# ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)

10 april 2003 *

In de gevoegde zaken C-20/01 en C-28/01,

**Commissie van de Europese Gemeenschappen,** vertegenwoordigd door J. Schieferer als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

**Bondsrepubliek Duitsland,** vertegenwoordigd door W.-D. Plessing als gemachtigde, bijgestaan door H.-J. Prieß, Rechtsanwalt,

verweerster,

* Procestaal: Duits.

ondersteund door

**Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland,** vertegenwoordigd door R. Magrill als gemachtigde, bijgestaan door R. Williams, barrister,

interveniënt,

betreffende twee verzoeken om vast te stellen dat

— de Bondsrepubliek Duitsland, door de aanbesteding van de opdracht voor de afvalwaterbehandeling in de gemeente Bockhorn (Duitsland) niet aan te kondigen en de uitslag van de procedure niet bekend te maken in het supplement op het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*, bij de gunning van deze overheidsopdracht voor dienstverlening de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 8, juncto de artikelen 15, lid 2, en 16, lid 1, 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);

— de Bondsrepubliek Duitsland bij de gunning van een overheidsopdracht voor dienstverlening de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens de artikelen 8 en 11, lid 3, sub b, van richtlijn 92/50, doordat de stad Braunschweig (Duitsland) zonder voorafgaande aankondiging is over-

gegaan tot onderhandse aanbesteding van een opdracht voor verwerking van haar afval, hoewel niet was voldaan aan de voorwaarden van genoemd artikel 11, lid 3, voor de onderhandse aanbesteding van opdrachten zonder aankondiging in de gehele Gemeenschap,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: W. Wathelet, kamerpresident, D. A. O. Edward, A. La Pergola, P. Jann (rapporteur) en A. Rosas, rechters,

advocaat-generaal: L. A. Geelhoed,
griffier: M.-F. Contet, hoofdadministrateur,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de pleidooien van partijen ter terechtzitting van 10 oktober 2002,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 28 november 2002,

het navolgende

## Arrest

1 Bij verzoekschriften, neergelegd ter griffie van het Hof op 16 en 23 januari 2001, heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen krachtens artikel 226 EG twee beroepen ingesteld, strekkende tot vaststelling dat

— de Bondsrepubliek Duitsland, door de aanbesteding van de opdracht voor de afvalwaterbehandeling in de gemeente Bockhorn (Duitsland) niet aan te kondigen en de uitslag van de procedure niet bekend te maken in het supplement op het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*, bij de gunning van deze overheidsopdracht voor dienstverlening de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 8, juncto de artikelen 15, lid 2, en 16, lid 1, 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);

— de Bondsrepubliek Duitsland bij de gunning van een overheidsopdracht voor dienstverlening de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens de artikelen 8 en 11, lid 3, sub b, van richtlijn 92/50, doordat de stad Braunschweig (Duitsland) zonder voorafgaande aankondiging is overgegaan tot onderhandse aanbesteding van een opdracht voor verwerking van haar afval, hoewel niet was voldaan aan de voorwaarden van genoemd artikel 11, lid 3, voor de onderhandse aanbesteding van opdrachten zonder aankondiging in de gehele Gemeenschap.

## Rechtskader

2 Artikel 8 van richtlijn 92/50 bepaalt:

„De opdrachten voor het verlenen van in bijlage I A vermelde diensten worden overeenkomstig de bepalingen van de titels III tot en met VI geplaatst."

3 Titel V (artikelen 15 tot en met 22) van richtlijn 92/50 bevat gemeenschappelijke regels voor de bekendmaking. Op grond van artikel 15, lid 2, van deze richtlijn geven de aanbestedende diensten die een overheidsopdracht voor dienstverlening wensen te plaatsen volgens een openbare of een niet-openbare procedure dan wel, onder de in artikel 11 van deze richtlijn vastgestelde voorwaarden, volgens een procedure van gunning via onderhandelingen, hun voornemen hiertoe te kennen in een aankondiging.

4 Artikel 11, lid 3, sub b, van richtlijn 92/50 luidt:

„De aanbestedende diensten kunnen in de volgende gevallen hun overheidsopdrachten voor dienstverlening plaatsen volgens de procedure van gunning via onderhandelingen, zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van opdracht:

[...]

b) in geval van diensten die om technische of artistieke redenen of om redenen van bescherming van alleenrechten slechts aan een bepaalde dienstverlener kunnen worden toevertrouwd."

