CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. MAZÁK
van 22 september 2009 [1]

1. Met het onderhavige beroep uit hoofde van artikel 226 EG verzoekt de Commissie het Hof vast te stellen dat de Franse Republiek, met de invoering en handhaving van de artikelen 73 en 74-IV van de code des marchés publics [2] (hierna: „CMP 2006" of „bestreden bepalingen"), voor zover deze voorzien in een procedure voor de plaatsing van zogenoemde *marchés de définition* [3] op basis waarvan een aanbestedende dienst een latere *marché d'exécution* (opdracht voor de uitvoering van diensten, leveringen of werken) kan gunnen aan een van de geselecteerde inschrijvers voor de oorspronkelijke *marchés de définition* zonder een nieuwe oproep tot mededinging of hoogstens een tot die ondernemingen beperkte oproep tot mededinging uit te schrijven, de krachtens de artikelen 2, 28 en 31 van richtlijn 2004/18/EG [4] op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Regeling betreffende overheidsopdrachten, zoals vastgesteld bij besluit nr. 2006-975 van 1 augustus 2006 (Journal officiel de la République Française nr. 179 van 4 augustus 2006, blz. 11627), in werking getreden op 1 september 2006.

3 — Dit zijn overheidsopdrachten ter bepaling van de parameters, met inbegrip van het doel, van overheidsopdrachten voor diensten, leveringen of werken, die ook wel „opdrachten voor ontwerpoplossingen" of „opdrachten voor projectdefinitie" worden genoemd. Ik wijs erop dat het in het onderhavige geval gaat om de procedure met meerdere „marchés de définition", die van toepassing is indien de voorwaarden van artikel 73, lid 3, van de CMP 2006 zijn vervuld, en niet om een procedure in het kader waarvan slechts één „marché de définition" wordt gegund.

4 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114) (hierna: „richtlijn" of „richtlijn 2004/18").

I — Rechtskader

A — *Gemeenschapsrecht*

2. Artikel 2 van richtlijn 2004/18/EG bepaalt onder het opschrift „Beginselen van het plaatsen van overheidsopdrachten": „aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen."

3. Artikel 28 van de richtlijn, „Toepassing van openbare en niet-openbare procedures, van procedures van gunning door onderhandelingen en van de concurrentiegerichte dialoog", bepaalt:

„Bij het plaatsen van hun overheidsopdrachten maken de aanbestedende diensten gebruik van de nationale procedures die voor de toepassing van deze richtlijn zijn aangepast.

Zij maken voor het plaatsen van deze overheidsopdrachten gebruik van de openbare of de niet-openbare procedure. In de gevallen en de specifieke omstandigheden die uitdrukkelijk in artikel 29 zijn vermeld, kunnen de aanbestedende diensten hun overheidsopdrachten door middel van de concurrentiegerichte dialoog plaatsen. In de specifieke gevallen en omstandigheden zoals uitdrukkelijk bepaald in de artikelen 30 en 31, kunnen zij gebruikmaken van een procedure van gunning door onderhandelingen, met of zonder bekendmaking van de aankondiging van de opdracht."

4. De lidstaten dienden de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking te laten treden om uiterlijk op 31 januari 2006 aan deze richtlijn te voldoen.

B — *Nationaal recht*

5. De CMP 2006, die op 1 september 2006 in werking is getreden, bepaalt onder meer het volgende:

„Artikel 73

Indien de aanbestedende dienst niet in staat is de doelstellingen en de te verrichten prestaties, de toe te passen technieken en de benodigde menselijke en materiële hulpbronnen te specificeren, kan hij gebruikmaken van *marchés de définition*.

Het doel van dergelijke opdrachten is de mogelijkheden en de voorwaarden voor een in een later stadium aan te besteden opdracht te onderzoeken, zo nodig door de uitwerking van een model of presentatie. Tevens dienen dergelijke opdrachten ertoe, het niveau van de prijs van de prestaties en de wijze van berekening ervan te bepalen en de verschillende fasen van de uitvoering van de prestaties te plannen.

