

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

C. STIX-HACKL

van 12 april 2005¹

I — Inleiding

1. In dit verzoek om een prejudiciële beslissing gaat het om de rol van het primaire recht op het gebied van overheidsopdrachten. Met name is de vraag aan de orde, welke verplichtingen voor de aanbestedende dienst uit de fundamentele vrijheden voortvloeien. De onderhavige zaak biedt hiermee tegelijkertijd de gelegenheid om de rechtspraak van het Hof, in het bijzonder het arrest *Telaustria* en *Telefonadress*², te preciseren.

verdienen de volgende handelingen (hierna: „richtlijnen”), die inmiddels zijn vervangen door nieuwe richtlijnen (het zogeheten „wetgevingspakket”), vermelding:

— van de zogenaamde „klassieke” richtlijnen, richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening³ (hierna: „dienstenrichtlijn”), en

II — Juridisch kader

A — Gemeenschapsrecht

2. Op het gebied van het afgeleide gemeenschapsrecht dat voor aanbestedingen geldt,

— richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie⁴ (hierna: „sectorenrichtlijn”).

¹ — Oorspronkelijke taal: Duits.

² — Arrest van 7 december 2000 (C-324/98, *Jurispr.* blz. I-10745).

³ — PB L 209, blz. 1, zoals nadien gewijzigd.

⁴ — PB L 199, blz. 84, zoals nadien gewijzigd.

B — *Nationaal recht*

3. Artikel 22, lid 3, van legge nr. 142 recante ordinamento delle autonomie locali (wet nr. 142 tot inrichting van de plaatselijke autonome overheden) van 8 juni 1990⁵ stond gemeenten en provincies toe, de plaatselijke openbare diensten die onder hun bevoegdheid vallen, op een van de sub a tot en met sub e genoemde wijzen te verrichten:

- a) in eigen beheer, wanneer door de geringe omvang of de bijzonderheden van de dienst geen instelling of onderneming hoeft te worden opgericht;
- b) door derden op basis van een concessieovereenkomst, wanneer hiervoor technische, economische of sociale redenen bestaan;
- c) door speciale bedrijven, mede voor de verrichting van verschillende diensten van economisch en commercieel belang;
- d) door instellingen, voor de verrichting van sociale diensten zonder commercieel oogmerk;

- e) door naamloze vennootschappen of vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid waarvan het meeste kapitaal door de overheid is ingebracht en die zijn opgericht of waarin wordt deelgenomen door het orgaan dat de betrokken openbare dienst verricht.

III — **Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vraag**

4. Consorzio Aziende Metano (hierna: „Coname”) had met de comune di Cingia de’ Botti (gemeente Cingia de’ Botti) een „overeenkomst voor het onderhoud, de leiding van en het toezicht op het methaangasdistributienet” gesloten voor de periode van 1 januari 1999 tot en met 31 december 2000.

5. Bij brief van 30 december 1999 heeft de gemeente Coname laten weten, dat de gemeenteraad bij besluit van 21 december 1999 „de overeenkomst voor het beheer van de distributie en het onderhoud van de gasinstallatie met Padania Acque SpA” had goedgekeurd. Bij hetzelfde besluit is ook de ontwerpovereenkomst tussen Padania Acque SpA (hierna: „Padania”) en de gemeente Cingia de’ Botti goedgekeurd.

6. Padania is een vennootschap die voor het grootste deel in overheidshanden is en die ontstaan is uit de overdracht van het

5 — *GIURI* nr. 135 van 12 juni 1990. Deze wet werd opgenomen in artikel 113 van decreto legislativo nr. 267 van 18 augustus 2000. Dit artikel werd later gewijzigd bij artikel 35, lid 1, van wet nr. 448 van 28 december 2001 (Legge Finanziaria voor het jaar 2002).

voormalige Consorzio per l'acqua potabile (consortium voor drinkwater) aan de gemeenten van de provincie Cremona. Hierin wordt deelgenomen door vrijwel alle gemeenten van deze provincie, waaronder de gemeente Cingia de' Botti, die 0,97 % van het kapitaal bezit, en de provincie Cremona.

deelneming bezitten, wanneer deze deelneming in het vennootschappelijk kapitaal zo klein is dat ze geen rechtstreekse controle op het beheer zelf mogelijk maakt, en dient bijgevolg te worden aangenomen dat wanneer de deelneming 0,97 % bedraagt, zoals in casu, er geen sprake is van „in house management’?”

7. Gezien de aard van deze onderneming werden de betrokken diensten overeenkomstig artikel 22, lid 3, sub e, van wet nr. 142/1990 rechtstreeks aan haar toegewezen.

8. Coname wendde zich tot het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia — Sezione staccata di Brescia, en vorderde in het bijzonder nietigverklaring van het gemeentelijke besluit. De nationale rechter heeft het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Verzetten de artikelen 43 EG, 49 EG en 81 EG, die met name verbieden beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat, respectievelijk beperkingen van het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap ten aanzien van de onderdanen van de lidstaten, alsmede handels- en ondernemingspraktijken die de mededinging binnen de Europese Unie kunnen verhinderen, beperken of vervalsen, zich ertegen dat het beheer van de openbare dienst van gasdistributie rechtstreeks, dit wil zeggen zonder aanbestedingsprocedure, wordt toegewezen aan een vennootschap waarin de gemeenten een

IV — Ontvankelijkheid

9. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing werpt verschillende vragen op met betrekking tot de ontvankelijkheid ervan.

A — Artikel 81 EG

10. Er bestaat twijfel omtrent de ontvankelijkheid van de prejudiciële vraag met betrekking tot artikel 81 EG.

11. Zoals blijkt uit de vaste rechtspraak van het Hof, moet de nationale rechter de precieze redenen vermelden waarom hij twijfelt over de uitlegging van het gemeen-

schapsrecht en zich genoopt ziet prejudiciële vragen aan het Hof voor te leggen.⁶ Het Hof heeft aldus verklaard dat het onontbeerlijk is dat de nationale rechter enigszins uiteenzet waarom hij om uitlegging van bepaalde communautaire voorschriften verzoekt en dat hij aangeeft welk verband hij legt tussen deze bepalingen en de in het geding toepasselijke nationale wettelijke regeling.⁷

12. Voorts heeft het Hof zich niet bevoegd geacht om uitspraak te doen over een prejudiciële vraag wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht geen enkel verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding.⁸

13. Met betrekking tot deze in de rechtspraak van het Hof geformuleerde eisen ten aanzien van de ontvankelijkheid van prejudiciële vragen moet worden vastgesteld dat de verwijzingsbeschikking met betrekking tot artikel 81 EG, afgezien van de weergave van dit artikel, enkel vermeldt dat de vrije mededinging een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht vormt en dat inbreuken hierop zeer uitzonderlijk en slechts onder bepaalde voorwaarden zijn toegestaan.

14. Daarmee voldoet de verwijzingsbeschikking echter niet aan de bovengenoemde eisen van de rechtspraak aangaande de motivering van het verzoek om uitlegging van een gemeenschapsrechtelijke bepaling.