5 Artikel 16, lid 1, van richtlijn 92/50 bepaalt:

„De aanbestedende diensten die een overheidsopdracht hebben gegund of een prijsvraag voor ontwerpen hebben uitgeschreven, zenden een aankondiging betreffende de uitslag van de aanbestedingsprocedures aan het Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen."

**Feiten en precontentieuze procedure**

*Zaak C-20/01*

6 De gemeente Bockhorn, gelegen in de deelstaat Niedersachsen, heeft met ingang van 1 januari 1997 met de energiedistributieonderneming Weser-EMS AG (hierna: „EWE") een overeenkomst voor de behandeling van haar afvalwater gesloten voor een duur van minimaal 30 jaar.

7 Bij brief van 30 april 1999 heeft de Commissie de Duitse regering aangemaand haar opmerkingen kenbaar te maken over de vraag of de bepalingen van richtlijn 92/50 in de onderhavige zaak moesten worden toegepast.

8 In haar antwoord, gedateerd op 1 juli 1999, heeft de Duitse regering toegegeven dat de door de gemeente Bockhorn gesloten overeenkomst had moeten worden aanbesteed volgens de Europese regelgeving. Zij heeft er bovendien op gewezen dat de minister van Binnenlandse Zaken van Niedersachsen van de gelegenheid gebruik zou maken om de regionale overheden te verzoeken de gemeenten er met klem aan te herinneren dat de gemeenschapsbepalingen betreffende aanbestedingen van overheidsopdrachten strikt moeten worden nageleefd.

9 Op 21 maart 2000 heeft de Commissie de Bondsrepubliek Duitsland een met redenen omkleed advies doen toekomen waarin zij opmerkte dat de bepalingen van richtlijn 92/50 hadden moeten worden toegepast en dat het juridisch van weinig belang was dat Duitsland de inbreuk op de gemeenschapsrechtelijke bepalingen had erkend. De Commissie heeft deze lidstaat overigens uitgenodigd om de betrokken autoriteiten onverwijld te herinneren aan hetgeen ter zake is vereist en hen aan te sporen de genoemde bepalingen in de toekomst toe te passen.

10 In een mededeling van 12 mei 2000 heeft de Duitse regering wederom de verweten inbreuk erkend. Zij heeft erop gewezen dat in aansluiting op haar interventie ten gevolge van de ingebrekestelling, de minister van Binnenlandse Zaken van Niedersachsen bij besluit van 21 juni 1999 alle regionale overheden van die deelstaat instructie had gegeven er op gepaste wijze op toe te zien dat de aanbestedende diensten strikt de gemeenschapsbepalingen betreffende openbare aanbestedingen respecteren. In reactie op het met redenen omkleed advies heeft de regering van Niedersachsen met klem eraan herinnerd dat deze bepalingen in acht moeten worden genomen.

11 Verder heeft de Duitse regering betoogd dat het Duitse recht nagenoeg geen mogelijkheid kent om de inbreuk op richtlijn 92/50 te beëindigen, omdat er sinds 1 januari 1997 een definitieve overeenkomst bestaat tussen de gemeente Bockhorn en EWE, die niet kan worden ontbonden zonder de betaling van zeer hoge schadevergoedingen aan EWE. De kosten van een dergelijke ontbinding zouden niet in verhouding staan tot het door de Commissie nagestreefde doel.

12 De eveneens in de deelstaat Niedersachsen gelegen stad Braunschweig en de Braunschweigsche Kohlebergwerke (hierna: „BKB") hebben een overeenkomst gesloten op grond waarvan aan deze laatste vanaf juni/juli 1999 voor dertig jaar de thermische verwerking van restafval is toevertrouwd.

13 De bevoegde autoriteiten van de stad Braunschweig waren van mening dat richtlijn 92/50 van toepassing was, maar zij beriepen zich op artikel 11, lid 3, daarvan om zich te onttrekken aan de verplichting een aankondiging te publiceren en om de opdracht te plaatsen volgens een procedure van gunning via onderhandelingen.

14 Bij aanmaningsbrief van 20 juli 1998 heeft de Commissie deze uitleg bestreden.

15 Bij brieven van 4 augustus, 19 oktober en 15 december 1998 heeft de Duitse regering op de aanmaningsbrief gereageerd en aangevoerd dat aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 11, lid 3, sub b, van richtlijn 92/50 was voldaan daar een thermische behandeling van afval om technische redenen slechts kon worden toevertrouwd aan BKB. De geografische nabijheid van de verbrandingsinstallaties bij de stad Braunschweig was bij de aanbesteding een essentieel criterium teneinde vervoer over grotere afstanden te voorkomen.

