen met vaste inrichtingen in het binnenland indien deze daar drukopdrachten uitvoeren die uit het oogpunt van veiligheid relevant zijn.

c) Vereiste van betrouwbaarheid van de opdrachtnemer

64. In de derde plaats betoogt Oostenrijk dat de litigieuze drukopdrachten juist aan de Staatsdruckerei zijn gegund wegens de bijzondere vertrouwensrelatie tussen deze onderneming en de bevoegde overheidsinstanties.

65. Het is juist dat het ter bescherming van wezenlijke veiligheidsbelangen van een lidstaat noodzakelijk kan zijn de kring van kandidaten die in aanmerking komen voor de gunning van een overheidsopdracht te beperken tot ondernemingen die als bijzonder betrouwbaar te boek staan.

66. Het zou evenwel flagrant in strijd zijn met de grondgedachte van de Europese interne markt in het algemeen en het recht inzake overheidsopdrachten in het bijzonder³⁰ dat een lidstaat als het ware willekeurig één onderneming – die bovendien op een bepaald gebied zijn „historische” dienstverrichter is, die ooit een overheidsonderneming was maar thans in particuliere handen is – onder het motto „bekend en beproefd” als bijzonder betrouwbaar aanmerkt, terwijl de betrouwbaarheid van alle andere ondernemingen bij voorbaat ontkend of op zijn minst in twijfel getrokken wordt.

67. Dit blijkt met name uit een vergelijking met overheidsopdrachten op militair en veiligheidsgebied, die eveneens uiterst gevoelige aangelegenheden betreffen, maar in de regel moeten worden onderworpen aan een aanbestedingsprocedure die in overeenstemming is met de Unierechtelijke voorschriften.³¹ Met name heeft het Hof reeds vastgesteld dat de noodzaak om te voorzien in een verplichting tot vertrouwelijke behandeling, geenszins eraan in de weg staat dat voor de gunning van

²⁹ Een dergelijk vereiste van een vaste inrichting in het binnenland komt weliswaar de facto neer op een ontkenning van de vrijheid van dienstverrichting, maar de lidstaten kunnen bij hoge uitzondering een dergelijke voorwaarde stellen indien zij aantonen dat dit voor de noodzakelijke overheidscontroles absoluut noodzakelijk is (zie arrest van 4 december 1986, Commissie/Duitsland, 205/84, EU:C:1986:463, punt 52 gelezen in samenhang met punt 54, laatste volzin).

³⁰ Volgens vaste rechtspraak bestaat het hoofddoel van de Unierechtelijke voorschriften inzake overheidsopdrachten in de totstandbrenging van de vrijheid van vestiging en van het vrije verkeer van goederen en diensten alsook in de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten. Zie bijvoorbeeld arresten van 16 december 2008, Michaniki (C-213/07, EU:C:2008:731, punten 39 en 53), en 8 december 2016, Undis Servizi (C-553/15, EU:C:2016:935, punt 28).

³¹ Zie dienaangaande artikel 10 van richtlijn 2004/18 en in het algemeen richtlijn 2009/81.

een opdracht wordt gebruikgemaakt van een procedure van oproep tot mededinging.³² De Unierechtelijke voorschriften voor de gunning van overheidsopdrachten laten de aanbestedende diensten voldoende speelruimte om op gevoelige gebieden de noodzakelijke veiligheids- en geheimhoudingsmaatregelen te treffen, ofwel in de procedure tot aan de selectie van de meest geschikte opdrachtnemers, ofwel later in het stadium van de uitvoering van de opdracht.

68. Zo staat het de aanbestedende dienst geheel vrij om bij de gunning van gevoelige overheidsopdrachten zoals de litigieuze opdrachten, voor het vervaardigen van officiële documenten bijzonder hoge eisen te stellen aan de bekwaamheid en betrouwbaarheid van de opdrachtnemers, de aanbestedingsvoorwaarden en dienstenovereenkomsten navenant te formuleren, en van de inschrijvers de nodige bewijzen te verlangen. Bovendien mogen aan de opdrachtnemers voorwaarden voor de uitvoering van de drukopdrachten worden opgelegd die met name betrekking kunnen hebben op maatregelen inzake gegevensbescherming, geheimhouding en veiligheid alsook op het dulden van overheidscontroles, met inbegrip van een veiligheidsscreening van alle met de uitvoering van de opdracht belaste medewerkers. Dit alles betekent echter niet dat de vervaardiging van officiële documenten zou moeten worden beschouwd als een opdracht *intuitu personae*, die slechts door één zeer specifiek aangewezen persoon mag worden verricht.

69. Ter terechtzitting heeft Oostenrijk nog in overweging gegeven dat buitenlandse ondernemingen zich niet geheel kunnen onttrekken aan de greep van de autoriteiten van hun land van herkomst en ten dele zelfs verplicht zijn om met de geheime diensten van dat land samen te werken, zelfs wanneer zij overheidsopdrachten uitvoeren in een vaste inrichting in het binnenland. Derhalve komen dergelijke ondernemingen volgens Oostenrijk niet in aanmerking als opdrachtnemers voor gevoelige drukopdrachten zoals die welke in casu in het geding zijn.

70. Zoals ik al eerder heb uiteengezet³³, kunnen bepaalde afwijkingen van de door het Unierecht voorgeschreven aanbestedingsprocedures inderdaad gerechtvaardigd worden door het feit dat een lidstaat uit het oogpunt van veiligheid relevante informatie niet zonder meer wil meedelen aan buitenlandse of door buitenlanders gecontroleerde ondernemingen, met name wanneer het gaat om ondernemingen of personen uit derde landen. Ook kan het legitiem zijn dat een lidstaat ervoor waakt dat hij voor de voorziening met gevoelige goederen afhankelijk wordt van derde landen of ondernemingen uit derde landen.

