

ARREST VAN HET HOF
24 januari 1995 *

In zaak C-359/93,

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur H. van Lier als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij G. Kremlis, lid van de juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verzoekster,

tegen

Koninkrijk der Nederlanden, vertegenwoordigd door J. W. de Zwaan en T. Heukels, adjunct-juridisch adviseurs bij het Ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ter Nederlandse ambassade, Rue C. M. Spoo 5,

verweerder,

betreffende een verzoek aan het Hof om vast te stellen, dat het Koninkrijk der Nederlanden de krachtens richtlijn 77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB 1977, L 13, blz. 1), zoals gewijzigd bij de richtlijnen 80/767/EEG en 88/295/EEG van de Raad (PB 1980, L 215, blz. 1, resp. PB 1988, L 127, blz. 1), en artikel 30 EEG-Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen,

wijst

* Procestaal: Nederlands.

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: G. C. Rodríguez Iglesias, president, P. J. G. Kapteyn, kamerpresident, G. F. Mancini, C. N. Kakouris, J. L. Murray, D. A. O. Edward (rapporteur) en G. Hirsch, rechters,

advocaat-generaal: G. Tesauro

griffier: R. Grass

gezien het rapport van de rechter-rapporteur,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 17 november 1994,

het navolgende

Arrest

1 Bij op 16 juli 1993 ter griffie van het Hof neergelegd verzoekschrift heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen krachtens artikel 169 EEG-Verdrag het Hof verzocht vast te stellen, dat het Koninkrijk der Nederlanden de krachtens richtlijn 77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB 1977, L 13, blz. 1), zoals gewijzigd bij de richtlijnen 80/767/EEG en 88/295/EEG van de Raad (PB 1980, L 215, blz. 1, resp. PB 1988, L 127, blz. 1), en artikel 30 EEG-Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen.

2 Volgens artikel 9, lid 5, van richtlijn 77/62, zoals gewijzigd bij artikel 9 van richtlijn 88/295, worden de aankondigingen van opdrachten voor leveringen „opgemaakt

overeenkomstig de in bijlage III opgenomen modellen". Blijkens punt 7 van onderdeel „A. Openbare procedure" van deze bijlage moeten de aankondigingen van opdrachten de volgende vermeldingen bevatten:

„a) Personen die bij de opening van de inschrijvingen worden toegelaten

b) Dag, uur en plaats van de opening."

- 3 Artikel 7, lid 6, van richtlijn 77/62, zoals gewijzigd bij artikel 8 van richtlijn 88/295, bepaalt, dat tenzij de in bijlage II vermelde technische specificaties „door het voorwerp van de opdracht worden gerechtvaardigd, verbieden de Lid-Staten het opnemen in de contractclausules die voor een bepaalde opdracht gelden, van technische specificaties die produkten van een bepaald fabrikaat of bepaalde herkomst, dan wel bijzondere werkwijzen vermelden, waardoor bepaalde ondernemingen of produkten worden begunstigd of uitgeschakeld. Het is onder meer verboden merken, octrooien of typen, of een bepaalde oorsprong of produktie aan te duiden; een dergelijke aanduiding, vergezeld van de vermelding ‚of daarmee overeenstemmend' is evenwel toegestaan wanneer het doel van de opdracht niet anders met voldoende nauwkeurige, voor alle betrokkenen volkomen begrijpelijke specificaties omschreven kan worden."
- 4 Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende 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 1989, L 395, blz. 33) bepaalt in artikel 3, leden 1, 2 en 3:

„1. De Commissie kan de procedure van dit artikel hanteren, wanneer zij vóór de sluiting van een overeenkomst van oordeel is dat er tijdens de aanbestedingsproce-

dure die valt onder de werkingssfeer van de richtlijnen 71/305/EEG en 77/62/EEG, een duidelijke en kennelijke schending van de communautaire voorschriften inzake overheidsopdrachten heeft plaatsgevonden.