16 Bij brief van 16 december 1998 heeft de Duitse regering toegegeven dat de stad Braunschweig in casu inbreuk had gepleegd op richtlijn 92/50 door zonder rechtvaardiging over te gaan tot onderhandse aanbesteding zonder bekendmaking van de aankondiging van de opdracht.

17 Op 6 maart 2000 heeft de Commissie de Duitse Bondsrepubliek een met redenen omkleed advies doen toekomen, waarin zij deze lidstaat in het bijzonder heeft uitgenodigd de betrokken autoriteiten onverwijld te herinneren aan de regeling ter zake en hen aan te sporen in de toekomst de relevante bepalingen toe te passen.

18 Bij mededeling van 17 mei 2000 heeft de Duitse regering de verweten inbreuk erkend. Zij heeft ook meegedeeld dat de regering van Niedersachsen alle regionale autoriteiten had verzocht de bepalingen ter zake van het aanbesteden van overheidsopdrachten in acht te nemen. Net als in zaak C-20/01 heeft zij aangegeven dat de gevolgen van de inbreuk op richtlijn 92/50 niet door een ontbinding van de overeenkomst konden worden opgelost. Een dergelijke ontbinding zou de stad Braunschweig verplichten tot de betaling van een zeer hoge schadevergoeding aan de medecontractant. De kosten van een dergelijke ontbinding zouden derhalve onevenredig hoog zijn.

19 Bij beschikking van de president van het Hof van 15 mei 2001 zijn de zaken C-20/01 en C-28/01 gevoegd voor de schriftelijke en de mondelinge behandeling en voor het arrest.

20 Bij beschikking van de president van het Hof van 18 mei 2001 is het Verenigd Koninkrijk toegelaten tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van verweerster.

## Ontvankelijkheid

*Middelen en argumenten van partijen*

21 De Duitse regering merkt primair op dat de beroepen niet-ontvankelijk zijn, omdat er geen inbreuken meer voortbestaan die de verwerende lidstaat zou moeten beëindigen. De communautaire regelgeving met betrekking tot de aanbesteding van overheidsopdrachten bestaat immers uitsluitend uit procedureregels. Een inbreuk op deze regels sorteert al haar rechtsgevolgen op het moment dat de inbreuk wordt begaan. Nu de Bondsrepubliek Duitsland de inbreuk heeft erkend, dient het instellen van een beroep wegens niet-nakoming geen objectief belang meer.

22 Met betrekking tot de noodzaak van een dergelijk objectief belang merkt de Duitse regering op dat de niet-nakomingsprocedure kan worden vergeleken met het beroep wegens nalaten in de zin van artikel 232 EG. Dit laatste beroep is niet-ontvankelijk wanneer de betrokken instelling, na te zijn verzocht te handelen, een standpunt heeft bepaald. Volgens de rechtspraak van het Hof doet zelfs de bekentenis van een onwettig verzuim het objectief belang bij de vaststelling van het nalaten verdwijnen.

23 Het objectief belang bij de vaststelling van de betrokken niet-nakomingen kan volgens de Duitse regering in casu evenmin voortvloeien uit de noodzaak een grondslag voor de aansprakelijkheid van de betrokken lidstaat vast te stellen. Een aansprakelijkheid ten opzichte van particulieren is met name uitgesloten omdat niet blijkt dat deze laatsten ten gevolge van de door de gemeente Bockhorn en de stad Braunschweig gesloten overeenkomsten schade hebben geleden.

24 Met betrekking tot de door de aanbestedende diensten gesloten overeenkomsten meent de Duitse regering, op dit punt ondersteund door de regering van het Verenigd Koninkrijk, dat het gemeenschapsrecht hen een bescherming verleent op grond van verworven rechten. Het beginsel pacta sunt servanda is vastgelegd in richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB L 395, blz. 33). Door het nationale recht de mogelijkheid te laten de bevoegdheden van de instantie die de procedure voor aanbesteding van overheidsopdrachten controleert, te beperken tot het toekennen van schadevergoeding aan een ieder die door een schending van het gemeenschapsrecht ter zake van overheidsopdrachten werd gelaedeerd, eist artikel 2, lid 6, van die richtlijn juist niet dat rechtsgeldig gesloten overeenkomsten worden ontbonden of niet worden gerespecteerd.

