

ARREST VAN HET HOF

5 oktober 2000 \*

In zaak C-337/98,

**Commissie van de Europese Gemeenschappen**, vertegenwoordigd door M. Nolin, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij C. Gómez de la Cruz, lid van deze dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verzoekster,

tegen

**Franse Republiek**, vertegenwoordigd door K. Rispal-Bellanger, onderdirecteur bij de directie juridische zaken van het Ministerie van Buitenlandse zaken, en A. Viéville-Bréville, chargé de mission bij deze directie, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ter Franse ambassade, Boulevard Joseph II 8 B,

verweerster,

betreffende een verzoek om vast te stellen dat de Franse Republiek bij haar besluit van 22 november 1996 om de vennootschap Matra Transport als hoofdaannemer aan te wijzen voor het sneltramproject voor het stadsdistrict van de agglomeratie Rennes, niet heeft voldaan aan de krachtens richtlijn 93/38/EEG van de Raad van

\* Procestaal: Frans.

14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 199, blz. 84), inzonderheid de artikelen 4, lid 2, en 20, lid 2, sub c, daarvan, op haar rustende verplichtingen,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: G. C. Rodríguez Iglesias, president, J. C. Moitinho de Almeida en L. Sevón, kamerpresidenten, P. J. G. Kapteyn, J.-P. Puissochet, P. Jann, H. Ragnemalm, M. Wathelet en V. Skouris (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: F. G. Jacobs

griffier: D. Louterman-Hubeau, hoofdadministrateur

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de pleidooien van partijen ter terechtzitting van 2 februari 2000, waarop de Commissie was vertegenwoordigd door M. Nolin en de Franse Republiek door J.-F. Dobelle, adjunct directeur bij de directie Juridische zaken van het Ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigde, en K. Rispal-Bellanger,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 23 maart 2000,

het navolgende

### Arrest

- 1 Bij op 14 september 1998 ter griffie van het Hof neergelegd verzoekschrift heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen krachtens artikel 169 EG-Verdrag (thans artikel 226 EG) het Hof verzocht vast te stellen dat de Franse Republiek bij haar besluit van 22 november 1996 om de vennootschap Matra-Transport (hierna: „Matra”) als hoofdaannemer aan te wijzen voor het sneltramproject van het stadsdistrict van de agglomeratie Rennes, niet heeft voldaan aan de krachtens richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 199, blz. 84), inzonderheid de artikelen 4, lid 2, en 20, lid 2, sub c, daarvan, op haar rustende verplichtingen.

### Rechtskader

#### *De gemeenschapsregeling*

#### Richtlijn 93/38

- 2 Artikel 4, leden 1 en 2, van richtlijn 93/38 bepaalt:

„1. Bij het plaatsen van opdrachten voor leveringen, voor de uitvoering van werken en voor het verrichten van diensten of bij het organiseren van prijsvragen voor ontwerpen passen de aanbestedende diensten de procedures toe die zijn aangepast aan de bepalingen van deze richtlijn.

2. De aanbestedende diensten zorgen ervoor dat er geen discriminatie tussen leveranciers, aannemers of dienstverrichters plaatsvindt.”

3 Artikel 20, lid 2, sub c, van richtlijn 93/38 bepaalt:

„Aanbestedende diensten kunnen in de volgende gevallen gebruik maken van een procedure zonder voorafgaande oproep tot mededinging:

(...)

c) wanneer de opdracht om technische of artistieke redenen of wegens de bescherming van alleenrechten slechts door een bepaalde leverancier, aannemer of dienstverrichter kan worden uitgevoerd.”

4 Artikel 45, leden 1 en 3, van richtlijn 93/38 bepaalt:

„1. De lidstaten treffen de nodige maatregelen om aan de bepalingen van deze richtlijn te voldoen en passen deze uiterlijk op 1 juli 1994 toe (...)

2. (...)

3. Onverminderd de verplichtingen van de lidstaten inzake de in artikel 37 van richtlijn 90/531/EEG vermelde termijnen, sorteert die richtlijn geen rechtsgevolgen meer vanaf de datum van toepassing van de onderhavige richtlijn door de lidstaten.”