2. De Commissie geeft de betrokken Lid-Staat en de betrokken aanbestedende dienst kennis van de redenen waarom zij meent dat er een duidelijke en kennelijke schending heeft plaatsgevonden en zij vraagt om deze ongedaan te maken.

3. Binnen 21 dagen na ontvangst van de in lid 2 bedoelde kennisgeving, deelt de betrokken Lid-Staat aan de Commissie mee:

a) de bevestiging dat de schending ongedaan is gemaakt;

of

b) een met redenen omklede conclusie waarin toegelicht wordt waarom geen corrigerende actie is ondernomen;

of

c) een kennisgeving waarin wordt meegedeeld dat de aanbestedingsprocedure hetzij op initiatief van de aanbestedende dienst hetzij in het kader van de uitoefening van de in artikel 2, lid 1, onder a), vermelde bevoegdheden is opgeschort."

- 5 Het Nederlands Inkoopcentrum NV, de Nederlandse aanbestedende dienst, publiceerde op 10 december 1991 in het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* een aankondiging van een opdracht voor de levering en het onderhoud van een „meteorological workstation system”.
- 6 Deze aankondiging, die het model van bijlage III bij richtlijn 77/62 volgde, bevatte geen vermelding van de personen die bij de opening van de inschrijvingen werden toegelaten, en evenmin van de dag, het uur en de plaats van de opening.
- 7 Voorts was in het lastenboek van de aanbestedende dienst aangegeven, dat het vereiste besturingssysteem het „UNIX”-systeem moest zijn; dit is de naam van een besturingsssoftware die computers van verschillende merken met elkaar verbindt, gecreëerd door „Bell Laboratories of ITT (USA)”.
- 8 De Commissie, die de aankondiging op deze twee onderdelen, te weten het ontbreken van de in punt 7, sub a en b, van bijlage III bedoelde informatie en de verwijzing naar een bepaald produkt in het lastenboek, niet in overeenstemming achtte met de vereisten van de artikelen 9, lid 5, en 7, lid 6, van richtlijn 77/62, zond op donderdag 25 juni 1992 ter zake een brief aan de Nederlandse Permanente Vertegenwoordiging overeenkomstig artikel 3, leden 1 en 2, van richtlijn 89/665. Hierin herinnerde de Commissie de Nederlandse regering eraan, dat deze brief gold als ingebrekestelling in de zin van artikel 169 EEG-Verdrag en dat het antwoord van de Nederlandse regering als opmerkingen in de zin van dit artikel zou worden beschouwd.
- 9 De Permanente Vertegenwoordiging te Brussel ontving de brief van de Commissie op vrijdag 26 juni en stuurde deze door aan het betrokken ministerie in Nederland, waar hij op maandag 29 juni is ontvangen. Diezelfde dag stuurde de Commissie de aanbestedende dienst een telefax van haar brief van 25 juni, doch het contract voor de gunning van de opdracht was zojuist ondertekend.

De ontvankelijkheid

- 10 De Nederlandse regering heeft een dubbele exceptie van niet-ontvankelijkheid opgeworpen. In de eerste plaats is de handelwijze van de Commissie niet in overeenstemming geweest met de vereisten van artikel 3, leden 1 en 2, van richtlijn 89/665, aangezien zij de Lid-Staat en de aanbestedende dienst pas in een laat stadium op de hoogte heeft gesteld van de redenen waarom zij meende dat richtlijn 77/62 was geschonden. In de tweede plaats kan de Commissie, nu zij zelf in een aankondiging van een opdracht, gepubliceerd na de aankondiging die het voorwerp van deze procedure vormt, het UNIX-softwarestelsel als technische specificatie heeft genoemd, zich niet beroepen op de gestelde inbreuk, aangezien zij zich ook zelf hieraan schuldig heeft gemaakt.