25 De Duitse regering zet uiteen dat in het nationale recht het beginsel geldt dat een overeenkomst die door een aanbestedende dienst in strijd met bepalingen inzake de aanbesteding van overheidsopdrachten is gesloten, slechts kan worden ontbonden op zwaarwegende gronden, welk begrip niet ziet op omstandigheden die aan het sluiten van de overeenkomst voorafgingen. Van de nietigheid van een dergelijke overeenkomst kan overigens slecht in uitzonderlijke, strikt bepaalde gevallen sprake zijn, die op de in casu gesloten overeenkomsten geen betrekking hebben. Het nationale recht bevat daarentegen de nodige bepalingen om benadeelde personen in staat te stellen schadevergoeding te vorderen.

26 De Commissie merkt op dat zij voor het instellen van een beroep wegens niet-nakoming op grond van artikel 226 EG geen specifiek procesbelang behoeft aan te tonen. Het Hof heeft het bestaan van een dergelijk belang alleen onderzocht in gevallen waarin een lidstaat aan het met redenen omkleed advies heeft voldaan nadat de in dat advies gestelde termijn was verstreken. Een dergelijk belang zou volgens de Commissie echter niet alleen kunnen bestaan uit het vaststellen van een grondslag voor de aansprakelijkheid van de betrokken lidstaat, maar ook uit het ophelderen van wezenlijke kwesties van gemeenschapsrecht en het voorkomen van het gevaar van herhaling.

27 De Commissie is van mening dat de gevolgen van de gewraakte niet-nakoming zich niet uitsluitend tot een procedurefout hebben beperkt en dat de inbreuk voortduurt. In de eerste plaats zijn de concrete inbreuken door de algemene instructies aan de regionale autoriteiten niet beëindigd. In de tweede plaats kan een lidstaat, teneinde aan een door de Commissie ingesteld beroep in rechte te ontkomen, zich niet beroepen op een voldongen feit dat hij zelf heeft geschapen.

28 Hoewel het Hof een beroep wegens niet-nakoming ter zake van overheidsopdrachten inderdaad niet-ontvankelijk heeft verklaard op grond dat de inbreuk na afloop van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn niet meer bestond, was deze uitkomst het gevolg van de bijzondere omstandigheden van het geval. In de onderhavige zaken blijven de in strijd met het gemeenschapsrecht gesloten overeenkomsten echter gedurende decennia gevolgen hebben. De Duitse regering heeft de niet-nakoming derhalve niet beëindigd. De onmogelijkheid de betrokken contracten nietig te verklaren, heeft geen enkele invloed op de ontvankelijkheid van de beroepen, omdat de lidstaten kunnen kiezen hoe zij een niet-nakoming goedmaken.

*Beoordeling door het Hof*

29 Er zij aan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak de Commissie bij de uitoefening van haar aan artikel 226 EG ontleende bevoegdheden geen specifiek procesbelang behoeft aan te tonen. Die bepaling beoogt immers niet, de eigen rechten van de Commissie te beschermen. Zij moet in het algemeen belang van de Gemeenschap ambtshalve erop toezien, dat de lidstaten het Verdrag en de ter uitvoering hiervan door de instellingen vastgestelde bepalingen toepassen en een eventuele niet-nakoming van de daaruit voortvloeiende verplichtingen met het oog op de beëindiging ervan doen vaststellen (arresten van 4 april 1974, Commissie/Frankrijk, 167/73, Jurispr. blz. 359, punt 15; 11 augustus 1995, Commissie/Duitsland, C-431/92, Jurispr. blz. I-2189, punt 21, en 5 november 2002, Commissie/Duitsland, C-476/98, Jurispr. blz. I-9855, punt 38).

30 Gelet op haar rol van hoedster van het Verdrag, is de Commissie dus bij uitsluiting bevoegd te beslissen, of het opportuun is om een niet-nakomingsprocedure in te leiden en op grond van welk aan de betrokken lidstaat toe te rekenen handelen of nalaten de procedure moet worden ingeleid. Zij kan het Hof derhalve verzoeken een niet-nakoming vast te stellen, hierin bestaande dat in een bepaald geval het door de richtlijn beoogde resultaat niet is bereikt (arresten van 11 augustus 1995, Commissie/Duitsland, reeds aangehaald, punt 22, en 5 november 2002, Commissie/België, C-471/98, Jurispr. blz. I-9681, punt 39).

31 De Duitse regering stelt echter dat de niet-nakomingen in casu bestonden uit schendingen van procedureregels, die al hun rechtsgevolgen sorteerden vóór afloop van de in de met redenen omklede adviezen gestelde termijnen, en dat deze niet-nakomingen door de Duitse regering vóór deze datum als zodanig zijn erkend.