#### Richtlijn 90/531/EEG

- 5 Behoudens enkele redactionele verschillen hadden de bepalingen van richtlijn 90/531/EEG van de Raad van 17 september 1990 betreffende de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 297, blz. 1), inzake het beginsel van non-discriminatie tussen leveranciers of aannemers (artikel 4) en de gevallen waarin gebruik kan worden gemaakt van een procedure zonder voorafgaande oproep tot mededinging (artikel 15), dezelfde inhoud als de overeenkomstige bepalingen van richtlijn 93/38, die zijn weergegeven in de punten 2 en 3 van dit arrest.
- 6 Artikel 37, leden 1 en 2, van richtlijn 90/531 bepaalt:

„1. De lidstaten treffen de nodige maatregelen om uiterlijk op 1 juli 1992 aan deze richtlijn te voldoen. Zij stellen de Commissie daarvan onverwijld in kennis.

2. De lidstaten kunnen bepalen dat de in lid 1 bedoelde maatregelen eerst met ingang van 1 januari 1993 van toepassing zijn.

(...)”

*De nationale regeling*

- 7 Artikel 104-II van de Code des marchés publics (wetboek betreffende overheidsopdrachten) luidt als volgt:

„Opdrachten kunnen via onderhandelingen zonder voorafgaande oproep tot mededinging worden geplaatst wanneer de opdracht slechts door een bepaalde aannemer of leverancier kan worden uitgevoerd.

Dat is het geval:

1. Wanneer in de behoeften slechts kan worden voorzien door een prestatie waarbij gebruik moet worden gemaakt van een uitvindingsoctrooi, een licentie of alleenrechten van één enkele aannemer of leverancier;

2. Wanneer in de behoeften slechts kan worden voorzien door een prestatie die wegens technische vereisten, aanzienlijke voorafgaande investeringen, speciale installaties of know-how slechts aan een bepaalde aannemer of leverancier kan worden toegewezen;

3. Voor de in de laatste zin van artikel 108 genoemde prestaties.

Deze opdrachten zijn vrijgesteld van de bij artikel 38 bedoelde openbare oproep tot mededinging.”

### Voorgeschiedenis van het geschil

- 8 Bij besluit nr. 89-18 van 26 oktober 1989 nam het comité syndical van het Syndicat intercommunal des transports collectifs de l'agglomération rennais (bestuur van de intercommunale vervoermaatschappij van de agglomeratie Rennes; hierna: „Sitcar”) de volgende beslissingen:

„1. bevestiging van de eerdere beslissingen om de agglomeratie te voorzien van openbaar vervoer op eigen baan (...)

2. voor de eerste lijn gelden de in de studie ‚TAU’ gegeven richtsnoeren voor het tracé, dat wil zeggen:

— Villejean aandoen van West naar Oost;

- het historisch centrum doorkruisen van Noord naar Zuid;
  
- langs het station passeren om de drie netten van stads-, spoor- en intergemeentelijk vervoer optimaal met elkaar te verbinden;
  
- de buurt Alma-Châtillon en Blosne in zijn belangrijkste gedeelte, het Zuid-Oosten, aandoen (...)

3. keuze voor de technologie van de automatische sneltram VAL (...)

4. de staat om de hoogst mogelijke financiële bijstand verzoeken (...)

5. op bovengenoemde basis alle dienstige contacten leggen met de regio en het departement (...)

6. het bureau machtigen tot het overleg dat nodig is om op de volgende zitting van het comité syndical de voor een onderzoek van het voorontwerp te sluiten overeenkomst te bespreken (...)



7. een wijziging van de huidige verdeelsleutel van de bijdrage van de gemeenten aan Sitcar zo vlug mogelijk onderzoeken (...)"

- 9 Bij besluit nr. 90-25 van 19 juli 1990 besliste het comité syndical van Sitcar:

„1. ervan akte te nemen dat voor het onderzoek en de verwezenlijking van het gedeelte ‚systeem en met het systeem verbonden uitrustingen‘ een overeenkomst zal worden gesloten met de vennootschap Matra-Transport als hoofdaannemer, zodra deze zich kan verbinden tot een gegarandeerde prijs waartegen het beoogde resultaat kan worden bereikt;

:1

2. het beginsel van een met deze vennootschap te sluiten overeenkomst voor bijstand en onderzoek ter begeleiding van het onderzoek van het beknopt voorontwerp van het gedeelte ‚civiele bouwkundige werken en niet met het systeem verbonden uitrustingen‘ goed te keuren en de president van het comité te machtigen tot ondertekening ervan.”