- 11 Wat het gestelde inzake de handelwijze van de Commissie betreft, moet worden opgemerkt, dat de Commissie volgens artikel 3, leden 1 en 2, van richtlijn 89/665 de betrokken Lid-Staat en de betrokken aanbestedende dienst, wanneer zij „vóór de sluiting van de overeenkomst” van oordeel is dat er tijdens een aanbestedingsprocedure die valt onder de werkingssfeer van richtlijn 77/62 een duidelijke en kennelijke schending van de communautaire voorschriften heeft plaatsgevonden, kennis geeft van de redenen waarom zij meent dat een dergelijke schending heeft plaatsgevonden, en verzoekt om deze ongedaan te maken.

- 12 Blijkens de tekst en de geest van richtlijn 89/665 is het in het belang van alle betrokken partijen immers zeer gewenst, dat de Commissie de Lid-Staat en de aanbestedende dienst zo snel mogelijk vóór de sluiting van het contract op de hoogte stelt van haar bezwaren, zodat de Lid-Staat en de aanbestedende dienst de tijd hebben om haar overeenkomstig artikel 3, lid 3, van richtlijn 89/665 te antwoorden en zo nodig vóór de gunning van de opdracht de gestelde schending ongedaan kunnen maken.

- 13 Deze bijzondere procedure van richtlijn 89/665 vormt echter een preventieve maatregel die niet kan derogeren aan of in de plaats treden van de bevoegdheden die de Commissie uit hoofde van artikel 169 van het Verdrag heeft. Laatstgenoemde bepaling verleent de Commissie immers de discretionaire bevoegdheid om een zaak aanhangig te maken bij het Hof, ingeval een Lid-Staat haars inziens een van zijn verplichtingen uit het Verdrag niet is nagekomen en de betrokken Lid-Staat het met redenen omkleed advies van de Commissie niet opvolgt.
- 14 Voor de vaststelling van een inbreuk overeenkomstig artikel 169 van het Verdrag is overigens niet vereist, dat er sprake is van een duidelijke en kennelijke schending in de zin van richtlijn 89/665. Een dergelijke vaststelling beperkt zich immers tot het feit dat een Lid-Staat een communautaire verplichting niet is nagekomen, en zegt niets over de aard of de ernst van de schending.
- 15 Mitsdien moet de eerste door de Nederlandse regering opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid worden afgewezen.
- 16 Wat de exceptie van niet-ontvankelijkheid betreft, gebaseerd op het feit dat de Commissie dezelfde technische specificatie, namelijk het UNIX-softwarestelsel, heeft voorgeschreven in een aankondiging van een opdracht gepubliceerd na de aankondiging waar het in deze procedure om gaat, moet worden opgemerkt, dat ook indien de Commissie onderworpen is aan de regels van richtlijn 77/62 en zij deze zou hebben geschonden, een dergelijke schending geen rechtvaardiging kan vormen voor die waaraan de Nederlandse autoriteiten zich mogelijkterwijls schuldig hebben gemaakt.
- 17 Mitsdien moet ook de tweede exceptie van niet-ontvankelijkheid worden afgewezen.

Ten gronde

- 18 De Commissie verwijt de aanbestedende dienst in de eerste plaats schending van artikel 9, lid 5, en punt 7 van bijlage III bij richtlijn 77/62, op grond dat de betrokken aankondiging niet de personen vermeldde die bij de opening van de inschrijvingen werden toegelaten, evenmin als de dag, het uur en de plaats van de opening.
- 19 De Nederlandse regering stelt, zonder de feiten te betwisten, dat deze vermeldingen alleen noodzakelijk zijn indien de aanbestedende dienst het bijwonen van de opening van de inschrijvingen wil beperken, doch achterwege kunnen blijven wanneer, zoals in casu, de opening openbaar is en alle belanghebbenden daaraan kunnen deelnemen.
- 20 Dienaangaande moet om te beginnen worden vastgesteld, dat het bij de in punt 7 van bijlage III bij richtlijn 77/62 bedoelde gegevens om verplichte en onvoorwaardelijke vermeldingen gaat. Zoals de advocaat-generaal in punt 8 van zijn conclusie terecht heeft opgemerkt, geeft deze informatie potentiële leveranciers de mogelijkheid de identiteit van hun concurrenten te kennen en na te gaan, of zij aan de voorziene kwalitatieve selectiecriteria voldoen.
- 21 Vervolgens moet worden vastgesteld, dat ook al is de opening van de inschrijvingen openbaar en dus voor elke belanghebbende toegankelijk, de deelneming aan deze opening illusoir blijft wanneer de datum, het uur en de plaats niet worden gepubliceerd.
- 22 Mitsdien is de aanbestedende dienst, door niet de in punt 7 van bijlage III bij richtlijn 77/62 bedoelde informatie te publiceren, de krachtens artikel 9, lid 5, van deze richtlijn op hem rustende verplichtingen niet nagekomen.