In het kader van een enkele procedure worden de prestaties die in aansluiting op meerdere tegelijkertijd uitgevoerde *marchés de définition* met hetzelfde voorwerp dienen te worden verricht, aanbesteed na een oproep tot mededinging die uitsluitend openstaat voor de opdrachtnemers van de oorspronkelijke *marchés de définition*, overeenkomstig de volgende bepalingen:

1. De openbare inschrijvingsaankondiging bepaalt het voorwerp van de tegelijkertijd geplaatste *marchés de définition* alsmede het voorwerp van de aansluitende *marché d'exécution*;

2. De openbare inschrijvingsaankondiging bepaalt de criteria voor de selectie van de inschrijvingen. Deze criteria houden rekening met de capaciteiten en de

geschiktheid die van de inschrijvers met betrekking tot zowel de *marchés de définition* als de aansluitende *marché d'exécution* vereist zijn;

3. De openbare inschrijvingsaankondiging bepaalt de criteria voor de selectie van de inschrijvingen voor de tegelijkertijd geplaatste *marchés de définition* alsmede voor de selectie van inschrijvingen voor de aansluitende *marché d'exécution*;

4. Het bedrag van de prestaties, dat met de drempels wordt vergeleken, omvat mede de kosten van de projectdefinitie en de geraamde kosten van de *marché d'exécution*;

5. Het aantal *marchés de définition* dat in het kader van deze procedure tegelijkertijd wordt geplaatst, mag niet lager zijn dan drie, mits er voldoende inschrijvers zijn.

De opdracht of de raamovereenkomst wordt gegund door de aanbestedingscommissie voor territoriale lichamen of na advies van de aanbestedingscommissie voor de staat, de openbare gezondheidsinstellingen en de openbare sociale of medisch-sociale instellingen."

„Artikel 74

IV. In het kader van een enkele procedure kan de opdracht of de raamovereenkomst voor projectbeheer die aansluit bij verschillende tegelijkertijd uitgevoerde *marchés de définition* met hetzelfde voorwerp, worden gegund na een oproep tot mededinging die beperkt is tot de ondernemingen waaraan de oorspronkelijke *marchés de définition* zijn gegund overeenkomstig de voorwaarden van artikel 73, derde alinea."

II — Procedure

6. Op 18 oktober 2004 heeft de Commissie de Franse Republiek een eerste aanmaningsbrief en op 12 december 2006 een aanvullende aanmaningsbrief toegestuurd. Aangezien de Commissie de antwoorden van de Franse Republiek niet bevredigend achtte, zond zij haar op 27 juni 2007 een met redenen omkleed advies. Daar de Commissie van mening was dat de niet-nakoming niet was beëindigd en de ontvangen antwoorden nog steeds niet bevredigend waren, besloot zij het onderhavige beroep in te stellen. Beide partijen hebben ter terechtzitting van 10 juni 2009 mondelinge opmerkingen gemaakt.

III — Bespreking

A — *Voornaamste argumenten van partijen*

7. Volgens de Commissie staat Frankrijk toe dat opdrachten onderhands of met beperkte mededinging worden gegund in situaties waarin de richtlijn dit niet voorziet. In haar ogen is het per definitie onmogelijk dat het voorwerp en de gunningscriteria van een overheidsopdracht precies bekend zijn op een tijdstip waarop het project nog niet is gedefinieerd en de *marchés de définition* nog niet zijn uitgevoerd. De *marché de définition* en de *marché d'exécution* zijn twee geheel verschillende soorten opdrachten en mogen niet in één enkele procedure worden gegund. De Commissie is van mening dat de procedure voor het plaatsen van *marchés de définition* noch onder de concurrentiegerichte dialoog, noch onder de raamovereenkomst in de zin van de artikelen 29 en 32 van de richtlijn valt en evenmin als bijzondere vorm van de concurrentiegerichte dialoog kan worden beschouwd.