- 10 Bij brief van zijn president-directeur van 9 juli 1991 aan de president van het comité syndical van Sitcar wees Matra erop, dat de gegarandeerde prijs van het referentieproject van maart 1991 987 miljoen FRF tegen de waarde van januari 1991 bedroeg. De president-directeur van Matra wees er evenwel op, dat Matra op verzoek van Sitcar op basis van die prijs had gezocht naar „besparingen uit aanvullende inbrengen van Matra-Transport en uit voorstellen tot aanpassing van programma's zonder vermindering van de kwaliteit van de verstrekte dienst". Op deze basis stelde de president-directeur van Matra Sitcar een aantal wijzigingen van de programmagegevens voor en verklaarde hij, dat bij bevestiging van deze nieuwe gegevens de gegarandeerde prijs voor het gedeelte „Systeem" van het project VAL zou kunnen worden teruggebracht tot 953,2 miljoen FRF, exclusief belasting, tegen de waarde van januari 1991.
- 11 Bij besluit nr. 93-44 van 30 maart 1993 keurde de conseil du district urbain de l'agglomération rennais (raad van het stadsdistrict van de agglomeratie Rennes;

hierna: „conseil du district”), die in 1992 in de plaats van Sitcar is gekomen, de door Matra in het kader van de onderhandelingen voorgestelde prestatie als hoofdaannemer goed en machtigde hij de société d'économie mixte des transports collectifs de l'agglomération rennais (gemengd openbaarvervoerbedrijf van de agglomeratie Rennes; hierna: „Semtcar”) om de overeenkomst met Matra te ondertekenen overeenkomstig de bepalingen van de bij besluit van 15 januari 1993 door de conseil du district goedgekeurde lastgevingsovereenkomst.

- 12 Bij vonnis van 16 februari 1994 verklaarde het tribunal administratif de Rennes (Frankrijk) het besluit van 15 februari 1993 waarbij het sneltramproject voor het stadsdistrict van de agglomeratie Rennes van algemeen nut was verklaard (hierna: „DUP”), nietig, wat onder meer tot gevolg had, dat de door de staat voor de financiering van de werken uitgetrokken subsidie niet kon worden verleend.
  
- 13 Bij besluit nr. 95-233 van 22 september 1995 besliste de conseil du district „besluit nr. 93-44 van 30 maart 1993 tot goedkeuring van het sluiten via onderhandelingen van de overeenkomst met Matra-Transport en tot machtiging van Semtcar tot ondertekening ervan, in te trekken, daar aan dit besluit geen begin van uitvoering was gegeven en het zonder voorwerp was geraakt”. Bovendien besliste de conseil du district bij besluit nr. 95-234 van dezelfde dag, „Semtcar te verzoeken de uitwerking van die overeenkomst met Matra-Transport te hervatten binnen de grenzen van het bedrag dat op de begroting was uitgetrokken voor deze operatie en deze overeenkomst opnieuw aan het district ter goedkeuring voor te leggen”.
  
- 14 Bij besluit nr. 96-280 van 22 november 1996 ten slotte ging de conseil du district over tot goedkeuring van „de voorwaarden van de voor de verwezenlijking van het gedeelte ‚systeem en de met het systeem verbonden uitrustingen’ via onderhandelingen met de vennootschap Matra-Transport International te sluiten ontwerpovereenkomst” voor in het totaal „1 054 360 000 FRF, exclusief belasting, uitgedrukt in de waarde van november 1996, onderverdeeld in een vast gedeelte van 1 050 490 000 FRF, exclusief belasting, en een voorwaardelijk

gedeelte van 3 870 000 FRF, exclusief belasting”. Ook machtigde hij „Semtcar de overeenkomst krachtens artikel 7.4 van de lastgevingsovereenkomst van 23 februari 1993 te ondertekenen”.