15. Voorts zijn volgens vaste rechtspraak prejudiciële vragen slechts ontvankelijk, voor zover de verwijzingsbeschikking voldoende inlichtingen bevat over de feiten van het hoofdgeding.⁹

16. Op het gebied van het mededingingsrecht, waartoe ook artikel 81 EG betreffende het kartelverbod behoort, moeten in dit verband bijzonder strikte criteria worden gehanteerd.¹⁰

17. Met betrekking tot artikel 81 EG voldoet de verwijzingsbeschikking niet aan de voorwaarden aangaande de feitelijke situatie. De verwijzingsbeschikking bevat in het bijzonder geen inlichtingen met betrekking tot de betrokken ondernemingen en de gedragingen die volgens de verwijzende rechter onder artikel 81 EG vallen.

6 — Beschikkingen van 12 maart 2004, *Austroplant-Arzneimittel* (C-54/03, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 11); 25 juni 1996, *Italia Testa* (C-101/96, Jurispr. blz. I-3081, punt 6); 30 april 1998, *Testa en Modesti* (C-128/97 en C-137/97, Jurispr. blz. I-2181, punt 15), en 8 juli 1998, *Agostini* (C-9/98, Jurispr. blz. I-4261, punt 6).

7 — Beschikking *Austroplant-Arzneimittel*, reeds aangehaald (voetnoot 6), punt 11; beschikkingen van 7 april 1995, *Grau Gomis e.a.* (C-167/94, Jurispr. blz. I-1023, punt 9), en 28 juni 2000, *Laguillaumie* (C-116/00, Jurispr. blz. I-4979, punt 16).

8 — Beschikking *Austroplant-Arzneimittel*, reeds aangehaald (voetnoot 6), punt 12; arresten van 13 maart 2001, *Preussen Elektra* (C-379/98, Jurispr. blz. I-2099, punt 39), en 22 januari 2002, *Canal Satélite Digital* (C-390/99, Jurispr. blz. I-607, punt 19).

9 — Arrest van 26 januari 1993, *Telemarscabruzzo e.a.* (C-320/90–C-322/90, Jurispr. blz. I-393, punt 6); beschikkingen van 19 maart 1993, *Banchero* (C-157/92, Jurispr. blz. I-1085, punt 4), *Testa en Modesti*, reeds aangehaald (voetnoot 6), punt 5; *Agostini*, reeds aangehaald (voetnoot 6), punt 4, en *Austroplant-Arzneimittel*, reeds aangehaald (voetnoot 6), punt 10.

10 — Arrest van 13 april 2000, *Lehtonen en Castors Braine* (C-176/96, Jurispr. blz. I-2681, punt 22); beschikkingen *Banchero*, reeds aangehaald (voetnoot 9), punt 5; *Laguillaumie*, reeds aangehaald (voetnoot 7), punt 19, en beschikking van 11 februari 2004, *Cannito e.a.* (C-438/03, C-439/03, C-509/03 en C-2/04, Jurispr. blz. I-1605, punt 6).

18. Bijgevolg voldoet de verwijzingsbeschikking ten aanzien van artikel 81 EG niet aan de voorwaarden voor ontvankelijkheid van de prejudiciële vraag.

het gebied van het vrije verkeer van personen en diensten, zijn de fundamentele vrijheden niet van toepassing. Tot deze slotsom kwam het Hof in de zaak RI.SAN.¹¹

B — *De fundamentele vrijheden*

19. De prejudiciële vraag levert echter eveneens ontvankelijkheidsproblemen op met betrekking tot de genoemde fundamentele vrijheden (artikelen 43 EG en 49 EG).

20. Zo verklaarde het Hof een uit dezelfde lidstaat afkomstige en eveneens op overheidsopdrachten betrekking hebbende prejudiciële vraag niet-ontvankelijk, omdat in die zaak de vennootschap die de rechtmatigheid van de door de gemeente gemaakte keuze betwistte, in Italië was gevestigd en niet op grond van de vrijheid van vestiging of de vrijheid van dienstverrichting op de Italiaanse markt actief was. Het Hof oordeelde dat een dergelijke situatie geen enkel aanknopingspunt heeft met de door het gemeenschapsrecht geregelde situaties op het gebied van het vrije verkeer van personen en diensten. Wanneer een situatie zich in al haar aspecten binnen een enkele lidstaat afspeelt en uit dien hoofde geen enkel aanknopingspunt heeft met de door het gemeenschapsrecht geregelde situaties op

21. Toch heeft het Hof ook prejudiciële verzoeken ontvankelijk verklaard en met aanwijzingen voor de uitlegging en toepassing van het primaire recht beantwoord in zaken die een zuiver nationale situatie betroffen.¹² Wat overheidsopdrachten betreft, herinner ik dienaangaande aan de zaak Telaustria en Telefonadress¹³, waarin partijen in het hoofdgeding uit een en hetzelfde land afkomstig waren. Voorts kan de zaak Buchhändler-Vereinigung¹⁴ worden genoemd, waarin de in het arrest Telaustria en Telefonadress geformuleerde beginselen zijn toegepast. Ook in laatstgenoemde zaak waren alle partijen uit dezelfde lidstaat afkomstig. Dit geldt ook voor de zaak ARGE, waarin het Hof niettemin heeft geantwoord op een prejudiciële vraag met betrekking tot de uitlegging van een fundamentele vrijheid.¹⁵

22. Bijgevolg rijst de vraag waarom het Hof, ondanks de overeenkomst van de feiten met die van de zaak RI.SAN., inhoudelijk uit-

11 — Arrest van 9 september 1999 (C-108/98, Jurispr. blz. I-5219, punten 21 e.v.).

12 — Zie ook arrest van 5 maart 2002, Reisch e.a. (C-515/99, C-519/99-C-524/99 en C-526/99-C-540/99, Jurispr. blz. I-2157, punten 24 e.v.), dat evenwel geen betrekking had op het aanbestedingsrecht.

13 — Arrest reeds aangehaald (voetnoot 2).

14 — Beschikking van 30 mei 2002 (C-358/00, Jurispr. blz. I-4685).

15 — Arrest van 7 december 2000 (C-94/99, Jurispr. blz. I-11037), dat in het bijzonder betrekking had op de derde prejudiciële vraag.

spraak heeft gedaan op deze drie prejudiciële verzoeken aangaande overheidsopdrachten. Een mogelijke reden zou kunnen zijn, dat de in de zaak *Telaustria* en *Telefonadress* en de zaak *Buchhändler-Vereinigung* gestelde vragen zelf uitdrukkelijk de uitlegging van richtlijnen betroffen. In het onderhavige geval betreft de prejudiciële vraag daarentegen uitdrukkelijk het primaire recht, in het bijzonder twee fundamentele vrijheden.

23. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat de ontvankelijkheid van een prejudiciële vraag ervan afhangt, waarop deze vraag betrekking heeft, dat wil zeggen of zij primair dan wel afgeleid recht betreft.¹⁶

24. Er zijn twee redenen die ervoor pleiten dat ook in de onderhavige zaak de prejudiciële vraag met betrekking tot de betrokken fundamentele vrijheden ontvankelijk is: de ene is procedureel, de andere materieel van aard.