- 23 De Commissie verwijt de aanbestedende dienst in de tweede plaats schending van artikel 7, lid 6, van richtlijn 77/62 en artikel 30 van het Verdrag door na de vermelding van het UNIX-systeem niet de woorden „of daarmee overeenstemmend” op te nemen.
- 24 De Nederlandse regering betoogt, dat het UNIX-systeem in de sector informatie-technologie moet worden beschouwd als een door de gebruikers algemeen erkende technische norm en dat de vermelding „of daarmee overeenstemmend” daarom overbodig is.
- 25 Artikel 7, lid 6, van richtlijn 77/62 verbiedt de aanduiding van merken, tenzij deze vergezeld gaat van de mededeling „of daarmee overeenstemmend” en het doel van de opdracht niet anders met voldoende nauwkeurige, voor alle betrokkenen volkomen begrijpelijke specificaties omschreven kan worden.
- 26 Tussen partijen wordt echter niet betwist, dat het UNIX-systeem geen gestandaardiseerd systeem is en de merknaam van een bepaald produkt is.
- 27 De weglating van de mededeling „of daarmee overeenstemmend” na de aanduiding UNIX kan er niet alleen toe leiden, dat marktdeelnemers die gelijksoortige systemen als UNIX gebruiken niet inschrijven op het aanbestedingsbericht, maar ook dat de invoerstromen in het handelsverkeer tussen de Lid-Staten in strijd met artikel 30 van het Verdrag worden belemmerd, doordat de aanbesteding wordt voorbehouden aan leveranciers die van plan zijn het specifiek aangegeven systeem te gebruiken.
- 28 Bijgevolg had de aanbestedende dienst aan de term UNIX de vermelding „of daarmee overeenstemmend” moeten toevoegen, zoals artikel 7, lid 6, van richtlijn 77/62 dat vereist.

- 29 Uit het voorgaande volgt, dat het Koninkrijk der Nederlanden, door in de aankondiging van de betrokken opdracht niet de personen te vermelden die bij de opening van de inschrijvingen worden toegelaten, evenmin als de dag, het uur en de plaats van deze opening, en door in het lastenboek een technische specificatie op te nemen die naar een produkt van een bepaald merk verwijst, de krachtens richtlijn 77/62 en artikel 30 van het Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen.

Kosten

- 30 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen. Aangezien het Koninkrijk der Nederlanden in het ongelijk is gesteld, dient het in de kosten van de procedure te worden verwezen.

HET HOF VAN JUSTITIE,

rechtdoende, verstaat:

- 1) Door in de aankondiging van de betrokken opdracht niet de personen te vermelden die bij de opening van de inschrijvingen worden toegelaten, evenmin als de dag, het uur en de plaats van deze opening, en door in het lastenboek een technische specificatie op te nemen die naar een produkt van een bepaald merk verwijst, is het Koninkrijk der Nederlanden de krachtens richtlijn 77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coör-

dinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, zoals gewijzigd bij de richtlijnen 80/767/EEG en 88/295/EEG van de Raad, en artikel 30 van het Verdrag op hem rustende verplichtingen niet nagekomen.

2) Het Koninkrijk der Nederlanden wordt verwezen in de kosten van de procedure.

Rodríguez Iglesias

Kapteyn

Mancini

Kakouris

Murray

Edward

Hirsch

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 24 januari 1995.

De griffier

De president

R. Grass

G. C. Rodríguez Iglesias