### Precontentieuze procedure

- 15 Naar aanleiding van een klacht over de omstandigheden waarin het project van automatische sneltram voor het stadsdistrict van de agglomeratie Rennes aan Matra was gegund, verzocht de Commissie de Franse autoriteiten bij brief van 7 januari 1997 om verschillende inlichtingen over het plaatsen van deze opdracht, met opgave van de redenen waarom voor het gunnen van deze opdracht de procedure van onderhandelingen zonder voorafgaande oproep tot mededinging als bedoeld in artikel 104-II van de Code des marchés publics was gevolgd.
- 16 De Franse autoriteiten antwoordden de Commissie bij brief van 17 februari 1997 en vervolgens bij twee aanvullende nota's van 25 februari en 4 maart 1997. Zij stelden onder meer, dat de betrokken opdracht was gegund bij een besluit van het comité syndical van Sitcar van 26 oktober 1989, op welke datum de aanbestedende dienst had gekozen voor een door Matra te leveren systeem van automatische metro van het type VAL. Volgens de Franse autoriteiten moet dit besluit worden beschouwd als de gunning van de opdracht vóór de inwerkingtreding van richtlijn 90/531 op 1 januari 1993 en a fortiori vóór de inwerkingtreding van richtlijn 93/38, en inzonderheid de artikelen 4, lid 2, en 20, lid 2, sub c, ervan, op 1 juli 1994. Subsidiair wezen de Franse autoriteiten erop, dat Matra het enige bedrijf was dat in de collectieve behoeften kon voorzien. Dienaangaande merkten zij op, dat dit bedrijf in Rennes reeds aanzienlijke voorafgaande investeringen had gedaan, en concludeerden zij dat geen enkele gemeenschapsregel was geschonden.
- 17 De Commissie nam geen genoegen met dit antwoord en maande de Franse autoriteiten bij brief van 17 juni 1997 overeenkomstig artikel 169 van het

Verdrag aan, binnen een termijn van zes weken hun opmerkingen te maken, met name over de verenigbaarheid met de vereisten van artikel 20, lid 2, sub c, van richtlijn 93/38 van de bepalingen van artikel 104-II van de Code des marchés publics, dat als rechtsgrondslag voor het besluit van de aanbestedende dienst had gediend.

- 18 In hun brief van 20 augustus 1997 herhaalden de Franse autoriteiten dat Matra bij besluit van 26 oktober 1989 als hoofdaannemer voor de opdracht was aangewezen, en subsidiair, dat artikel 104-II van de Code des marchés publics verenigbaar was met artikel 20, lid 2, sub c, van richtlijn 93/38. Op 29 september en 7 november 1997 zijn twee aanvullende antwoorden toegezonden.
- 19 Van oordeel dat deze antwoorden geen elementen bevatten die de in haar aanmaningsbrief geuite grieven konden ontkrachten, deed de Commissie de Franse Republiek op 5 maart 1998 een met redenen omkleed advies toekomen, dat deze op 12 juni 1998 beantwoordde.
- 20 In deze juridische en feitelijke context heeft de Commissie het onderhavige beroep ingesteld.

### Ten gronde

- 21 Volgens de Commissie vormt de aanwijzing van Matra als hoofdaannemer voor de opdracht van het sneltramproject voor het stadsdistrict van de agglomeratie

Rennes via onderhandelingen zonder voorafgaande oproep tot mededinging een schending van richtlijn 93/38, inzonderheid de artikelen 4, lid 2, en 20, lid 2, sub c, ervan.

- 22 Aangezien blijktens de punten 8 tot en met 11 van het onderhavige arrest bepaalde feiten betreffende de betrokken opdracht plaatsvonden vóór het verstrijken van de termijn voor de uitvoering van richtlijn 93/38, dient, alvorens uitspraak te doen over de gestelde schending van deze richtlijn, te worden nagegaan, of zij van toepassing is op de betrokken procedure.
- 23 Met name uit het besluit van het comité syndical van Sitcar van 19 juli 1990, meer bepaald uit de verklaring dat voor het onderzoek en de verwezenlijking van het gedeelte „systeem en met het systeem verbonden uitrustingen” een overeenkomst zal worden gesloten „met de vennootschap Matra-Transport als hoofdaannemer zodra deze zich kan verbinden tot een gegarandeerde prijs waartegen het beoogde resultaat kan worden bereikt,” blijkt dat de aanbestedende dienst en Matra op die datum reeds in onderhandeling waren.
- 24 Bij brief van 9 juli 1991 bevestigde de president-directeur van Matra bovendien, dat mits een aantal door hem in het referentieproject voorgestelde wijzigingen werd aanvaard, de gegarandeerde prijs voor het onderdeel „systeem” van het project VAL zou kunnen worden teruggebracht tot 953,2 miljoen FRF, exclusief belasting tegen de waarde van januari 1991, hetgeen een ernstige aanwijzing is, dat de onderhandelingen tussen de aanbestedende dienst en Matra op die datum vergenodigd waren.
- 25 De onderhandelingen van de aanbestedende dienst met Matra werden dus aangeknoopt vóór 1 juli 1994, de datum van het verstrijken van de termijn voor uitvoering van richtlijn 93/38, en zelfs vóór 9 augustus 1993, de datum van bekendmaking van deze richtlijn in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*.