8. De Franse regering stelt dat de bestreden bepalingen niet in strijd zijn met de richtlijn, die alleen een coördinerende functie heeft. Zij is van mening dat het voorwerp en de criteria van de latere *marché d'exécution* reeds bij het uitschrijven van de *marchés de définition* kunnen worden vastgesteld. Bovendien betoogt zij dat de richtlijn twee procedures kent met soortgelijke kenmerken als de procedure voor het plaatsen van *marchés de définition*, namelijk de concurrentiegerichte dialoog en de raamovereenkomst. Dit betekent haars inziens dat de gemeenschapswetgever zelf heeft voorzien in complexe procedures waarbij opdrachten in twee fasen kunnen worden aanbesteed; de desbetreffende regeling is echter niet uitputtend.

B — *Beoordeling*

1. Algemene opmerkingen

9. De Commissie argumenteert dat de Franse wetgeving, door onderscheid te maken tussen *marchés de définition* en *marchés d'exécution* en door in bepaalde omstandigheden toe te staan dat de laatste worden gegund aan een van de opdrachtnemers van de oorspronkelijke *marchés de définition* zonder een nieuwe oproep tot mededinging of hoogstens een tot die bedrijven beperkte oproep tot mededinging uit te schrijven, in strijd is met de fundamentele beginselen van gelijkheid en transparantie waarop de richtlijn gebaseerd is. Het verwijt dat voor de *marchés de définition* geheel geen oproepen tot mededinging worden uitgeschreven, lijkt betrekking te hebben op de formulering van de bepalingen van de CMP 2004. [5] Ik zal het argument van de Commissie derhalve in aanmerking nemen voor zover het betrekking heeft op de bestreden bepalingen, dat wil zeggen de CMP 2006, die ertoe strekt de richtlijn om te zetten in nationaal recht. De CMP 2006 voorziet met betrekking tot de *marchés d'exécution* alleen in oproepen tot mededinging voor de ondernemingen waaraan de oorspronkelijke *marchés de définition* zijn gegund, en dit in situaties waarin de richtlijn niet voorziet.

5 — Regeling betreffende overheidsopdrachten, zoals vastgesteld bij besluit nr. 2004-15 van 7 januari 2004 (Journal officiel de la République Française nr. 6 van 8 januari 2004, blz. 703) (hierna: „CMP 2004"), vervangen door de CMP 2006.

2. Het uitputtende karakter van artikel 28 van de richtlijn

10. In hun schriftelijke opmerkingen zijn partijen uitgebreid ingegaan op de vraag of de lijst van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten in artikel 28 van de richtlijn al dan niet een uitputtend karakter heeft, daar de *marchés de définition* hierin duidelijk niet worden genoemd.

11. De Franse regering betoogt in dit verband dat de richtlijn, gezien punt 3 van de considerans en artikel 28 ervan, niet alle specifieke nationale procedures heeft willen afschaffen. Onder verwijzing naar het arrest van het Hof in de zaken CEI en Bellini [6] betreffende richtlijn 71/305/EEG [7] stelt zij dat „de lidstaten [vrijblijven] om materiële en procedureregels inzake de aanbesteding […] te handhaven of vast te stellen, mits zij daarbij alle relevante bepalingen van het gemeenschapsrecht eerbiedigen en met name de verboden die voortvloeien uit de in het Verdrag neergelegde beginselen inzake het recht van vestiging en het vrij verrichten van diensten". [8]

12. Gezien de titel van de richtlijn evenals de punten 2 en 3 van de considerans ervan staat inderdaad vast dat de richtlijn coördinatie van de nationale procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten beoogt. Dat betekent derhalve dat zij geen uniforme en uitputtende communautaire regeling ter zake bevat. Binnen het kader van gemeenschappelijke regels van de richtlijn blijven de lidstaten dus vrij om materiële en procedureregels inzake de aanbesteding van overheidsopdrachten te handhaven of vast te stellen, mits zij alle relevante bepalingen van het gemeenschapsrecht eerbiedigen. Het feit dat de richtlijn geen volledige harmonisatie van de regels betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten tot stand brengt, impliceert evenwel nog niet dat sommige aspecten niet uitputtend kunnen zijn geregeld.

13. Om te beginnen kan de Franse regering al geen beroep doen op het arrest CEI en Bellini omdat artikel 28 van richtlijn 2004/18 substantieel verschilt van artikel 2 van richtlijn 71/305. De communautaire wetgever heeft aan artikel 28 van de richtlijn een geheel nieuwe tweede alinea toegevoegd, die in de onderhavige zaak van doorslaggevend belang is.