25. In procedureel opzicht herinner ik eraan, dat het Hof in een prejudiciële procedure tracht de verwijzende rechter een nuttig antwoord te geven. Dit is voor het Hof in bepaalde gevallen zelfs aanleiding om de prejudiciële vragen te herformuleren. In de onderhavige zaak is zulks evenwel niet mogelijk, omdat de vraag uitdrukkelijk op

de uitlegging van primair recht en niet van richtlijnen betrekking heeft, en de nationale rechter dit in een schriftelijk antwoord op een desbetreffende vraag van het Hof bevestigd heeft.

26. De vraag of het in het hoofdgeding om een concessie of om een opdracht in de zin van het gemeenschapsrecht gaat, hoeft uiteindelijk niet te worden beantwoord. Voor het Hof is het immers voldoende wanneer het op grond van de gestelde prejudiciële vragen „andere voor de beslechting van het geschil in het hoofdgeding nuttig *lijkende* uitleggingselementen in aanmerking [kan] nemen”.¹⁷ Of deze al dan niet ook *daadwerkelijk* op de feiten van het hoofdgeding worden toegepast, zou dus in zoverre geen criterium moeten zijn.

27. Inhoudelijk gezien moet ervoor worden gewaakt de in de zaak *RI.SAN* gekozen benadering tot dogma te verheffen. Juist op het gebied van het aanbestedingsrecht, dat nationale markten beoogt open te stellen, mag de vraag of in een concrete aanbestedingsprocedure en/of in de daaropvolgende nationale beroepsprocedure alle partijen uit dezelfde lidstaat als de opdrachtgever komen, namelijk geen rol spelen.¹⁸ Dit zou er immers ook op kunnen wijzen dat de vereiste openbaarmaking van de aanbestedingsprocedure juist niet gewaarborgd was

¹⁶ — Zie evenwel arrest van 5 december 2000, *Guimont* (C-448/98, Jurispr. blz. I-10663). In die zaak ging de prejudiciële vraag uitdrukkelijk over de uitlegging van primair gemeenschapsrecht.

¹⁷ — Arrest *Telaustria* en *Telefonadress*, reeds aangehaald (voetnoot 2), punt 59; cursivering van mij.

¹⁸ — Zie bijvoorbeeld ook de omstandigheden van de zaak *ARGE*, reeds aangehaald (voetnoot 15).

en dat daarom geen buitenlandse ondernemer heeft kunnen deelnemen. Dit geldt niet alleen voor de aanbestedingsrichtlijnen, maar ook voor de betrokken fundamentele vrijheden. Niet alleen de daadwerkelijk aan een aanbesteding deelnemende ondernemingen moeten worden beschermd, maar ook alle potentiële inschrijvers. Bijgevolg is alleen al de mogelijkheid van een benadeling van ondernemingen uit andere lidstaten voldoende om te kunnen spreken van een grensoverschrijdende situatie, waarmee aan een voorwaarde voor de toepassing van de fundamentele vrijheden is voldaan.

28. Deze redenen pleiten voor de ontvankelijkheid van de prejudiciële vraag, voor zover deze de fundamentele vrijheden van de artikelen 43 EG en 49 EG betreft.

V — Gegrondheid

29. Voorzover ontvankelijk heeft de prejudiciële vraag in wezen betrekking op de reikwijdte van de artikelen 43 EG en 49 EG, en wel op de verplichtingen en verboden die daaruit voortvloeien op het gebied van aanbestedingsprocedures.

30. Aldus heeft de prejudiciële vraag betrekking op een wezenlijk deel van de beginselen die volgens het Hof „de fundamentele regels

van het Verdrag in het algemeen en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in het bijzonder” vormen.¹⁹

A — Inleidende opmerkingen over de toepasselijke bepalingen

31. Het enkele feit dat de prejudiciële vraag uitdrukkelijk betrekking heeft op de uitlegging van sommige bepalingen van primair recht, betekent nog niet dat deze bepalingen ook daadwerkelijk van toepassing zijn.

32. De toepasselijkheid ervan hangt veeleer af van de vraag, of de concrete plaatsing van de opdracht in het hoofdgeding de respectievelijke voorwaarden voor toepassing van deze primairrechtelijke bepalingen vervult.

33. Dienaangaande is niet doorslaggevend dat de nationale rechter de opdracht als „concessione” heeft aangeduid, aangezien deze aanduiding ook betrekking kan hebben op het nationale recht, dat dit begrip kent. Het nationale begrip hoeft evenwel niet noodzakelijk met het gemeenschapsrechtelijke begrip overeen te stemmen. Maar zelfs wanneer de nationale rechter het gemeen-

19 — Arrest Telaustria en Telefonadress, reeds aangehaald (voetnoot 2), punt 60; zoals bevestigd, in andere bewoordingen, in de beschikking van 3 december 2001, Vestergaard (C-59/00, Jurispr. blz. I-9505, punt 20).

schapsrechtelijke concessiebegrip op het oog zou hebben gehad, betekent dit nog niet dat deze kwalificatie in het hoofdgeding ook van toepassing is.

34. En zelfs wanneer voldaan zou zijn aan de voorwaarden voor toepassing van het afgeleide recht, blijft een andere vraag onbeantwoord, namelijk de vraag onder welke richtlijn de concrete situatie valt. De concrete relevante feiten zijn namelijk niet in detail bij het Hof bekend.

35. Aangezien gemeenten in hun hoedanigheid van plaatselijke overheden aanbestedende diensten in de zin van zowel de klassieke aanbestedingsrichtlijnen als in de zin van de sectorenrichtlijn zijn, moet worden vastgesteld wat het voorwerp van de opdracht is. Dit voorwerp is bepalend voor de vraag welke richtlijn van toepassing is.²⁰

36. Zelfs wanneer duidelijk zou zijn dat niet de — in verhouding tot de andere richtlijnen specifieke — sectorenrichtlijn van toepassing is, is nog steeds niet duidelijk onder welke van de klassieke aanbestedingsrichtlijnen de opdracht valt. Doorslaggevend hiervoor is de vraag wat het voorwerp van de opdracht is, de levering van goederen, zoals bijvoorbeeld de levering van energie, dan wel de verrichtingen van diensten, zoals bijvoorbeeld

algemene technische diensten. Wanneer sprake is van een gemengde opdracht, die dus zowel op goederen als op diensten betrekking heeft, is ingevolge artikel 2 van de dienstenrichtlijn de waarde van de bestanddelen van de opdracht doorslaggevend.

37. Weliswaar blijkt uit het dossier niet dat het om een dergelijke gemengde opdracht gaat, maar gelet op de praktijk in de betrokken lidstaat lijkt dit niet uitgesloten, zoals ook blijkt uit een prejudiciële procedure²¹ waarin het Hof reeds uitspraak heeft gedaan.

38. Zoals reeds in de zaak *RI.SAN* het geval was, kan het Hof de inlichtingen van de verwijzende rechter, dat het hoofdgeding geen betrekking heeft op het plaatsen van een opdracht voor dienstverlening niet op hun juistheid beoordelen.²²

39. Maar zelfs wanneer een bepaalde opdracht in beginsel voldoet aan alle voorwaarden voor de toepassing van een van de richtlijnen, kan de concrete plaatsing van de opdracht niettemin door de betrokken richtlijn uitgesloten zijn. Zo kan in het onderhavige geval naast een van de uitdrukkelijk in de richtlijnen voorziene uitzonderingen,

20 — Zie dienaangaande arresten van 10 april 2003, Commissie/Duitsland (C-20/01 en C-28/01, Jurispr. blz. I-3609), en 18 november 2004, Commissie/Duitsland (C-126/03, Jurispr. blz. I-11195).