32 Het bestaan van een niet-nakoming moet worden beoordeeld op basis van de situatie waarin de lidstaat zich bevond aan het einde van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn (arresten van 27 november 1990, Commissie/Griekenland, C-200/88, Jurispr. blz. I-4299, punt 13; 31 maart 1992, Commissie/Italië, C-362/90, Jurispr. blz. I-2353, punt 10, en 7 maart 2002, Commissie/Spanje, C-29/01, Jurispr. blz. I-2503, punt 11).

33 Hoewel het Hof ter zake van de aanbesteding van overheidsopdrachten inderdaad een beroep wegens niet-nakoming niet-ontvankelijk heeft verklaard, was dit op grond dat de litigieuze aankondiging van de opdracht bij het verstrijken van de in het met redenen omkleed advies vastgestelde termijn al haar rechtsgevolgen had gesorteerd (arrest Commissie/Italië, reeds aangehaald, punten 11-13).

34 Het Hof heeft daarentegen een aan de beweerdelijke beëindiging van een gestelde inbreuk ontleende exceptie van niet-ontvankelijkheid verworpen in een geval waarin de procedures voor de aanbesteding van overheidsopdrachten zich volledig hadden afgespeeld vóór het verstrijken van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn, maar de overeenkomsten voor die datum nog niet volledig waren uitgevoerd (arrest van 28 oktober 1999, Commissie/ Oostenrijk, C-328/96, Jurispr. blz. I-7479, punten 43-45).

35 Hoewel richtlijn 92/50 inderdaad vooral procedureregels bevat, is zij toch vastgesteld om belemmeringen voor het vrije verkeer van diensten op te heffen en dus om de belangen te beschermen van in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers die diensten wensen aan te bieden aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten (zie met name arrest van 18 oktober 2001, SIAC Construction, C-19/00, Jurispr. blz. I-7725, punt 32).

36 De inbreuk op de vrijheid van dienstverlening door de schending van de bepalingen van richtlijn 92/50 blijft dus bestaan zolang de in strijd daarmee gesloten overeenkomsten worden uitgevoerd.

37 In casu zullen de beweerdelijk in strijd met de bepalingen van richtlijn 92/50 gesloten overeenkomsten gedurende decennia gevolgen blijven sorteren. Bijgevolg kan niet worden gesteld dat de gestelde niet-nakomingen zijn beëindigd vóór het verstrijken van de in de met redenen omklede adviezen gestelde termijnen.

38 Aan de juistheid van deze conclusie wordt geen afbreuk gedaan door de mogelijkheid die de lidstaten op grond van artikel 2, lid 6, van richtlijn 89/665 wordt geboden de bevoegdheden van de voor beroepsprocedures verantwoordelijke instantie, na de sluiting van een overeenkomst ingevolge de gunning van een

opdracht, te beperken tot het toekennen van schadevergoeding aan een ieder die door een schending van het gemeenschapsrecht ter zake van overheidsopdrachten werd gelaedeerd.

39 Hoewel die bepaling de lidstaten machtigt de gevolgen van in strijd met de richtlijnen ter zake van de aanbesteding van overheidsopdrachten gesloten overeenkomsten in stand te houden en aldus het gewettigd vertrouwen van de contractpartijen beschermt, kan zij niet, zonder de reikwijdte van de bepalingen ter instelling van de interne markt in te perken, tot gevolg hebben dat het gedrag van de aanbestedende dienst ten opzichte van derden na het sluiten van dergelijke overeenkomsten in overeenstemming met het gemeenschapsrecht wordt geacht.

40 Overigens kan noch het feit dat de Duitse regering tijdens de precontentieuze procedure de haar door de Commissie verweten niet-nakomingen heeft erkend, noch de bewering van die regering dat naar nationaal recht een vordering tot schadevergoeding zelfs mogelijk is zonder dat het Hof de niet-nakomingen heeft vastgesteld, van invloed zijn op de ontvankelijkheid van de onderhavige beroepen.

41 Het Hof heeft immers reeds geoordeeld dat het aan hem staat om vast te stellen of de gestelde niet-nakoming al dan niet bestaat, ongeacht of de betrokken staat die niet-nakoming niet meer betwist en het recht op vergoeding van de daardoor eventueel door particulieren geleden schade erkent (arrest van 22 juni 1993, Commissie/Denemarken, C-243/89, Jurispr. blz. I-3353, punt 30).