- 26 Aangezien bij een procedure voor het plaatsen van een opdracht via onderhandelingen de onderhandelingen het wezenlijke kenmerk vormen, dient te worden vastgesteld, dat de betrokken procedure in casu vóór de vaststelling van richtlijn 93/38 en a fortiori vóór het verstrijken van de termijn voor uitvoering ervan is aangevat. Deze richtlijn nu voorziet niet in overgangsbepalingen voor de reeds vóór 1 juli 1994 aangevatte en op die datum nog steeds lopende procedures.
- 27 Om uitspraak te doen over de toepassing van de door de Commissie in casu aangevoerde bepalingen van richtlijn 93/38 en aangezien de betrokken procedure lang heeft geduurd, dient in de eerste plaats te worden nagegaan, welk recht *ratione temporis* op deze procedure toepasselijk is.
- 28 Volgens de Commissie dient ter bepaling van het op een procedure van plaatsing van een opdracht toepasselijke recht, in de regel te worden uitgegaan van de datum van gunning van de opdracht. Als uitgangspunt valt volgens de Commissie evenmin uit te sluiten de datum waarop de plaatsingsprocedure is aangevat. Toch moet haars inziens tussen deze aanvang en de gunning van de opdracht een redelijke tijd zijn verlopen, wat in casu niet het geval was.
- 29 Volgens de Commissie werd de betrokken opdracht eerst bij het besluit van 22 november 1996 gegund, dat wil zeggen een hele tijd na de inwerkingtreding van richtlijn 93/38. Bij het besluit van 26 oktober 1989 werd volgens haar alleen gekozen voor de technologie van de automatische sneltram VAL, die destijds door ten minste twee constructeurs werd gebouwd. Zelfs op 19 juli 1990 kon nog niet worden gesproken van een overeenkomst met Matra, aangezien er geen overeenstemming was over de prijs of over de bestanddelen van de opdracht. De opdracht werd dus eerst aan Matra gegund bij het besluit van de conseil du district van 30 maart 1993, dat wil zeggen nadat dit bedrijf zich formeel had verbonden tot een gegarandeerde prijs.
- 30 De Commissie verklaart, dat indien een en ander op die datum was stopgezet, zij het onderhavige beroep niet zou hebben ingesteld, ofschoon richtlijn 90/531 reeds

van kracht was. Zij merkt evenwel op, dat de aanbestedende dienst na de nietigverklaring van de DUP door het tribunal administratif de Rennes het besluit van 30 maart 1993 heeft ingetrokken zonder daartoe juridisch verplicht te zijn. Naar Frans administratief recht geldt een intrekking evenwel als een nietigverklaring in rechte. Daaruit concludeert de Commissie, dat de intrekking definitief is geworden aangezien Matra ze niet heeft betwist, zodat dit besluit wordt geacht nooit te hebben bestaan. De litigieuze opdracht is dus bij het besluit van 22 november 1996 aan Matra gegund.

- 31 De Franse regering is daarentegen van mening, dat ook al worden overheidsopdrachten naar gemeenschapsrecht gedefinieerd als schriftelijk gesloten overeenkomsten, dit niet eraan in de weg staat, dat ter bepaling van het op een gunningsprocedure toepasselijke recht alleen rekening wordt gehouden met de aanvangsdatum van deze procedure. Bovendien vindt het vereiste van een redelijke termijn tussen de aanvang van de procedure en de gunning van de opdracht om ter bepaling van het toepasselijke recht rekening te kunnen houden met de aanvang van de procedure geen steun in het gemeenschapsrecht of in de rechtspraak van het Hof.
- 32 Volgens de Franse regering dateert de aanwijzing van Matra als begunstigde niet van het besluit van 22 november 1996 maar, impliciet, van het besluit van 26 oktober 1989, want VAL is een merk van Matra, zodat de aanbestedende dienst geen andere onderneming dan Matra als medecontractant had kunnen kiezen. Het besluit van 19 juli 1990 is een gunningsbesluit: zodra het besluit uitvoerbaar werd en Matra zich tot een prijs verbond, kon laatstgenoemde volgens de Franse regering de naleving ervan verlangen, daar het besluit voor haar subjectieve rechten deed ontstaan. Aangezien Matra zich op 9 juli 1991 voor het bereiken van het beoogde resultaat verbond tot een gegarandeerde prijs van 953,2 miljoen FRF, exclusief belasting, had zij dus recht op een overeenkomst als hoofdaannemer met het stadsdistrict van de agglomeratie Rennes.
- 33 Wat de intrekking van het besluit van 30 maart 1993 betreft, betoogt de Franse regering enerzijds, dat de aanbestedende dienst daartoe verplicht was, en anderzijds, dat de intrekking niet was ingegeven door de wil om opnieuw te

