CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL S. ALBER

van 19 maart 1998 *

A — Inleiding

1. In de onderhavige niet-nakomingsprocedure gaat het om de uitlegging van de richtlijnen 89/440/EEG en 93/37/EEG [1] betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, ten aanzien van de oprichting van een gebouw voor de Vlaamse Raad. De opdrachten voor de bouw van het regionale parlement werden grotendeels volgens de onderhandelingsprocedure geplaatst en perceel 4 werd volgens een niet-openbare procedure gegund. Volgens de Commissie levert dit een niet-nakoming van de in de richtlijnen geformuleerde aankondigings- en bekendmakingsplicht op.

2. De Belgische regering is evenwel van mening, dat het regionale parlement als wetgevend orgaan niet gebonden is aan beslissingen van de minister die in de nationale rechtsorde bevoegd is voor het plaatsen van overheidsopdrachten. De Vlaamse Raad zou derhalve het recht hebben gehad, de gemeenschapsrechtelijke regels voor de bekendmaking van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken naast zich neer te leggen.

3. De Commissie concludeert dat het den Hove behage:

— vast te stellen dat door noch voor het globale project noch voor elk van de loten, betreffende de constructie van een gebouw voor de Vlaamse Raad, bekendmakingen te hebben geplaatst in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* en door de gunningsprocedures niet te hebben toegepast zoals voorzien door de richtlijnen 89/440/EEG en 93/37/EEG, en in het bijzonder door perceel 4 zonder rechtvaardiging onderhands te hebben toegewezen, het Koninkrijk België zijn verplichtingen niet is nagekomen die op hem rusten krachtens deze richtlijnen en meer bepaald de artikelen 7 en 11 van richtlijn 93/37;

— verweerder in de kosten van de procedure te verwijzen.

* Oorspronkelijke taal: Duits.

1 — Cf. richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 185, blz. 5), in de versie van richtlijn 89/440/EEG van de Raad van 18 juli 1989 tot wijziging van richtlijn 71/305/EEG (PB L 210, blz. 1), gehercodificeerd bij richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 199, blz. 54; hierna: „richtlijn").

4. De Belgische regering formuleert in haar verweer geen concrete vordering.

5. De middelen en argumenten van partijen zullen bij de bespreking worden behandeld.

B — Bespreking

6. De *Commissie* stelt, dat de Vlaamse Raad ontegenzeggelijk een „aanbestedende dienst" in de zin van de richtlijn is. De richtlijn is derhalve van toepassing op de voorgenomen bouw en de Vlaamse Raad heeft de richtlijn geschonden door de opdracht ondershands te plaatsen.

7. De *Belgische regering* stelt verschillende verdedigingslinies op. De verschillende verweermiddelen hebben als gemeenschappelijk element de stelling, dat de opdrachtgever als wetgevend orgaan onafhankelijk is.

Op de eind 1996 begin 1997 gevoerde plaatsingsprocedure waren de wet van 14 juli 1976 [2] betreffende de overheidsopdrachten, en haar uitvoeringsbesluiten van toepassing. Volgens deze wet is alleen de uitvoerende macht aan de plaatsingsregels gebonden. Op 24 december 1993 [3] is weliswaar een nieuwe wet vastgesteld, doch de inwerkingtreding van die wet liep vertraging op omdat eerst de nodige uitvoeringsbesluiten [4] moesten worden vastgesteld. In het kader daarvan werd op nationaal niveau en met de Commissie gepraat over het in deze zaak aan de orde zijnde probleem van de bijzondere grondwettelijke positie van wetgevende organen, doch een voor alle betrokkenen bevredigende oplossing werd niet gevonden. Volgens de Belgische regering heeft de Commissie daarbij niet de nodige steun geboden, zodat het ongepast was, de onderhavige procedure in te leiden. De procedure tegen de Belgische regering kwam ook op een uitermate slecht moment, daar de feiten zich hebben voorgedaan in een periode waarin de gewesten steeds meer grondwettelijke autonomie kregen, een periode van ingrijpende veranderingen waarin rechtsonzekerheid heerste.

Erkend moet in elk geval worden, dat de Vlaamse Raad — eigenlijk het Vlaamse Parlement, zoals het thans ook heet — een wetge-

2 — Wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

3 — Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (*Belgisch Staatsblad*, 22 januari 1994, blz. 1308).

4 — Uitvoeringsbesluit.

vend orgaan is, dat volgens de in de lidstaten heersende en aan het Verdrag van Maastricht ten grondslag liggende opvatting van de democratie onafhankelijk is. Daarnaast blijkt uit artikel 4 van de richtlijn, dat er gebieden zijn waarop de richtlijn niet van toepassing is.