21 — Beschikking van 14 november 2002, Comune di Udine en AMGA (C-310/01, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie).

22 — Arrest reeds aangehaald (voetnoot 11), punt 20.

zoals artikel 13 van de sectorenrichtlijn, ook één van de ongeschreven, door het Hof geformuleerde uitzonderingen van toepassing zijn, zoals de in het arrest in de zaak Stadt Halle²³ uitgelegde Teckal-uitzondering²⁴ voor de zogenaamde „quasi in house“-opdrachten. Wanneer dit het geval was, zou opnieuw primair recht van toepassing zijn.

kunnen voortvloeien uit de artikelen 43 EG en 49 EG, heeft betrekking op de principiële vraag of de fundamentele vrijheden niet alleen verboden in de vorm van beperkingen van het handelen van de lidstaten vastleggen, maar ook positieve verplichtingen en zo ja, welke.

40. Dat zou ook een van de redenen kunnen zijn dat de nationale rechter de prejudiciële vraag beperkt tot de uitlegging van primair recht.

41. Mocht namelijk geen van de richtlijnen van toepassing zijn, dan zouden de fundamentele vrijheden die de lidstaten in het bijzonder verplichtingen inzake gelijke behandeling en transparantie tegenover marktdeelnemers uit andere lidstaten opleggen, voor de beslechting van het onderhavige geval doorslaggevend kunnen zijn.

43. Een aantal van de uit de fundamentele vrijheden voortvloeiende verboden kunnen zonder problemen als beperkingen worden gekwalificeerd en zijn overigens ook het voorwerp geweest van talloze zaken voor het Hof. Met betrekking tot overheidsopdrachten hoef ik maar te herinneren aan het uit het vrij verkeer van goederen voortvloeiende verbod, volgens hetwelk het Verdrag „zich ertegen verzet dat een aanbestedende dienst in het bestek voor die overheidsopdracht een clause opneemt die voor de uitvoering van die overheidsopdracht het gebruik van een product van een bepaald merk voorschrijft zonder toevoeging van de vermelding „of daarmee overeenstemmend””.²⁵

B — Fundamentele vrijheden en positieve verplichtingen

42. Deze zaak, waarin het draait om de vraag welke verplichtingen voor de opdrachtgever

44. De feiten en omstandigheden van die rechtszaak en de behandeling ervan door het Hof laten echter heel duidelijk zien dat een verbod om iets na te laten, namelijk een bepaalde toevoeging aan te brengen, ook als een verplichting om iets te doen, namelijk een bepaalde toevoeging te gebruiken, kan worden opgevat.

²³ — Arrest van 11 januari 2005 (C-26/03, Jurispr. blz. I-1).

²⁴ — Arrest van 18 november 1999 (C-107/98, Jurispr. blz. I-8121).

²⁵ — Beschikking Vestergaard, reeds aangehaald (voetnoot 19), punt 24.

45. Toegepast op de feiten en omstandigheden van het hoofdgeding dat aan de onderhavige prejudiciële procedure ten grondslag ligt, betekent dit dat ten minste twee uitleggingen mogelijk zijn. In de eerste plaats zou men kunnen nagaan of de fundamentele vrijheden — opgevat als beperkingen — een verbod van onderhandse of rechtstreekse plaatsing inhouden. In de tweede plaats zou men kunnen onderzoeken of zij de verplichting tot een zekere mate van openbaarheid of tot een bepaalde wijze van openbaarmaking inhouden. Naar gelang men uitgaat van een nalaten of een handelen, is dus al dan niet sprake van een positieve verplichting.

46. Ook om een andere reden blijkt het evenwel absoluut noodzakelijk voor de beantwoording van de prejudiciële vraag om in het onderhavige geval op het vraagstuk van de positieve verplichtingen in te gaan.

47. De feiten en omstandigheden van het onderhavige geval kunnen immers ook vanuit de invalshoek van een beschermingsrecht worden bekeken. De gedragingen van de opdrachtgever of de concessiegever kunnen namelijk ook als een inbreuk op een recht van een derde worden aangemerkt, te weten als een inbreuk op het recht van ondernemingen om aan een aanbestedingsprocedure deel te nemen of hierop in te schrijven. De lidstaten, inclusief de aanbestedende dienst of de concessiegever, dienen zorg te dragen voor de naleving van dit uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende recht.

48. Volledigheidshalve wil ik ten slotte opmerken, dat men bij de beoordeling van

het onderhavige geval ook zou kunnen uitgaan van de vraag of hieruit voor de betrokken plaatselijke overheid een beschermings- dan wel een garantieverplichting voortvloeit. Hoe dan ook staat buiten kijf dat een lidstaat, en de in het geding zijnde gemeente maakt hiervan deel uit, verplicht is om de fundamentele vrijheden, in casu van de ondernemingen, dat wil zeggen van de mogelijke inschrijvers, te waarborgen.

49. Als wezenlijk uitgangspunt ter beantwoording van de vraag of de fundamentele vrijheden eigenlijk wel *positieve verplichtingen* bevatten en welke inhoud deze hebben, dient de rechtspraak van het Hof inzake onderlinge erkenning.

50. Uit deze rechtspraak kan zelfs een verplichting van de lidstaten worden afgeleid om een bepaalde procedure in te stellen en ook toe te passen. De verplichting tot handelen richt zich tot zowel de wetgever als het bestuur en de rechterlijke macht. De voorschriften die voortvloeien uit de fundamentele vrijheden hebben in het bijzonder betrekking op de inhoud van de procedure, bijvoorbeeld de verplichting om een bepaald onderzoek te verrichten. Vanuit procedureel oogpunt wordt dit onderzoek nader gespecificeerd doordat de doelstelling ervan en de gehanteerde methode, namelijk het vergelijken van bepaalde documenten, worden voorgeschreven. Bovendien moeten de

beslissingen worden gemotiveerd en zijn zij vatbaar voor rechterlijke controle.²⁶

de lidstaten, met inbegrip van gemeenten, gehouden om ook met betrekking tot opdrachten of concessies overeenkomstig te handelen en bijvoorbeeld bepaalde termijnen in acht te nemen of voor bepaalde openbaarmakingen te zorgen.

51. Deze verplichtingen kunnen ook worden toegepast op het aanbestedingsrecht, omdat het ook hier om de inachtneming van bepaalde procedurele beginselen gaat. Bijgevolg kan uit de bestaande rechtspraak inzake onderlinge erkenning worden afgeleid, dat de fundamentele vrijheden de lidstaten inderdaad ook bepaalde procedurele *verplichtingen* opleggen.