onderhandelen over de wezenlijke elementen van de opdracht. Evenmin had zij tot doel terug te komen van het besluit van 19 juli 1990 om met Matra te contracteren of was zij het gevolg daarvan. Met de intrekking van die handeling stelde de conseil du district de ondertekening van de opdracht alleen uit, waarbij hij de gevolgen trok uit de nietigverklaring van de DUP, een handeling die van de prefect uitging en waarvan de nietigverklaring niet aan het stadsdistrict van de agglomeratie Rennes of aan Matra, de begunstigde van de overeenkomst, was te wijten.

- 34 De Franse regering geeft toe, dat door de intrekking van deze handeling de overeenkomst zowel voor de toekomst als voor het verleden buiten de betalingsopdracht valt. De materiële contractuele bedingen werden evenwel, het procedurele formalisme even ter zijde gelaten, zoniet gevalideerd dan toch gezuiverd van elk verwijt, zodat de procedure van gunning van de opdracht zoniet in rechte dan toch in feite gewoon werd geschorst in afwachting van een nieuwe DUP. De intrekking van het besluit van 30 maart 1993 is dus zuiver formeel en kan de continuïteit van de procedure ten gronde derhalve niet aantasten.
- 35 Enerzijds zij eraan herinnerd, dat de Commissie met het onderhavige beroep wegens niet-nakoming de Franse Republiek een schending van de bepalingen van richtlijn 93/38 verwijt, die haar oorsprong vindt in een bepaalde beslissing van de aanbestedende dienst. Met deze beslissing koos deze dienst voor een procedure van onderhandelingen zonder voorafgaande oproep tot mededinging om de betrokken opdracht te plaatsen. Die keuze vindt volgens de Commissie geen steun in artikel 20, lid 2, van richtlijn 93/38.
- 36 Anderzijds zij erop gewezen, dat de beslissing van een aanbestedende dienst over het type te volgen procedure en over de noodzaak van een voorafgaande oproep tot mededinging om een overheidsopdracht te gunnen, een specifieke fase van de procedure vormt, waarin de wezenlijke kenmerken van het verloop van deze procedure worden bepaald, en die in de regel alleen in het aanvangsstadium ervan is te situeren.



- 37 Om uit te maken of richtlijn 93/38 op deze beslissing van toepassing is en dus om te bepalen, wat de dienaangaande uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichtingen van de aanbestedende dienst waren, dient in beginsel dus te worden uitgegaan van het tijdstip waarop deze beslissing is genomen.
- 38 In het onderhavige geval maakt de beslissing om gebruik te maken van onderhandelingen zonder voorafgaande oproep tot mededinging weliswaar deel uit van een gunningsprocedure, die eerst in november 1996 is afgesloten, dat wil zeggen meer dan twee jaar na het verstrijken van de termijn voor uitvoering van richtlijn 93/38. Volgens de rechtspraak inzake overheidsopdrachten verplicht het gemeenschapsrecht een aanbestedende dienst van een lidstaat evenwel niet, op verzoek van een particulier in te grijpen in bestaande rechtsbetrekkingen die voor onbepaalde tijd of voor meerdere jaren zijn aangegaan, wanneer die betrekkingen tot stand zijn gekomen vóór het verstrijken van de termijn voor uitvoering van de richtlijn (zie, in die zin, arrest van 24 september 1998, Tögel, C-76/97, Jurispr. blz. I-5357, punt 54).
- 39 Het arrest Tögel betrof weliswaar een reeds vóór het verstrijken van de termijn voor uitvoering van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1) gesloten overeenkomst, doch het daarin geformuleerde algemene beginsel kan worden toegepast op alle fasen van een procedure van gunning van een opdracht die vóór het verstrijken van de termijn voor uitvoering van een richtlijn zijn afgehandeld, doch deel uitmaken van een na die datum beëindigde procedure.
- 40 Aangaande het betoog van de Commissie, dat de datum waarvan moet worden uitgegaan om de toepasselijkheid van richtlijn 93/38 in de tijd te bepalen, die van de gunning van de opdracht is, behoeft slechts te worden vastgesteld, dat het in strijd is met het beginsel van de rechtszekerheid om ter bepaling van het toepasselijke recht te verwijzen naar de datum van gunning van de opdracht, daar deze datum als het einde van de procedure geldt, terwijl de beslissing van de aanbestedende dienst om al dan niet over te gaan tot een voorafgaande oproep tot mededinging in de regel in het beginstadium wordt genomen.