42 Aangezien de vaststelling van de niet-nakoming door een lidstaat los staat van de vaststelling van een daaruit voortgevloeide schade (arrest van 18 december 1997, Commissie/België, C-263/96, Jurispr. blz. I-7453, punt 30), kan de Bonds-

republiek Duitsland niet aanvoeren, dat geen enkele derde schade heeft geleden in het geval van de door de gemeente Bockhorn en de stad Braunschweig gesloten overeenkomsten.

43 Aangezien de gestelde niet-nakomingen hebben voortgeduurd na de in de met redenen omklede adviezen gestelde termijnen en het bestaan van die niet-nakomingen door de Bondsrepubliek Duitsland zelfs is erkend, kan deze laatste zich ook niet beroepen op een vergelijking met het beroep wegens nalaten in de zin van artikel 232 EG, noch op omstandigheden ten aanzien waarvan volgens het Hof sprake is van een beëindiging van een verzuim.

44 Gelet op het voorgaande moeten de door de Commissie ingestelde beroepen ontvankelijk worden geacht.

## Ten gronde

*Middelen en argumenten van partijen*

45 In zaak C-20/01 merkt de Commissie op dat richtlijn 92/50 van toepassing was op de betrokken opdracht, die overeenkomstig de bepalingen van artikel 8, juncto artikel 15, lid 2, van de richtlijn had moeten worden aanbesteed. De uitslag van de aanbestedingsprocedure had overeenkomstig artikel 16 daarvan moeten worden bekendgemaakt.

46 Ook in zaak C-28/01 stelt de Commissie dat richtlijn 92/50 van toepassing was op de betrokken overeenkomst. Volgens haar was niet voldaan aan de voorwaarden voor onderhandse aanbesteding zonder voorafgaande aankondiging van de opdracht, overeenkomstig artikel 11, lid 3, sub b, van deze richtlijn. Noch de ligging van de op grond van de nabijheid van de plaats van dienstverrichting gekozen onderneming, noch de urgentie van de gunning van de opdracht kan de toepassing van deze bepaling in het onderhavige geval rechtvaardigen.

47 Het in artikel 130 R, lid 2, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 174 EG) neergelegde beginsel dat milieuaantastingen bij voorrang aan de bron dienen te worden bestreden, moet worden gelezen in het licht van deze bepaling in haar geheel, op grond waarvan de eisen ter zake van milieubescherming moeten worden geïntegreerd in het bepalen en uitvoeren van gemeenschapsbeleid op andere gebieden. Die bepaling schrijft niet voor dat in geval van conflict het communautaire milieubeleid voorrang krijgt op andere vormen van gemeenschapsbeleid. Bovendien kunnen criteria van ecologische aard in het kader van een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten niet worden gebruikt met het oog op discriminatie.

48 Overigens rechtvaardigt de aanbestedende dienst de keuze van de procedure voor het plaatsen van de betrokken opdracht met het argument van gegarandeerde verwerking. Volgens de Commissie weerlegt dat argument het argument dat deze procedure was gekozen op grond van overwegingen ter zake van het milieu en de geografische nabijheid van de afvalverwerkingsinstallatie.

49 De Duitse regering, die haar argumentatie ten gronde slechts subsidiair aanvoert, merkt op dat de door de Commissie ingestelde beroepen in ieder geval niet gegrond zijn omdat de gestelde schendingen van richtlijn 92/50 al hun rechtsgevolgen hadden gesorteerd op het moment waarop zij werden begaan en niet meer voortduurden op de datum waarop de in de met redenen omklede adviezen gestelde termijnen verstreken.

50 In zaak C-28/01 voegt de Duitse regering daaraan toe dat alleen BKB kon voldoen aan het criterium van de geografische nabijheid van de afvalverwerkingsinstallatie, waarvoor op volstrekt wettige wijze was gekozen. Dit criterium is niet zonder meer discriminatoir, aangezien niet is uitgesloten dat in andere lidstaten gevestigde ondernemingen aan deze eis kunnen voldoen.

51 Een aanbestedende dienst mag, in het algemeen gesproken, in zijn overwegingen ten aanzien van de gunning van een overheidsopdracht rekening houden met milieucriteria, wanneer hij het soort dienst vaststelt waarnaar hij wil vragen. De Duitse regering is van mening dat ook op deze grond niet kan worden verlangd dat de tussen de stad Braunschweig en BKB gesloten overeenkomst wordt ontbonden, omdat in geval van een nieuwe aanbesteding de opdracht opnieuw aan deze vennootschap zou moeten worden gegund.