14. Ten tweede wijzen bepaalde factoren op overtuigende wijze erop dat de opsomming van procedures in artikel 28 van de richtlijn als uitputtend moet worden beschouwd. In zijn algemeenheid bevat de formulering van deze bepaling geen van de gebruikelijke kenmerken van een zogenoemde open lijst. Integendeel, er worden niet alleen de twee standaardprocedures, maar ook twee buitengewone procedures vermeld, wat betekent dat er geen

6 — Arrest van 9 juli 1987 (27/86–29/86, Jurispr. blz. 3347).

7 — Richtlijn van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 185, blz. 5) (hierna: „richtlijn 71/305").

8 — Arrest CEI en Bellini (aangehaald in voetnoot 6, punt 15). Zie ook arrest van 20 september 1988, Beentjes (31/87, Jurispr. blz. 4635, punt 20). De Franse regering stelt dat deze rechtspraak van toepassing is op richtlijn 2004/18, in het bijzonder omdat de tweede overweging van de considerans van richtlijn 71/305 punt 3 van de considerans van richtlijn 2004/18 en artikel 2 van richtlijn 71/305 artikel 28 van richtlijn 2004/18 zijn geworden.

ruimte is voor interpretatieve aanvulling van de lijst van procedures. De richtlijn als zodanig bevat ook verder geen bepaling uit hoofde waarvan een dergelijke aanvulling mogelijk zou zijn.

15. Zoals ik nog zal toelichten, verschilt de procedure voor het plaatsen van *marchés de définition* duidelijk van de procedures genoemd in de richtlijn en is er geen verband met een van de bepalingen van de richtlijn. In haar verweerschrift en in haar dupliek heeft de Franse regering overigens erkend dat de richtlijn niet in *marchés de définition* voorziet.

16. De richtlijn legt de volgende procedures vast: blijkens de tweede alinea van artikel 28 heeft de gemeenschapswetgever voorzien in twee procedures die aanbestedende diensten in de regel moeten volgen. Dit zijn de openbare en de niet-openbare procedure, die men de normale of standaardprocedures zou kunnen noemen. De concurrentiegerichte dialoog vervolgens kan worden aangemerkt als speciale of buitengewone procedure, waarvan de uitvoering en voorwaarden zijn geregeld in artikel 29 van de richtlijn. [9] Ook de procedure van gunning door onderhandelingen, met of zonder bekendmaking van de aankondiging van de opdracht en nader uitgewerkt in de artikelen 30 en 31 van de richtlijn, kan worden aangemerkt als bijzonder of buitengewoon. [10]

17. De Franse regering stelt echter dat de richtlijn in hoofdstuk V, „Procedures", in feite voorziet in bepaalde specifieke gunningsprocedures die niet in artikel 28 genoemd worden. Zij doelt hiermee op raamovereenkomsten, dynamische aankoopsystemen en overheidsopdrachten voor werken: bijzondere voorschriften betreffende de bouw van sociale woningen. Deze worden geregeld in de artikelen 32, 33 en 34 van de richtlijn.

18. In dit verband wil ik ten eerste opmerken dat raamovereenkomsten en dynamische aankoopsystemen specifieke vormen van overheidsopdrachten of variaties van bestaande procedures zijn. Het gaat hierbij niet om afwijkende nieuwe vormen van de aanbestedingsprocedures die als zodanig zijn geregeld in artikel 28 van de richtlijn. Bovendien volgt uit de formulering van de artikelen 32, lid 2, en 33, lid 2, van de richtlijn dat de aanbestedende diensten verplicht zijn de procedureregels van artikel 28 van de richtlijn te volgen. Ten tweede, met betrekking tot de voorschriften voor socialewoningbouw blijkt uit het opschrift van artikel 34 duidelijk dat het hierbij om „bijzondere voorschriften" en

9 — Zie Trepte, P., „Public procurement in the EU. A Practitioner's Guide", 2e druk, Oxford, 2007, blz. 427, voetnoot 187.