8. De Commissie antwoordt hierop, dat interne problemen van de nationale rechtsorde niet kunnen vrijstellen van de verplichting om het gemeenschapsrecht in acht te nemen. Overigens is ook een parlement verplicht het gemeenschapsrecht na te leven.

9. Artikel 7 van richtlijn 93/37 bepaalt, in welke gevallen een „openbare procedure" [5], een „niet-openbare procedure" [6] of een „onderhandelingsprocedure" [7] wordt gevoerd. Zo noemt artikel 7, lid 2, de voorwaarden voor een onderhandelingsprocedure met bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving en artikel 7, lid 3, de voorwaarden voor een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Artikel 7, lid 4, bepaalt: „In alle andere gevallen maken de aanbestedende diensten voor het plaatsen van opdrachten voor de uitvoering van werken gebruik van de openbare of van de niet-openbare procedure."

10. Aangezien het bouwproject in kwestie niet behoort tot de gevallen waarin een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking kan worden gevoerd, moeten de bekendmakingsregels overeenkomstig artikel 11 van de richtlijn in acht worden genomen indien de Vlaamse Raad als een *aanbestedende dienst* in de zin van de richtlijn moet worden aangemerkt. Volgens artikel 1, sub b, van de richtlijn wordt onder aanbestedende diensten verstaan „de staat, zijn territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen".

11. Volgens de klassieke opvatting in het staatsrecht vormen de drie machten, te weten de wetgevende, de uitvoerende en de rechterlijke macht, tezamen de staat. In abstracto zijn de organen van de drie machten gehouden het gemeenschapsrecht in acht te nemen. Het Hof heeft dit zo algemeen vastgesteld in de zaak Von Colson en Kamann, waar het overwoog: „Wel moet worden gepreciseerd, dat de uit een richtlijn voortvloeiende verplichting der lidstaten om het daarmee beoogde doel te verwezenlijken, alsook de verplichting der lidstaten krachtens artikel 5 EEG-Verdrag, om alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van die verplichting te verzekeren, *voor alle met overheidsgezag beklede instanties* in de lidstaten gelden, en dus, binnen het kader van hun bevoegdheden, *ook voor de rechterlijke instanties*." [8] Daarmee staat vast, dat een richtlijn verbindend is voor rechterlijke instanties.

5 — Artikel 1, sub c, van de richtlijn.
6 — Artikel 1, sub f, van de richtlijn.
7 — Artikel 1, sub g, van de richtlijn.

8 — Cf. arrest van 10 april 1984, Von Colson en Kamann (14/83, Jurispr. blz. 1891, punt 26).

12. In de zaak Fratelli Costanzo [9] ging het om de vraag, of het bestuur gebonden is aan de gemeenschapsrechtelijke regels betreffende overheidsopdrachten. In die zaak heeft het Hof overwogen, dat de uit een richtlijn voortvloeiende verplichtingen „voor alle autoriteiten van de lidstaten" [10] gelden. Verder overweegt het Hof, dat in alle nader aangegeven omstandigheden waarin particulieren zich op de bepalingen van een richtlijn kunnen beroepen, „alle overheidsinstanties, de gedecentraliseerde instanties zoals de gemeenten daaronder begrepen, gehouden [zijn] deze bepalingen toe te passen". [11] Daarmee staat ook vast, dat overheidsinstanties aan het gemeenschapsrecht gebonden zijn.

13. Het is derhalve enkel nog de vraag, of ook de wetgevende macht aan de gemeenschapsrichtlijnen gebonden is. Die vraag moet in beginsel bevestigend worden beantwoord, daar het in een richtlijn vervatte bevel tot regelgeving in vele gevallen rechtstreeks tot de wetgevende lichamen is gericht. Naast deze abstracte opvatting moet volgens de rechtspraak van het Hof in de zaak Beentjes [12] aan het begrip „staat" op het gebied van overheidsopdrachten „een functionele uitlegging worden gegeven". [13] In de rechtspraak inzake overheidsopdrachten lag de vraag, of de dienst die de opdracht voor de uitvoering van werken plaatste, als een aanbestedende dienst in de zin van de richtlijn moest worden aangemerkt, doorgaans anders dan in de onderhavige zaak. Het ging vooral om de niet-inachtneming van de plaatsingsregels door ondergeschikte instanties en instellingen. [14]

14. Een parlement is als drager van het staatsgezag evenwel zeker een deel van de staat in functionele zin. Dit geldt in een federale structuur uiteraard ook voor de parlementen van de deelstaten.