- 41 Ook al blijkt in casu niet duidelijk uit de dossierstukken, dat kan worden gesproken van een formele beslissing van de aanbestedende dienst om de betrokken opdracht te gunnen via onderhandelingen zonder voorafgaande oproep tot mededinging, dient eraan te worden herinnerd, dat het comité syndical van Sitcar in zijn besluit van 19 juli 1990 heeft beslist „ervan akte het nemen dat voor het onderzoek en de verwezenlijking van het gedeelte ‚systeem en met het systeem verbonden uitrustingen’ een overeenkomst zal worden gesloten met de vennootschap Matra-Transport als hoofdaannemer”. Uit deze zin blijkt namelijk, dat de beslissing van de aanbestedende dienst om gebruik te maken van de procedure van onderhandelingen zonder voorafgaande oproep tot mededinging, uiterlijk op de datum van dit besluit was genomen, dus een hele tijd vóór het verstrijken van de termijn voor uitvoering van richtlijn 93/38.
- 42 Bijgevolg dient te worden geconcludeerd, dat richtlijn 93/38 niet van toepassing is op de door de aanbestedende dienst gemaakte keuze om de opdracht van het sneltramproject voor het stadsdistrict van de agglomeratie Rennes via onderhandelingen zonder voorafgaande oproep tot mededinging te gunnen.
- 43 Er zij evenwel aan herinnerd, dat de aanbestedende dienst bij twee onderscheiden besluiten van 22 september 1995 enerzijds het besluit van 30 maart 1993 houdende gunning van de opdracht aan Matra heeft ingetrokken en anderzijds Semtcar heeft verzocht met deze vennootschap verder te onderhandelen.
- 44 Er dient dus te worden nagegaan, of de na 22 september 1995 aangeknoopte onderhandelingen kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van de reeds gevoerde onderhandelingen, en die bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van de overeenkomst, zodat de toepassing van de bepalingen van richtlijn 93/38 gerechtvaardigd kan zijn.
- 45 Dienaangaande zij er om te beginnen aan herinnerd, dat volgens vaste rechtspraak de Commissie in een niet-nakomingsprocedure op grond van artikel 169 van het Verdrag het gestelde verzuim dient aan te tonen en het Hof de gegevens dient te verschaffen die dit nodig heeft om te kunnen vaststellen, of er inderdaad

sprake is van dat verzuim (zie, met name, arrest van 25 november 1999, Commissie/Frankrijk, C-96/98, Jurispr. blz. I-8531, punt 36).

- 46 In casu volgt daaruit, dat de Commissie alle elementen moet aandragen die nodig zijn om aan te tonen dat na 22 september 1995 nieuwe onderhandelingen zijn aangeknoopt die doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van de overeenkomst, hetgeen de toepassing van de bepalingen van richtlijn 93/38 zou kunnen rechtvaardigen.
- 47 Dienaangaande stelt de Commissie, dat uit de analyse van de besluiten van 30 maart 1993 en 22 november 1996 blijkt dat het gaat om verschillende offertes, wat voorwerp en prijs betreft. Volgens de Commissie betreft de offerte van 1993 het systeem VAL 206 voor een bedrag van 966,4 miljoen FRF, exclusief belasting, terwijl in die van 1996 een systeem VAL 208 voor 1 054 miljoen FRF, exclusief belasting, wordt voorgesteld.
- 48 Enerzijds worden met het gewijzigde nummer twee verschillende versies van de VAL-technologie van elkaar onderscheiden. Anderzijds verschillen de twee offertes nagenoeg 90 miljoen FRF, exclusief belasting, van elkaar, hetgeen neerkomt op een verhoging met ongeveer 10 % van de waarde van de overeenkomst tussen januari 1993 en november 1996, hetgeen hoger is dan de gecumuleerde inflatie over die periode.
- 49 Uit deze elementen leidt de Commissie af, dat de twee offertes van Matra, wat technologie en prijs betreft, wezenlijk verschillen, waaruit zou blijken dat het niet om dezelfde overeenkomst gaat.
- 50 In de eerste plaats zij vastgesteld, dat het feit dat de offerte van 1993 het systeem VAL 206 betrof en de offerte van 1996 het systeem VAL 208, niet aantoonde dat er