52. Een andere bron van primair recht naast de fundamentele vrijheden, waaruit procedurele voorschriften kunnen worden afgeleid, is artikel 10 EG. De eerste alinea van deze bepaling bevat duidelijk een tot de lidstaten gericht handelingsgebod („De lidstaten treffen alle [...] maatregelen welke geschikt zijn [...]"). Dit algemene en zeer fundamentele voorschrift bevat op zijn minst de verplichting om procedures, en dus ook aanbestedingsprocedures, op zodanige wijze in te richten dat de lidstaten hun materiële gemeenschapsrechtelijke verplichtingen nakomen.

54. In samenhang met artikel 10 EG gelden voorts de op grond daarvan ontwikkelde gemeenschapsrechtelijke gelijkwaardigheids- en effectiviteitsbeginselen, die aan het procedurele recht van de lidstaten, inclusief het aanbestedingsrecht, bepaalde grenzen stellen. Deze regels hebben niet alleen betrekking op de rechtsbescherming, maar ook reeds op de voorafgaande fase, namelijk het verloop van aanbestedingsprocedures. Uiteraard moet daarbij ieder geval „worden onderzocht met inaanmerkingneming van de plaats van die bepaling in de gehele procedure en van het verloop en de bijzondere kenmerken van die procedure”.²⁷

55. Deze primairrechtelijke regels, die de verplichtingen van de lidstaten uit hoofde van de fundamentele vrijheden aanvullen, zijn juist buiten de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen van grote betekenis.

53. Voorzover uit het gemeenschapsrecht en in casu uit de fundamentele vrijheden bepaalde verplichtingen voortvloeien, zijn

56. Ten slotte wil ik nog wijzen op de algemene rechtsbeginselen, waaruit eveneens regels voor het nationale procedurele recht

26 — Arrest van 7 mei 1991, Vlassopoulou (C-340/89, Jurispr. blz. I-2357, punten 16 e.v.).

27 — Arresten van 27 februari 2003, Santex (C-327/00, Jurispr. blz. I-1877, punt 56), en 10 april 2003, Steffensen (C-276/01, Jurispr. blz. I-3735, punt 66).

kunnen worden afgeleid, en die eveneens een rol kunnen spelen in de aanbestedingsprocedure. Dit geldt met name voor het algemene gelijkheidsbeginsel (beginsel van de gelijke behandeling), dat verder reikt dan het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit.

fundamentele vrijheden rechtvaardigen. Hierbij komen niet alleen de gronden in aanmerking die uitdrukkelijk in het Verdrag zijn vastgelegd, zoals bijvoorbeeld de openbare veiligheid of de volksgezondheid²⁸, maar ook de algemene belangen in de zin van de Cassis de Dijon-rechtspraak.

C — Verplichtingen uit hoofde van de fundamentele vrijheden bij aanbestedingen

1. Beperkte werkingssfeer van de fundamentele vrijheden

57. Zelfs wanneer men ervan uitgaat dat de fundamentele vrijheden in beginsel van toepassing zijn op aanbestedende diensten en concessiegevers, betekent dit nog niet dat elke plaatsing van opdrachten onder de fundamentele vrijheden valt.

59. Dat de rechtvaardigingsgronden in beginsel ook van toepassing zijn op het verlenen van concessies, is ook door de Commissie in een van haar mededelingen erkend.²⁹ De voorwaarden om zich op een van de rechtvaardigingsgronden te kunnen beroepen, waarop ik hier niet nader zal ingaan — zoals bijvoorbeeld de voorwaarde van de evenredigheid van een nationale maatregel — moeten vanzelfsprekend ook bij aanbestedingen worden vervuld.

60. Naast deze met de fundamentele vrijheden samenhangende rechtvaardigingsgronden gelden nog de uitzonderingsbepalingen die uitdrukkelijk in het Verdrag zijn vastgelegd. Ook deze kunnen van toepassing zijn op het verlenen van concessies, met als gevolg dat de concessiegever niet gebonden is aan de vereisten die uit de fundamentele vrijheden voortvloeien.

61. Ik denk in het bijzonder aan de bepalingen die betrekking hebben op bepaalde aspecten van de binnen- en buitenlandse veiligheid, waarnaar ook ter terechtzitting

58. Het is bijvoorbeeld niet uitgesloten dat een opdrachtgever of een concessiegever terecht een beroep doet op een van de vele gronden die de niet-toepassing van de

28 — Het gaat, wat de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten betreft, om de artikelen 45 EG en 55 EG.

29 — Interpretatieve mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautaire recht (PB 2000, C 121, punt 3.1).

werd verwezen. Zo staat artikel 296, lid 1, sub b, EG de lidstaten toe, bepaalde maatregelen te nemen die noodzakelijk zijn voor de bescherming van de wezenlijke belangen van hun veiligheid. Op het gebied van aanbestedingen geldt dit voor de aanschaf van bepaalde defensiegoederen. Weliswaar is dit niet de meest geëigende sector voor concessieverlening, maar het gemeenschapsrecht sluit dit in elk geval niet uit.

62. Artikel 297 EG verleent op zijn beurt de lidstaten de bevoegdheid om bepaalde maatregelen te nemen in bepaalde crisissituaties. Ook deze bepaling is in beginsel tevens op overheidsaankopen van toepassing.

63. Zoals met name uit artikel 298 EG blijkt, zijn de bevoegdheden van de lidstaten bij de toepassing van de genoemde bepalingen van het Verdrag uiteraard niet onbeperkt en zijn zij in het bijzonder aan het toezicht van de Commissie en het Hof onderworpen.

64. Ten slotte wijs ik nog op een andere regeling van primair recht, die weliswaar niet op de fundamentele vrijheden is toegesneden, maar niettemin als een uitzondering hierop kan fungeren. Artikel 86, lid 2, EG bepaalt immers dat de „regels van dit Verdrag” — met inbegrip dus van de fundamentele vrijheden — gelden „voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert”. Voorts geldt nog een andere voorwaarde, namelijk dat de ontwikkeling van het han-

delsverkeer niet in zekere mate nadelig mag worden beïnvloed. Deze bepaling richt zich — in tegenstelling tot artikel 10 EG dat zich tot de lidstaten richt — enkel tot ondernemingen, en wel alleen die ondernemingen die met het beheer van bepaalde diensten belast zijn of die het karakter van een fiscaal monopolie hebben. Daarom is deze bepaling uitsluitend van toepassing op concessiegevers die als dergelijke ondernemingen moeten worden aangemerkt.

65. Met het oog op de onderhavige prejudiciële procedure zou bijgevolg moeten worden nagegaan, of de concessiegever onder een van de uitgesloten categorieën ondernemingen valt en of de wijze waarop de opdracht is geplaatst noodzakelijk was om zijn taak van algemeen belang te kunnen vervullen onder economisch aanvaardbare omstandigheden.³⁰ Het is natuurlijk ook mogelijk dat de betrokken lidstaat een beroep doet op artikel 86 EG om de overdracht van rechten aan een onderneming te rechtvaardigen.³¹

66. Ten slotte wil ik nog ingaan op de tijdens de procedure aangehaalde arresten in de zaken Teckal³² en Stadt Halle³³, alsmede op de uitzondering van artikel 13 van de sectorenrichtlijn voor bepaalde plaatsingen van opdrachten aan gelieerde ondernemingen.

30 — Arresten van 19 mei 1993, Corbeau (C-320/91, Jurispr. blz. I-2533, punt 16), en 25 oktober 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Jurispr. blz. I-8089, punt 57).