10 — Deze uitlegging wordt bekrachtigd door de voorstukken van de richtlijn. Het richtlijnvoorstel zegt over de redactie van artikel 28: „Lid 2 is nieuw. Het bevat een uitleg van het beginsel dat de in het gemeenschapsrecht vastgelegde procedures de openbare procedure en de niet-openbare procedure zijn. Lid 3 [later samengevoegd met lid 2] is eveneens nieuw. Het bevat een uitzonderingsbepaling: de aanbestedende diensten kunnen alleen een procedure van gunning via onderhandelingen beginnen in de specifieke gevallen en onder de specifieke voorwaarden die vermeld zijn in de artikelen 29, 30 en 31."

niet om procedureregels als zodanig gaat. In wezen pleit het loutere bestaan van artikel 34 en van de bijzondere voorschriften die dit bevat, voor de opvatting dat de lijst van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten in hoofdstuk V van de richtlijn uitputtend is.

19. Terzijde wijs ik erop dat de Franse regering in haar verweerschrift de nadruk legt op de voordelen en de *raison d'être* van de procedure voor het plaatsen van *marchés de définition*, met name bij complexe opdrachten waarbij de aanbestedende diensten „niet in staat [zijn] de doelstellingen en de te verrichten prestaties, de toe te passen technieken en de benodigde […] hulpbronnen te specificeren" [11]. Uit de voorstukken van de richtlijn blijkt duidelijk dat de communautaire wetgever zich terdege van deze problematiek bewust was. [12] Om die reden heeft hij besloten aan de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten een nieuwe procedure toe te voegen in de vorm van de concurrentiegerichte dialoog; de procedure voor het plaatsen van *marchés de définition* is echter niet opgenomen. [13]

20. De Franse regering argumenteert bovendien dat de *marchés de définition* vergelijkbaar zijn met twee procedures die in de richtlijn worden genoemd, namelijk de raamovereenkomst en de concurrentiegerichte dialoog. Bij raamovereenkomsten kan de aanbesteding in twee fasen worden verdeeld, waarbij de tweede fase alleen openstaat voor succesvolle inschrijvers op de eerste opdracht en de voorwaarden van de tweede opdracht nader kunnen worden gespecificeerd. Wat de concurrentiegerichte dialoog betreft, betoogt de Franse regering dat de procedure voor het plaatsen van *marchés de définition* de aanbestedende dienst toestaat de voorwaarden van een opdracht, waarvoor de selectiecriteria tevoren reeds zijn opgesteld, uit te werken. Haars inziens heeft de gemeenschapswetgever daarmee voorzien in complexe procedures voor de aanbesteding van opdrachten in twee fasen, zonder evenwel een uitputtende regeling te treffen.

21. Deze argumentatie snijdt geen hout. De Franse regering erkent zelf al dat de procedure voor het plaatsen van *marchés de définition* noch onder de concurrentiegerichte dialoog, noch onder de raamovereenkomst in de zin van de artikelen 29 en 32 van de richtlijn valt. De concurrentiegerichte dialoog en de raamovereenkomst zijn aanbestedingsvormen waarvoor specifieke voorschriften gelden. De communautaire wetgever heeft hun specifieke karakter erkend en tegelijk regels vastgesteld die de eerbiediging van de in artikel 2 van de richtlijn neergelegde beginselen waarborgen.

22. Voor het geval dat de lijst van artikel 28 van de richtlijn uitputtend zou zijn, stelt de Franse regering subsidiair dat de procedure voor het plaatsen van *marchés de définition* als afgeleide van de procedure van de concurren-

11 — Zie artikel 73 van de CMP 2006.

12 — De Commissie stelde in het richtlijnvoorstel op blz. 6 dat „kopers wel weten wat hun behoeften zijn, maar vooraf geen idee hebben welke de beste technische oplossing is om in die behoeften te voorzien. Dat geldt met name voor zeer ingewikkelde […] sectoren […]. In dergelijke gevallen is het dus noodzakelijk dat de opdracht wordt besproken en dat tussen kopers en leveranciers wordt overlegd. De in de communautaire richtlijnen betreffende de ‚klassieke' sectoren vastgelegde procedures laten evenwel weinig ruimte voor overleg tijdens de aanbestedingsprocedure en worden derhalve als te rigide voor dit soort situaties beschouwd."