*Beoordeling door het Hof*

Zaak C-20/01

52 In zaak C-20/01 staat vast dat aan de toepassingsvoorwaarden van richtlijn 92/50 was voldaan. Zoals de advocaat-generaal in punt 65 van zijn conclusie opmerkt, is de behandeling van afvalwater een dienst in de zin van artikel 8 van deze richtlijn en haar bijlage I A, categorie 16. De bouw van bepaalde installaties heeft slechts een bijkomstig karakter ten opzichte van het primaire voorwerp van de

door de gemeente Bockhorn aan EWE gegunde opdracht. Het bedrag daarvan overschrijdt ruimschoots de in artikel 7 van de richtlijn gestelde drempelwaarde.

53 Op grond van de artikelen 8 en 15, lid 2, van richtlijn 92/50 had de opdracht derhalve overeenkomstig de bepalingen van deze richtlijn moeten worden aanbesteed. Overigens staat vast dat de gemeente Bockhorn dit niet heeft gedaan, hetgeen de Duitse regering ook niet betwist.

54 Het verweer ten gronde van de Bondsrepubliek Duitsland verwijst in wezen naar de argumenten die zijn aangevoerd tegen de ontvankelijkheid van het beroep. Deze argumenten dienen op de in de punten 29 tot en met 43 van dit arrest genoemde gronden te worden verworpen.

55 Derhalve is het beroep van de Commissie in zaak C-20/01 gegrond.

Zaak C-28/01

56 In zaak C-28/01 was richtlijn 92/50 kennelijk van toepassing en is zij door de stad Braunschweig ook toegepast. Deze heeft echter met een beroep op artikel 11, lid 3, sub b, van de richtlijn voor een procedure van onderhandse aanbesteding zonder voorafgaande aankondiging van de opdracht gekozen.

57 Hoewel zij tijdens de precontentieuze procedure heeft erkend dat aan de voorwaarden voor toepassing van deze bepaling niet was voldaan, merkt de Duitse regering op dat BKB feitelijk de enige onderneming was waaraan de opdracht kon worden gegund en dat een nieuwe aanbesteding daaraan niets kon veranderen.

58 In dit verband dient allereerst te worden opgemerkt dat de bepalingen van artikel 11, lid 3, van richtlijn 92/50, krachtens welke mag worden afgeweken van de regels die beogen te verzekeren dat de door het Verdrag op het gebied van overheidsopdrachten voor dienstverlening erkende rechten kunnen worden waargenomen, strikt moeten worden uitgelegd en dat degene die zich erop wil beroepen, dient te bewijzen dat de uitzonderlijke omstandigheden die de afwijking rechtvaardigen, daadwerkelijk bestaan (zie met betrekking tot overheidsopdrachten voor werken, arrest van 28 maart 1996, Commissie/Duitsland, C-318/94, Jurispr. blz. I-1949, punt 13).

59 Artikel 11, lid 3, sub b, van richtlijn 92/50 kan slechts worden toegepast wanneer is vastgesteld dat er om technische of artistieke redenen dan wel om redenen van bescherming van alleenrechten slechts één onderneming is die daadwerkelijk in staat is de betrokken opdracht uit te voeren. Aangezien in casu geen enkele artistieke reden of reden van bescherming van alleenrechten is aangevoerd, hoeft enkel te worden onderzocht of de redenen waarop de Duitse regering zich beroept technische redenen in de zin van genoemde bepaling kunnen vormen.

60 Een aanbestedende dienst kan in de verschillende stadia van een aanbestedingsprocedure voor overheidsopdrachten rekening houden met criteria ter zake van milieubescherming (zie met betrekking tot de toepassing van dergelijke criteria als criteria voor de gunning van een opdracht voor de exploitatie van een stadsbuslijn, arrest van 17 september 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Jurispr. blz. I-7213, punt 57).

61 Het lijkt derhalve niet uitgesloten dat een technische reden ter zake van milieubescherming in aanmerking kan worden genomen om te beoordelen of de betrokken opdracht slechts aan een bepaalde dienstverrichter kan worden toevertrouwd.

62 De procedure die op grond van het bestaan van een dergelijke technische reden wordt gevolgd moet echter de fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht eerbiedigen en met name het discriminatieverbod zoals dat voortvloeit uit de verdragsbepalingen inzake het recht van vestiging en het vrij verrichten van diensten (zie naar analogie arrest Concordia Bus Finland, reeds aangehaald, punt 63).