31 — Arrest van 23 oktober 1997, Commissie/Nederland (C-157/94, Jurispr. blz. I-5699, punt 32).

32 — Arrest reeds aangehaald (voetnoot 24).

33 — Arrest reeds aangehaald (voetnoot 23).

67. Op grond van deze rechtspraak, respectievelijk regeling, mogen onder zeer specifieke voorwaarden de klassieke richtlijnen betreffende overheidsopdrachten en de sectorenrichtlijn buiten toepassing worden gelaten. Opdrachten die onder een van deze uitzonderingen vallen, zijn bijgevolg niet onderworpen aan aanbestedingsvoorschriften van het afgeleide recht. Dit betekent echter automatisch, dat het primaire recht, inclusief de in geding zijnde fundamentele vrijheden, van toepassing is.

68. Noch de aangehaalde rechtspraak noch de uitdrukkelijke bepalingen van de sectorenrichtlijn leiden echter tot niet-toepassing van het primaire recht. Voor een zo vergaande uitzondering op het gemeenschapsrecht bieden namelijk noch het primaire recht noch de rechtspraak een grondslag. Wanneer dus het primaire recht op de in geding zijnde opdracht van toepassing is, is de vraag naar de betekenis van de aangehaalde rechtspraak, respectievelijk regeling van de sectorenrichtlijn, overbodig, aangezien het daarbij gaat om uitzonderingen op de toepassing van het afgeleide recht.

2. Gradaties binnen het primaire recht of uniforme aanbestedingsregeling?

69. Zelfs wanneer vaststaat dat het primaire recht, zoals de fundamentele vrijheden, van toepassing is op een bepaalde opdracht, moet

vervolgens worden nagegaan welke concrete verplichtingen de opdrachtgever of de concessiegever hebben. Het gaat derhalve om de vaststelling van een mogelijk uit de fundamentele vrijheden voortvloeiende aanbestedingsregeling.

70. Ten aanzien hiervan kan men zich om te beginnen afvragen, of de fundamentele vrijheden eigenlijk wel een regeling, die ook nog eens uniform is, vastleggen, dat wil zeggen of voor alle hieronder vallende opdrachten dezelfde voorschriften gelden. Op een hoog abstractieniveau is dit wellicht het geval. Zo dienen de onder de verantwoordelijkheid van de lidstaten vallende opdrachtgevers en concessiegevers bijvoorbeeld het discriminatieverbod en bepaalde beperkingen van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten in acht te nemen.

71. Alleen al het feit dat uit de fundamentele vrijheden geen enkel voorschrift voortvloeit dat ook maar bij benadering zo concreet is als de voorschriften van de richtlijnen, pleit er echter tegen dat voor alle overheidsopdrachten dezelfde procedureregels, bijvoorbeeld met betrekking tot de aard en de inhoud van de openbaarmaking, gelden.

72. Het zou weliswaar, in het belang van de transparantie van rechtsregels en de rechtszekerheid, voor zowel opdrachtgevers en concessiegevers als ondernemingen en mogelijke inschrijvers wenselijk zijn, indien het primaire recht een aanbestedingsregeling of op zijn minst een aantal van deze

regelingen kende; op deze wijze zouden bijvoorbeeld de problemen kunnen worden voorkomen die soms in de praktijk ontstaan doordat in de loop van een procedure tot verlening van een concessie pas tijdens de onderhandelingen blijkt dat sprake is van een opdracht.³⁴

arresten Teckal en Stadt Halle geformuleerde uitzonderingen en op artikel 13 van de sectorenrichtlijn, in die zin dat voor de hieronder vallende opdrachten een minder strikte regeling geldt. Aan een dergelijke analoge toepassing van deze uitzonderingen als indelingscriterium staat echter in de weg, dat het primaire recht nu juist geen uniforme aanbestedingsregeling kent, waarvan kan worden afgeweken.

73. Aan de andere kant is het bij aanbestedingen echter wenselijk dat de betrokken partijen over een zekere speelruimte beschikken. Zo bevatten de richtlijnen al een reeks van opties dienaangaande. Dit zou a fortiori binnen de werkingssfeer van het primaire recht moeten gelden.

76. Bijgevolg zou het logisch zijn om gebruik te maken van criteria die ook in de richtlijnen ter vaststelling van categorieën van overheidsopdrachten worden gehanteerd.

74. Het probleem is nu, hoe de categorieën van opdrachten vast te stellen waarop telkens een bepaalde regeling van toepassing is. Noch de bewoordingen van het Verdrag noch de rechtspraak met betrekking tot de fundamentele vrijheden, in het bijzonder die betreffende aanbestedingen, bevatten evenwel criteria voor de afbakening van bepaalde groepen (categorieën) van opdrachten. Dat in dezen echter een indeling noodzakelijk is, vloeit reeds uit het evenredigheidsbeginsel voort.

77. Een wezenlijk aspect hierbij vormt in de eerste plaats de geschatte waarde van de opdracht.³⁵ Voorts speelt het voorwerp een rol, dat wil zeggen de vraag of het gaat om diensten, leveringen, of de uitvoering van werken. Met betrekking tot dienstverrichtingen zou men weer net als de richtlijnen, die onderscheiden tussen uitgesloten, niet-prioritaire en prioritaire diensten, een onderscheid kunnen maken naar gelang van het precieze voorwerp daarvan. Ook zou rekening moeten worden gehouden met de mate van complexiteit van de opdracht, dat wil zeggen of het om tamelijk gestandaardiseerde goederen dan wel complexe infrastructurale projecten gaat, waarvan de technische, juridische of financiële voorwaarden bij aanvang van de aanbestedingsprocedure geenszins kunnen worden aangegeven.

75. Het zou weliswaar denkbaar zijn om ook in dit verband terug te vallen op de in de

34 — Groenboek over publiek-private samenwerking en het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten (COM/2004/327 def., punten 34 e.v.).

35 — De gemeenschapswetgever heeft gemeend dat de procedures van de richtlijnen niet geschikt zijn wanneer het gaat om opdrachten van geringe waarde [beschikking Vestergaard, reeds aangehaald (voetnoot 19), punt 19].

78. Deze in de richtlijnen opgenomen indeling in categorieën is op de voor opdrachten in het algemeen geldige gedachte gebaseerd dat bepaalde opdrachten een grotere relevantie hebben voor de interne markt dan andere, dat wil zeggen voor een grotere kring van marktdeelnemers van belang zijn, namelijk ook voor ondernemingen uit andere lidstaten. Dit aspect zou juist bij de toepassing van de fundamentele vrijheden van belang moeten zijn, aangezien deze een grensoverschrijdend element vereisen.

79. Verder zou men ten behoeve van de onderlinge afbakening van de categorieën, dat wil zeggen de indeling van een bepaalde opdracht onder een bepaalde categorie en daarmee onder een bepaalde regeling, tevens kunnen uitgaan, zoals in de richtlijnen gebeurt, van bepaalde omstandigheden, zoals het bestaan van uitsluitende rechten of urgentie. Zodoende zouden bepaalde opdrachten die binnen de werkingssfeer van de fundamentele vrijheden vallen zelfs volledig vrijgesteld kunnen zijn van de verplichting tot aankondiging van een overheidsopdracht.