13 — Eén van de redenen zou kunnen zijn dat de toevoeging van de *marchés de définition* niet noodzakelijk werd geacht omdat deze procedure naar aard en strekking vergelijkbaar is met de nieuwe procedure van de concurrentiegerichte dialoog, die dezelfde gevallen lijkt te dekken en die door artikel 67 van de CMP 2006 als volledig autonome procedure in Frans recht is omgezet.

tiegerichte dialoog moet worden beschouwd. Ten eerste wil ik erop wijzen dat de Franse regering dit „subsidiaire" argument voor het eerst in haar verweer voor het Hof heeft opgeworpen en daarvóór het tegenovergestelde standpunt heeft ingenomen, namelijk dat de *marchés de définition* niet onder de procedure van de concurrentiegerichte dialoog vallen en door de richtlijn niet worden bestreken. In haar opmerkingen heeft zij juist de nadruk gelegd op tal van verschillen tussen de twee procedures. In elk geval ben ik van mening dat dit argument de Franse regering niet verder helpt. Ik wil volstaan met op te merken dat de twee procedures op belangrijke punten van elkaar verschillen, niet in de laatste plaats omdat in het kader van de concurrentiegerichte dialoog slechts één opdracht wordt aanbesteed, terwijl de procedure voor het plaatsen van *marchés de définition* betrekking heeft op het plaatsen van twee opdrachten, waarbij op de tweede slechts de ondernemingen kunnen inschrijven waaraan de oorspronkelijke opdracht was gegund.

3. Gelijke en niet-discriminerende behandeling van de ondernemers en waarborgen van transparantie

23. Maar ook indien de procedures van artikel 28 van de richtlijn onder bepaalde voorwaarden wel kunnen worden aangepast, rekening houdend met de aard en de werking van de procedure voor het plaatsen van *marchés de définition*, kan deze procedure mijns inziens niet alleen niet onder artikel 28 van de richtlijn vallen, maar staat ze zelfs haaks op de beginselen die in punt twee van de considerans en artikel 2 van de richtlijn zijn uiteengezet. [14]

24. In tegenstelling tot de Franse regering ben ik met de Commissie van mening dat het vrijwel onmogelijk is dat het voorwerp en de criteria voor het plaatsen van een overheidsopdracht (*marché d'exécution*) precies bekend zijn op een tijdstip waarop het project nog niet is gedefinieerd en de *marchés de définition* nog niet zijn uitgevoerd. De *marchés de définition* en de *marché d'exécution* zijn twee geheel verschillende soorten overheidsopdrachten, hetgeen de Franse regering, als ik goed zie, ook nooit heeft ontkend. Elke opdracht heeft zijn eigen voorwerp en gunningscriteria, hetgeen impliceert dat zij aan de bepalingen van de richtlijn moeten voldoen en niet in één enkele procedure mogen worden toegekend. Met andere woorden, aangezien de *marché d'exécution* zijn eigen voorwerp en gunningscriteria heeft, moet hiervoor een oproep tot mededinging worden uitgeschreven en mag deze niet eenvoudigweg worden voorbehouden aan de ondernemingen waaraan de oorspronkelijke *marchés de définition* waren gegund.

14 — Mijn standpunt lijkt steun te vinden in de Franse rechtsleer. Zie meest recentelijk bijvoorbeeld Monjal, P.-Y., „Le droit communautaire applicable aux marchés publics locaux français: quelques interrogations en forme d'inquiétude", Revue du Droit de l'Union européenne, nr. 4, 2008, blz. 729-738. Voor een uitspraak betreffende *marchés de définition* zie bijvoorbeeld het arrest van de Franse Conseil d'État van 3 maart 2004, nr. 258 272, „Société Mak System".