71. Volgens vaste rechtspraak is een maatregel evenwel slechts geschikt om de verwezenlijking van de nagestreefde doelstelling te waarborgen, wanneer hij daadwerkelijk ertoe strekt die doelstelling op coherente en stelselmatige wijze te bereiken.³⁴ In casu heeft Oostenrijk – voor zover kan worden nagegaan – geen enkele maatregel genomen waardoor op doeltreffende wijze zou kunnen worden voorkomen dat de Staatsdruckerei onder zeggenschap van buitenlandse aandeelhouders komt te staan of een dochteronderneming van een buitenlandse rechtspersoon wordt. De Oostenrijkse Staat heeft zich geen door veiligheidspolitieke overwegingen ingegeven medezeggenschapsrechten met betrekking tot de Staatsdruckerei voorbehouden in de vorm van een bijzonder aandeel („gouden aandeel”)³⁵, noch om veiligheidspolitieke redenen enigerlei beperking gesteld aan de vervreemding van aandelen in die vennootschap.

³² Arresten van 8 april 2008, Commissie/Italië (C-337/05, EU:C:2008:203, punt 52), en 2 oktober 2008, Commissie/Italië (C-157/06, EU:C:2008:530, punt 30); in dezelfde zin arrest van 7 juni 2012, *Insinööritoimisto InsTiimi* (C-615/10, EU:C:2012:324, punt 45 in fine).

³³ Zie dienaangaande reeds mijn conclusie in de zaak *Insinööritoimisto InsTiimi* (C-615/10, EU:C:2012:26, punt 66).

³⁴ Arresten van 10 maart 2009, *Hartlauer* (C-169/07, EU:C:2009:141, punt 55); 17 november 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri* (C-169/08, EU:C:2009:709, punt 42), en 13 juli 2016, *Pöpperl* (C-187/15, EU:C:2016:550, punt 33). Deze rechtspraak betreffende de fundamentele vrijheden moet ook gelden voor de bepalingen van afgeleid recht inzake de gunning van overheidsopdrachten, temeer daar deze ertoe strekken de fundamentele vrijheden te verwezenlijken (zie dienaangaande ook mijn conclusie in de zaak *Persidera*, C-112/16, EU:C:2017:250, punt 66 gelezen in samenhang met voetnoot 46).

³⁵ Zie dienaangaande bijvoorbeeld arrest van 4 juni 2002, Commissie/België (C-503/99, EU:C:2002:328).

72. De categorische weigering van Oostenrijk om naast zijn „historische” dienstverrichter ook andere ondernemingen – of het nu gaat om ondernemingen uit Oostenrijk dan wel uit de overige EER-landen – als opdrachtnemers in overweging te nemen, kan dan ook niet door veiligheidspolitieke overwegingen worden gerechtvaardigd.

C. Samenvatting

73. Al met al moet het beroep van de Commissie dus worden verworpen voor zover het betrekking heeft op de gunning van drukopdrachten voor pyrotechnische certificaten. Voor het overige moet het beroep volledig worden toegewezen en moet worden vastgesteld dat Oostenrijk zich schuldig heeft gemaakt aan de door de Commissie gestelde niet-nakoming van het Verdrag.

VI. Kosten

74. Overeenkomstig artikel 138, lid 3, eerste volzin, van het Reglement voor de procesvoering dragen partijen in beginsel hun eigen kosten indien zij onderscheidenlijk – zoals in casu – op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld. Op grond van de tweede volzin van die bepaling kan het Hof evenwel beslissen dat een partij naast in haar eigen kosten ook in een deel van de kosten van de andere partij wordt verwezen indien dit gelet op de omstandigheden van de zaak gerechtvaardigd voorkomt.

75. Volgens de door mij voorgestelde oplossing wordt de Commissie grotendeels in het gelijk gesteld, terwijl de argumenten van Oostenrijk slechts slagen ten aanzien van een klein deel van het voorwerp van het geding, namelijk uitsluitend ten aanzien van de pyrotechnische certificaten. Tegen die achtergrond lijkt het mij in casu passend dat Oostenrijk naast in zijn eigen kosten ook wordt verwezen in drie vierde van de kosten van de Commissie, terwijl de Commissie een vierde van haar eigen kosten dient te dragen.

VII. Conclusie

76. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging te beslissen als volgt:

- „1) De Republiek Oostenrijk is in de krachtens de richtlijnen 92/50/EEG en 2004/18/EG op haar rustende verplichtingen tekortgeschoten door
- ten eerste nationale bepalingen zoals § 2, lid 3, van het Staatsdruckereigesetz 1996 te handhaven, waarbij aanbestedende diensten worden verplicht om drukopdrachten voor de vervaardiging van bepaalde officiële documenten te gunnen aan de Österreichische Staatsdruckerei GmbH,
 - en, ten tweede, zonder aanbestedingsprocedure concrete opdrachten voor diensten die bestaan in de vervaardiging van paspoorten met chip, noodpaspoorten, verblijfsdocumenten, identiteitsbewijzen, rijbewijzen in creditcard-formaat en kentekenbewijzen in creditcard-formaat rechtstreeks te gunnen aan de bovengenoemde Staatsdruckerei.
- 2) Het beroep wordt verworpen voor het overige.
- 3) De Republiek Oostenrijk draagt haar eigen kosten en drie vierde van de kosten van de Europese Commissie. De Europese Commissie draagt een vierde van haar eigen kosten.”