63 Het gevaar van schending van het discriminatieverbod is echter zeer groot wanneer een aanbestedende dienst besluit een bepaalde opdracht niet bij inschrijving te gunnen.

64 In het onderhavige geval moet in de eerste plaats worden vastgesteld dat, nu er daarvoor geen enkel bewijs is, de keuze voor de thermische behandeling van afval niet kan worden beschouwd als een technische reden die de bewering kan staven dat de opdracht slechts aan een bepaalde dienstverlener kon worden toevertrouwd.

65 In de tweede plaats wordt het betoog van de Duitse regering dat de nabijheid van de verwerkingsinstallatie een noodzakelijk gevolg is van de beslissing van de stad Braunschweig om het restafval thermisch te behandelen, door geen enkel bewijs ondersteund. Die omstandigheid kan derhalve niet als een dergelijke reden worden beschouwd. Meer in het bijzonder heeft de Duitse regering niet aangetoond dat het vervoer van het afval over een grotere afstand noodzakelijkerwijze een gevaar vormt voor het milieu of de volksgezondheid.

66 In de derde plaats kan ook de nabijheid van een bepaalde dienstverlener ten opzichte van het grondgebied van de gemeente op zichzelf geen technische reden in de zin van artikel 11, lid 3, sub b, van richtlijn 95/50 vormen.

67 Daaruit volgt dat de Bondsrepubliek Duitsland niet heeft aangetoond dat de toepassing van artikel 11, lid 3, van richtlijn 92/50 in casu gerechtvaardigd was. Bijgevolg moet ook het beroep van de Commissie in zaak C-28/01 worden toegewezen.

68 Gelet op het voorgaande moet worden vastgesteld dat

— doordat de gemeente Bockhorn de aanbesteding van de opdracht voor de behandeling van haar afvalwater niet heeft aangekondigd en de uitslag van de procedure niet heeft bekendgemaakt in het supplement op het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*, de Bondsrepubliek Duitsland bij de gunning van deze overheidsopdracht voor dienstverlening de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 8, juncto de artikelen 15, lid 2, en 16, lid 1, van richtlijn 92/50;

— doordat de stad Braunschweig zonder voorafgaande aankondiging is overgegaan tot onderhandse aanbesteding van een opdracht voor verwerking van haar afval, hoewel niet was voldaan aan de voorwaarden van artikel 11, lid 3, van richtlijn 92/50 voor de onderhandse aanbesteding van opdrachten zonder aankondiging in de gehele Gemeenschap, de Bondsrepubliek Duitsland bij de gunning van deze overheidsopdracht voor dienstverlening de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens de artikelen 8 en 11, lid 3, sub b, van die richtlijn.

## Kosten

69 Ingevolge artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is gevorderd. Aangezien de Bondsrepubliek Duitsland in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie in de kosten te worden verwezen. Overeenkomstig artikel 69, lid 4, van dat Reglement draagt het Verenigd Koninkrijk zijn eigen kosten.

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),

rechtdoende, verstaat:

1) **Doordat de gemeente Bockhorn (Duitsland) de aanbesteding van de opdracht voor de behandeling van haar afvalwater niet heeft aangekondigd en de uitslag van de procedure niet heeft bekendgemaakt in het supplement op het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*, is de Bondsrepubliek Duitsland bij de gunning van deze overheidsopdracht voor dienstverlening de**

verplichtingen niet nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 8, juncto de artikelen 15, lid 2, en 16, lid 1, 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.

2) Doordat de stad Braunschweig (Duitsland) zonder voorafgaande aankondiging is overgegaan tot onderhandse aanbesteding van een opdracht voor verwerking van haar afval, hoewel niet was voldaan aan de voorwaarden van artikel 11, lid 3, van richtlijn 92/50 voor de onderhandse aanbesteding van opdrachten zonder aanbesteding in de gehele Gemeenschap, is de Bondsrepubliek Duitsland bij de gunning van deze overheidsopdracht voor dienstverlening de verplichtingen niet nagekomen die op haar rusten krachtens de artikelen 8 en 11, lid 3, sub b, van die richtlijn.

3) De Bondsrepubliek Duitsland wordt verwezen in de kosten.

4) Het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland zal zijn eigen kosten dragen.

Wathelet Edward La Pergola

Jann Rosas

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 10 april 2003.

De griffier

R. Grass

De president van de Vijfde kamer

M. Wathelet