80. In het uiterste geval zou een stelsel dat alle opdrachten omvat — en dat bestaat uit verschillende categorieën, waarvoor telkens een bepaalde regeling geldt — uiteindelijk echter neerkomen op een van de richtlijnen gekopieerde, uit verschillende lagen bestaande primairrechtelijke aanbestedingsregeling, of, preciezer gezegd, op verschillende regelingen. De in deze prejudiciële procedure genoemde transparantie vormt echter slechts één van de vele regelingsterreinen.

81. Ten slotte wijs ik nog op het ook op aanbestedingsprocedures van toepassing zijnde effectiviteitsbeginsel. Ingevolge dit beginsel moet rekening worden gehouden met de gehele procedure, het verloop en de bijzonderheden ervan.³⁶

3. De primairrechtelijke voorschriften

82. Allereerst wijs ik erop dat in het kader van het primaire recht in elk geval niet dezelfde aanbestedingsregeling geldt als binnen de werkingssfeer van de richtlijnen. Tegen een dergelijke algemene, analoge toepassing pleiten met name twee argumenten.

83. In de eerste plaats zou aldus — en wel zonder de normatieve procedure van het primaire recht te doorlopen — zelfs buiten de richtlijnen de regeling komen te gelden die enkel voor de onder deze richtlijnen vallende opdrachten is vastgesteld. Hiermee zou men de communautaire wetgevingsprocedure omzeilen. In de tweede plaats zou worden voorbijgegaan aan de richtlijnen zelf, die juist enkel voor specifieke opdrachten bepalingen vaststellen.

³⁶ — Arresten reeds aangehaald (punt 27) Steffensen, punt 66, en — in het bijzonder met betrekking tot het aanbestedingsrecht — Santex, punt 56.

84. Om te beginnen herinner ik er evenwel aan, dat de voorschriften die uit de fundamentele vrijheden kunnen worden afgeleid in beginsel voor alle aspecten van opdrachten gelden, dat wil zeggen in de eerste plaats voor het materiële aspect, zoals de omschrijving van het voorwerp van de prestatie (bijvoorbeeld door middel van technische specificaties of de looptijd van een concessie) of geschiktheidscriteria (vooral kwalificaties), en de gunningscriteria, waarbij in het bijzonder het beginsel van onderlinge erkenning in acht moet worden genomen. In de tweede plaats gelden deze voorschriften ook voor het procedurele aspect, dus voor de procedure in eigenlijke zin, zoals de keuze van de te volgen procedure — waartoe ook de openbaarmaking van een aankondiging van opdracht behoort — en de termijnen (bijvoorbeeld voor de indiening van het verzoek tot deelname of de inschrijving).

bij aanvang van de aanbestedingsprocedure vastgestelde vereisten in acht moeten worden genomen en dat zij op dezelfde wijze voor alle gegadigden moeten gelden.

87. Aangezien het in de onderhavige prejudiciële procedure echter enkel om de vereiste transparantie gaat, zal ik mij in de navolgende uiteenzetting tot dit aspect beperken.

a) Transparantie

85. Behalve het in deze zaak in geding zijnde vereiste van transparantie kunnen als voorschriften ook nog worden genoemd het hiermee samenhangende gelijkheidsbeginsel³⁷, het mededingingsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel, die ook binnen de werkingssfeer van het primaire recht zouden gelden.

88. Om te beginnen wil ik opmerken dat, volgens de richtlijnen, transparantie méér inhoudt dan enkel de aspecten die verband houden met de openbaarmaking van een bepaalde aanbestedingsprocedure. Tot die aspecten behoren bijvoorbeeld de verschillende vormen van openbaarmaking, zoals een oproep tot deelname aan een aanbestedingsprocedure of een oproep tot mededinging, dat wil zeggen een oproep tot het indienen van inschrijvingen.

86. Uit het gelijkheidsbeginsel kan bijvoorbeeld worden afgeleid dat de keuze van de concessiehouders op een objectieve grondslag moet berusten. Dit betekent ook dat de

89. Voorts kennen de richtlijnen nog andere openbaarmakingsverplichtingen, zoals de verplichting tot mededeling van het resultaat van de gunningsprocedure. Daarenboven voorzien de richtlijnen in interne registratiebepalingen, zoals bijvoorbeeld het opstellen

37 — Arresten van 18 november 1999, *Unitron Scandinavia* en 3-S (C-275/98, jurispr. blz. I-8291, punt 31), en *Telaustria* en *Telefonadress*, reeds aangehaald (voetnoot 2), punt 61.

van een proces-verbaal of het bewaren van bepaalde documenten.³⁸ Deze verplichtingen zouden naar analogie ook in het primaire recht kunnen worden opgenomen.

binnen de werkingssfeer van het primaire recht onvervalste mededinging garanderen en bijdragen tot de opening van de nationale markten.

90. Het beginsel van transparantie vormt bovendien veelal eerder een leidend beginsel voor de gehele aanbestedingsprocedure. Hieronder valt bijvoorbeeld ook de inzichtelijkheid van besluiten van de opdrachtgever en, in het algemeen, een objectieve handelwijze tijdens een aanbestedingsprocedure.

91. In de onderhavige procedure wordt het Hof verzocht, zijn rechtspraak met betrekking tot de verplichting tot openbaarheid te preciseren. In de zaak *Telaustria* en *Telefonadress* heeft het immers als beginsel geformuleerd dat de „op de aanbestedende dienst rustende verplichting tot transparantie [in]houdt [...], dat aan elke potentiële inschrijver een *passende mate* van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstemarkt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst”.³⁹

92. Om de „passende mate van openbaarheid” vast te stellen, moet worden uitgegaan van het doel van de uit te leggen verplichting tot transparantie. Zoals voor de richtlijnen geldt, moet transparantie namelijk ook

93. De „passende mate van openbaarheid” van een opdracht heeft in de eerste plaats betrekking op de vraag of eigenlijk wel een openbaarmaking moet plaatsvinden. Het is bijvoorbeeld niet denkbaar dat er ook gevallen zijn waarin een onderhandse aanbesteding, dat wil zeggen een aanbestedingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging van opdracht, mag worden gevoerd. Hetgeen de richtlijnen toestaan, moet immers binnen de werkingssfeer van het primaire recht a fortiori zijn toegestaan. Teneinde het onderscheid tussen richtlijnen en primair recht niet te doen vervagen, zou het te ver gaan om aanbestedingsprocedures zonder aankondiging van opdracht slechts onder de voorwaarden van de richtlijnen, dat wil zeggen om de daarin limitatief vermelde redenen, toe te staan. Het zou eveneens te ver gaan om de toelaatbaarheid van een dergelijke procedure te laten afhangen van de voorwaarde dat contact wordt opgenomen met alle potentiële inschrijvers. Mocht de opdrachtgever of de concessiegever dit evenwel toch doen, dan is de transparantie in ieder geval gewaarborgd.⁴⁰

94. Aan de andere kant moet uiteraard worden verhinderd dat opdrachtgevers of concessiegevers misbruik maken van de hun toegestane speelruimte. Bijgevolg zou men in

38 — Zie dienaangaande artikel 12 van de dienstenrichtlijn en artikel 41 van de sectorenrichtlijn.