sprake was van nieuwe onderhandelingen over een wezenlijke voorwaarde van de overeenkomst die de toepassing van richtlijn 93/38 zouden rechtvaardigen.

- 51 Enerzijds houdt deze wijziging van de voorwaarden voor de opdracht, zoals de Franse regering heeft opgemerkt, verband met de evolutie van het materieel tussen 1993 en 1996 en gaat het om een uiterst geringe wijziging van de afmetingen ervan (2 cm in de breedte). Anderzijds valt niet uit te sluiten, dat bij een procedure van onderhandelingen, die wegens haar aard een lange periode kan beslaan, de partijen rekening houden met nieuwe technologische ontwikkelingen die zich in de loop van de onderhandelingen hebben voorgedaan, zonder dat zulks wordt beschouwd als een nieuwe onderhandeling over wezenlijke voorwaarden van de overeenkomst die de toepassing van nieuwe rechtsregels rechtvaardigt.
- 52 In de tweede plaats dient aangaande het argument van de Commissie over het prijsverschil tussen de in 1993 en de in 1996 voorgestelde overeenkomst te worden opgemerkt, dat ook al zou dit prijsverschil hoger zijn dan de gecumuleerde inflatie in die periode, daaruit evenmin blijkt, dat de na de intrekking van het besluit van 30 maart 1993 aangeknoopte onderhandelingen ertoe strekten een wezenlijke voorwaarde van de overeenkomst te heronderhandelen.
- 53 Zoals de Franse regering opmerkte, zonder op dit punt door de Commissie te zijn weersproken, volgt het prijsverschil uit de juiste toepassing van de prijsherzieningsformule uit de door de twee partijen in 1993 goedgekeurde ontwerpovereenkomst. Dit wijst evenwel veeleer op de continuïteit van de procedure dan op nieuwe onderhandelingen over een wezenlijke voorwaarde van de overeenkomst.
- 54 In de derde plaats zij eraan toegevoegd, dat de onderhandelingen blijkens een aantal stukken in feite kort na 22 september 1995 zijn hervat op basis van al hetgeen eraan was voorafgegaan.

- 55 Enerzijds geven de in het tweede besluit van 22 september 1995 gebezigde termen „de uitwerking (...) te hervatten”, sterk de indruk van een voortzetting en actualisering van de onderhandelingen. Anderzijds heeft de Franse regering een brief van Matra aan Semtcar van 30 november 1995 overgelegd waaruit blijkt dat Matra de invloed van een herschikking van de planning voor de uitvoering van de werken had onderzocht en, rekening houdend met de overeengekomen aanpassingen van de bijzondere administratieve clausules, de handhaving van haar begin 1993 onderhandelde offerte tot 30 september 1996 bevestigde.
- 56 Bijgevolg moet worden vastgesteld, dat de Commissie geen elementen heeft aangedragen ten bewijze, dat nieuwe onderhandelingen die doen blijken van de wil van partijen om na de intrekking van het besluit van 30 maart 1993, dus na het verstrijken van de termijn voor uitvoering van richtlijn 93/38, opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke termen van de overeenkomst zijn aangeknoopt.
- 57 Gelet op een en ander moet het beroep dus worden verworpen.

### Kosten

- 58 Ingevolge artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen voor zover dit is gevorderd. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van de Franse Republiek in de kosten worden verwezen.

HET HOF VAN JUSTITIE,

rechtdoende:

- 1) Verwerpt het beroep.
- 2) Verwijst de Commissie van de Europese Gemeenschappen in de kosten.

Rodríguez Iglesias	Moitinho de Almeida	
Sevón	Kapteyn	Puissochet
Jann	Ragnemalm	
Wathelet	Skouris	

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 5 oktober 2000.

De griffier

R. Grass

De president

G. C. Rodríguez Iglesias