25. Het Hof constateerde in het arrest *Commissie/Frankrijk (Le Mans)* [15] dat volgens de Franse regering „de in de aankondiging […] bedoelde mogelijkheid om de opdracht voor de tweede fase te gunnen aan de winnaar van de ideeënwedstrijd, de aanbestedende dienst van de verplichting ontsloeg om vóór de plaatsing van die opdracht een nieuwe aankondiging bekend te maken". Het stelde vervolgens dat „[d]it argument […] niet [kan] worden aanvaard. Het […] beginsel van gelijke behandeling van de verschillende dienstverrichters en het daaruit volgende transparantiebeginsel […] *vereisen* immers *dat het voorwerp van elke opdracht en de gunningscriteria ervan duidelijk worden omschreven*." [16]

26. In hetzelfde arrest stelde het Hof voorts: „Een dergelijke verplichting is noodzakelijk omdat het voorwerp van een opdracht en de gekozen gunningscriteria moeten worden beschouwd als doorslaggevende factoren om te bepalen welke van de in de richtlijn voorziene procedures moet worden toegepast, en om te beoordelen of de voorschriften van die procedure worden nageleefd." Het concludeerde derhalve dat in het betrokken geval „de loutere mogelijkheid om de opdracht voor de tweede fase te gunnen volgens de criteria die golden voor een andere opdracht, namelijk die voor de eerste fase, niet gelijkstaat met het plaatsen van de opdracht overeenkomstig een van de in de richtlijn neergelegde procedures".

15 — Arrest van 14 oktober 2004, Commissie/Frankrijk (C-340/02, Jurispr. blz. I-9845, ook wel bekend als de zaak „La Chauvinière", punten 33-36, en de aangehaalde rechtspraak).

16 — Cursivering van mij.

27. In het onderhavige geval heeft de Franse regering in haar verweerschrift erkend dat het Hof zich in het voornoemde arrest negatief heeft uitgesproken over een procedure die vergelijkbaar is met de *marchés de définition*. Mijns inziens lijdt het geen twijfel dat het bij *marchés de définition* in de regel niet mogelijk is het voorwerp en de selectie- en de gunningscriteria van de tweede opdracht (dat wil zeggen van de *marché d'exécution*) van meet af aan zo duidelijk te omschrijven dat wordt voldaan aan de eisen van voornoemd arrest. Immers, het doel van de oorspronkelijke *marchés de définition* is juist het voorwerp en de gunningscriteria van de latere *marché d'exécution* te definiëren.

28. De procedure voor het plaatsen van *marchés de définition* overeenkomstig de bestreden bepalingen is derhalve in strijd met het transparantiebeginsel van artikel 2 van de richtlijn. Deze procedure leidt voor zowel de aanbestedende diensten als de ondernemers tot rechtsonzekerheid door het eraan inherente risico van geschillen.

29. De Franse regering betwist het in punt 27 uiteengezette argument en stelt dat de *marchés de définition* uitsluitend tot doel hebben de technische specificaties van de latere opdracht uit te werken en niet het voorwerp ervan. Maar tegen deze zienswijze pleit alleen al de formulering van artikel 73 van de CMP 2006, dat in zijn tweede alinea bepaalt: „Het doel van dergelijke opdrachten

is de mogelijkheden en de voorwaarden voor een in een later stadium aan te besteden opdracht te onderzoeken, zo nodig door de uitwerking van een model of presentatie." Bovendien, ook al gaan in bepaalde situaties de *marchés de définition* niet verder dan het uitwerken van technische specificaties, schept de betrokken procedure niettemin zeker de mogelijkheid de gunningscriteria van de *marché d'exécution* te completeren of zelfs in hun geheel vast te leggen.

30. De Franse regering houdt daarnaast vast aan haar standpunt dat het reeds bij de aanbesteding van de *marchés de définition* mogelijk is het voorwerp en de criteria van de latere *marché d'exécution* op te stellen. Zij stelt dat er tal van gevallen zijn waarin de criteria voor de selectie van inschrijvingen voor de *marché d'exécution* zo losstaan van de *marchés de définition* dat zij reeds in de fase van de *marchés de définition* kunnen worden vastgelegd. In haar bij het Hof ingediende opmerkingen heeft de Franse regering drie voorbeelden van dergelijke gevallen aangevoerd.