39 — Arrest *Telaustria* en *Telefonadress*, reeds aangehaald (voetnoot 2), punt 62; cursivering van mij.

40 — Dit neemt advocaat-generaal Fennelly in punt 43 van zijn conclusie met betrekking tot het hoofdgeding in de zaak *Telaustria* en *Telefonadress* aan, voor zover de inschrijvers niet allen of in meerderheid in dezelfde staat als de opdrachtgever zijn gevestigd.

beginsel kunnen uitgaan van een primair-rechtelijke openbaarmakingsplicht met verschillende uitzonderingsmogelijkheden. De opdrachtgever of de concessiegever zou dus in ieder afzonderlijk geval moeten motiveren, waarom van de openbaarmakingsplicht wordt afgeweken.

95. Maar zelfs wanneer men uitgaat van het beginsel van een openbaarmakingsplicht, blijven nog vele punten onopgehelderd.

96. Zo rijst om te beginnen de vraag naar de wijze van openbaarmaking. Enerzijds gaat het om het aspect van de geografische verspreiding, dat wil zeggen op lokaal, regionaal, nationaal en Europees niveau. Anderzijds gaat het om de aard van het medium zelf. Naast de traditionele gedrukte media, zoals officiële publicatiebladen, dagbladen of publicaties van de betrokken economische sectoren, komen bijvoorbeeld ook elektronische fora, zoals het Internet, in aanmerking. In sommige gevallen kan men zelfs zijn toevlucht nemen tot de archaische vorm van het aanplakbiljet.⁴¹

97. De wijze van openbaarmaking is echter slechts één van de vele aspecten. Daarnaast is het voor opdrachtgevers of concessiegevers van belang om te weten, welke eisen de fundamentele vrijheden aan hen stellen met

betrekking tot de minimale inhoud van de openbaarmaking. In het algemeen geldt hierbij als maatstaf dat zoveel inlichtingen moeten worden gegeven als de ondernemingen nodig hebben om te kunnen beslissen over hun deelname aan de aanbestedings-procedure of de indiening van een inschrijving. Aan de fundamentele vrijheden kunnen echter hoe dan ook geen voor alle gevallen geldende bijzonderheden worden ontleend die tezamen een model voor openbaarmakingen vormen, zoals de richtlijnen deze bevatten. Bijgevolg geldt ook met betrekking tot de minimale inhoud van een openbaarmaking als beginsel, dat de fundamentele vrijheden niet in alle gevallen verplichten tot het verstrekken van de inlichtingen die krachtens het afgeleide recht worden voorgeschreven door de modellen voor openbaarmakingen.

98. Zowel de wijze als de inhoud van de openbaarmaking hangt evenwel af van de binnen het primaire recht geldende, reeds genoemde criteria voor de afbakening van categorieën opdrachten en de daaruit voortvloeiende indeling.

99. Aangezien het dossier, in het bijzonder de verwijzingsbeschikking, niet de nodige details bevat om te kunnen bepalen welke mate van openbaarmaking in het hoofdgeding vereist is, en gelet op het beginsel dat het niet aan het Hof staat om in het kader van een prejudiciële procedure krachtens artikel 234 EG gemeenschapsrechtelijke bepalingen op een concrete feitelijke situatie

⁴¹ — Dit acht ook de Commissie geoorloofd in haar mededeling (aangehaald in voetnoot 29).

toe te passen, zal de nationale rechter zich dienen uit te spreken over de vraag of in het hoofdgeding de verplichting tot transparantie in acht is genomen.⁴²

100. Hiertoe dient de nationale rechter een marktanalyse te verrichten, in die zin dat hij in aanmerking neemt voor welke marktdeelnemers de voorgenomen opdracht met het oog op de potentiële mededinging van belang is, waarbij de waarde en het voorwerp van de opdracht een doorslaggevende rol spelen.

b) De uitzondering voor bepaalde „quasi in house”-opdrachten

101. Zoals ik reeds heb uiteengezet, kan noch de in de Teckal en Stadt Halle-rechtspraak geformuleerde uitzondering naar afgeleid recht, noch de uitzondering van artikel 13 van de sectorenrichtlijn ertoe leiden dat het primaire recht, dus ook de hier toepasselijke fundamentele vrijheden, buiten toepassing blijft.

102. Voorzover de in het hoofdgeding bestreden opdracht inderdaad als een dienstverleningsconcessie moet worden aangemerkt en op grond daarvan niet onder de richtlijnen valt, behoeft niet te worden stilgestaan bij de vraag of de richtlijnen niet op grond van een andere omstandigheid niet van toepassing zijn op deze opdracht, bijvoorbeeld omdat de uitzondering van de rechtspraak of van de sectorenrichtlijn van toepassing is. Het primaire recht is in dat geval namelijk reeds om een andere reden van toepassing.

103. Overigens staat het niet aan het Hof om in het kader van een prejudiciële procedure krachtens artikel 234 EG de gemeenschapsrechtelijke bepalingen toe te passen op de concrete feiten. Het Hof heeft dit juist in aanbestedingszaken herhaaldelijk benadrukt.⁴³ Het is veeleer de taak van de nationale rechter om na te gaan, of in het hoofdgeding is voldaan aan de door het Hof geformuleerde criteria, respectievelijk de voorwaarden van de sectorenrichtlijn. Hiertoe moet echter allereerst worden onderzocht, of eigenlijk wel een van de richtlijnen van toepassing is.

104. Voorzover sprake is van een dienstverleningsconcessie en de richtlijnen dus niet van toepassing zijn, blijven de beide „quasi in house”-uitzonderingen in elk geval buiten beschouwing.

42 — Zie, met betrekking tot een soortgelijke oplossing, arrest Telaustria en Telefonadress, reeds aangehaald (voetnoot 2), punt 63.

43 — Hiertoe volstaat een verwijzing naar het arrest Telaustria en Telefonadress, reeds aangehaald (voetnoot 2), punt 63; arresten van 22 mei 2003, Korhonen e.a. (C-18/01, Jurispr. blz. I-5321); 4 december 2003, EVN en Wienstrom (C-448/01, Jurispr. blz. I-14527), en beschikking Comune di Udine en AMGA, reeds aangehaald (voetnoot 21).

VI — Conclusie

105. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging, de prejudiciële vraag te beantwoorden als volgt:

„De artikelen 43 EG en 49 EG moeten in die zin worden uitgelegd dat zij in beginsel een verplichting tot transparantie inhouden. De artikelen 43 EG en 49 EG verzetten zich echter niet in alle gevallen tegen een rechtstreekse aanbesteding, dat wil zeggen de plaatsing van een opdracht zonder een aankondiging, respectievelijk zonder oproep tot mededinging. Om te bepalen of in een aanbestedingsprocedure zoals die in het hoofdgeding de rechtstreekse plaatsing van een opdracht is toegestaan, dient de nationale rechter een marktanalyse te verrichten in die zin dat hij in aanmerking neemt voor welke marktdeelnemers de voorgenomen opdracht met het oog op de potentiële mededinging van belang is, waarbij de waarde en het voorwerp van de opdracht een doorslaggevende rol spelen.”