31. Hierbij wil ik ten eerste erop wijzen dat de Franse regering ter terechtzitting heeft erkend dat zich terdege problemen voordoen — er zijn duidelijk gevallen waarin de *marchés de définition* niet alleen tot doel hebben de technische specificaties uit te werken, maar in plaats daarvan worden gebruikt om de gunningscriteria voor de *marché d'exécution* te completeren of op te stellen. De Commissie heeft drie van zulke gevallen aangevoerd voor het Hof. Ik ben van mening dat de Franse regering niet heeft weten aan te tonen dat de bestreden bepalingen in alle gevallen en te allen tijde transparantie en voldoende helderheid kunnen waarborgen om „het voorwerp van elke [*marché* d'exécution] en de gunningscriteria ervan duidelijk [te omschrijven]". [17] In elk geval kan een puur algemene definitie zoals de „stadsontwikkeling van stadswijk X" — vaak blijkbaar de enig mogelijke definitie in de fase van de aanbesteding van de *marchés de définition* — zeker niet voldoen aan de eisen die het Hof in het arrest *Commissie/Frankrijk (Le Mans)* heeft opgesteld. [18]

32. Van belang is ten slotte dat de procedure voor het plaatsen van *marchés de définition* op een verkeerde leest geschoeid is. Terwijl de algemene strekking van de richtlijn is, dat de mededinging tussen ondernemingen moet worden bevorderd en beschermd, richten de *marchés de définition* zich alleen tot een bepaalde soort ondernemingen, namelijk ondernemingen — en alleen die — die zowel het ontwerp als de uitvoering op zich kunnen nemen. De procedure voor het plaatsen van *marchés de définition* maakt door haar aard een dergelijke voorselectie tussen alle potentiële kandidaten. Dit is mijns inziens in strijd met de geest van de gemeenschappelijke

17 — Aangehaald in voetnoot 15, punt 34.

18 — Arrest aangehaald in voetnoot 15. Zie Arrowsmith, S., „The Law of Public and Utilities Procurement", Thomson, Sweet & Maxwell, Londen, 2005, blz. 448: „De vigerende richtlijnen […] bevatten geen expliciete eis tot nauwkeurige specificatie voor openbare of niet-openbare procedures. Het transparantiebeginsel kan een dergelijke verplichting echter impliceren. Het is bijvoorbeeld waarschijnlijk niet aanvaardbaar om een aanbesteding uit te schrijven voor een ‚school', zonder onder meer duidelijk te vermelden voor hoeveel scholieren deze bedoeld is en welke soort faciliteiten hoofdzakelijk vereist zijn. Uiterlijk op het tijdstip van inschrijvingsoproep moet voor redelijke duidelijkheid gezorgd zijn."

aanbestedingsregels. Het is duidelijk dat los van de vraag hoe de *marchés de définition* zich in een concreet geval ontwikkelen, de procedure altijd zal uitmonden in een aanbesteding met een beperkt karakter.

33. Ik vat samen: volgens de bestreden bepalingen kunnen overheidsopdrachten worden geplaatst op grond van een beperkte mededinging in gevallen waarin de richtlijn niet voorziet, en deze bepalingen kunnen door geen van de in de richtlijn bepaalde uitzonderingen worden gerechtvaardigd.

IV — Kosten

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

V — Conclusie

35. In het licht van het voorgaande geef ik het Hof in overweging:

— vast te stellen dat de Franse Republiek, met de invoering en handhaving van de artikelen 73 en 74-IV van de bij besluit nr. 2006-975 van 1 augustus 2006 vastgestelde code des marchés publics (regeling betreffende overheidsopdrachten), voor zover deze voorzien in een procedure voor de plaatsing van zogenoemde *marchés de définition* (overheidsopdrachten voor het uitwerken van de parameters, met inbegrip van het doel, van overheidsopdrachten voor diensten, leveringen of werken) op basis waarvan een aanbestedende dienst een opdracht voor de uitvoering van diensten, leveringen of werken aan een van de voor de oorspronkelijke *marchés de définition* geselecteerde inschrijvers kan gunnen, door middel van een tot die inschrijvers beperkte oproep tot mededinging, de krachtens de artikelen 2, 28 en 31 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees

Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen;

— de Franse Republiek te verwijzen in de kosten.