15. Het bijzondere van het onderhavige geval is, dat de Vlaamse Raad juist niet bij zijn originaire taak van wetgever met richtlijn 93/37 te maken kreeg, maar in het kader van het beheer van zijn eigen middelen. Deze omstandigheid kan dit orgaan evenwel niet ontslaan van de inachtneming van de gemeenschapsrechtelijke procedureregels inzake doorzichtigheid en openbaarmaking bij overheidsopdrachten. Integendeel, aangenomen moet worden, dat een wetgevend orgaan juist wel aan de richtlijn is gebonden wanneer het zich niet op zijn originaire onafhankelijkheid van het bestuur kan beroepen omdat het niet als wetgever handelt.

9 — Arrest van 22 juni 1989 (103/88, Jurispr. blz. 1839).

10 — Cf. arrest Fratelli Costanzo (aangehaald in voetnoot 9, punt 30).

11 — Cf. arrest (aangehaald in voetnoot 9, punt 31).

12 — Arrest van 20 september 1988 (31/87, Jurispr. blz. 4635).

13 — Cf. arrest Beentjes (aangehaald in voetnoot 12, punt 11).

14 — Cf. arrest Beentjes — plaatselijke commissie voor de ruilverkaveling (aangehaald in voetnoot 12, punten 8 en 12); arrest Fratelli Costanzo — gemeente Milaan (aangehaald in voetnoot 9, punten 30 e. v.), en arrest van 8 maart 1992, Commissie/Spanje — Universidad Complutense te Madrid (24/91, Jurispr. blz. I-1989). Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Lenz in die zaak (Jurispr. blz. I-1995, punten 9 e. v.).

16. De vertegenwoordiger van de Belgische regering heeft ter terechtzitting ook toegegeven, dat de Vlaamse Raad bij het plaatsen van de opdracht eigenlijk niet als wetgever heeft gehandeld. De vrijheid waarvan gebruik is gemaakt, berust op de bijzondere grondwettelijke situatie. De Belgische regering beroept zich ter rechtvaardiging van het gelaakte handelen namelijk op het interne recht. In de wet van 14 juli 1976 wordt namelijk uitdrukkelijk bepaald, dat alleen de uitvoerende macht aan de plaatsingsregels is gebonden.

17. Gelijk de Commissie terecht aanvoert, is het vaste rechtspraak van het Hof dat een lidstaat zich niet op nationale bepalingen of op een uitlegging daarvan kan beroepen ter rechtvaardiging van een met het gemeenschapsrecht strijdige handelwijze. [15] Op het relevante tijdstip werd in elk geval betwijfeld, of de rechtspositie in België zich wel verdroeg met het gemeenschapsrecht. De Belgische regering verklaart zelf, dat de wet van 24 december 1993 een aantal onvolkomenheden van de wet van 14 juli 1976 diende te verhelpen. Er waren evenwel nog meningsverschillen over de rol van wetgevende organen. Het is in dit verband dat de Commissie niet de nodige steun zou hebben geboden.

15 — Cf. arresten van 9 december 1997, Commissie/Frankrijk (C-265/95, Jurispr. blz. I-6959, punten 55 e. v.); 12 juli 1988, Commissie/Italië (310/86, Jurispr. blz. 3987, punt 6), en 12 juli 1988, Commissie/Italië (326/87, Jurispr. blz. 4009, punt 6).

18. Het kan worden betreurd, dat de Commissie niet de verhoopte steun heeft geboden bij de wetgevingsprocedure. Uiterlijk bij de inleiding van de niet-nakomingsprocedure kon er evenwel geen twijfel meer bestaan over de houding van de Commissie. De aanmaningsbrief waarbij de niet-nakomingsprocedure is ingeleid, dateert van 28 juli 1994 en de Belgische regering heeft daarop geantwoord bij brief van 31 augustus daaraanvolgend. Op 16 november 1995, meer dan een jaar later, zond de Commissie de Belgische regering het met redenen omkleed advies, waarop deze bij brief van 15 december 1995 heeft geantwoord. Ten slotte heeft de Commissie op 2 oktober 1996 het beroep ingesteld.

19. De door de Belgische regering genoemde communicatieproblemen tussen de Vlaamse Raad, de permanente vertegenwoordiging van België en de Commissie kunnen de houding van de Vlaamse Raad weliswaar verklaren, doch deze niet rechtens rechtvaardigen. De in de richtlijn geformuleerde openbaarmakingsplichten hebben rechtstreekse werking en waren in zoverre ook verbindend voor de Vlaamse Raad.

20. Ter terechtzitting heeft de vertegenwoordiger van de Belgische regering nogmaals uitdrukkelijk gewezen op de uitzonderingsbepalingen van de richtlijn, inzonderheid op artikel 4 daarvan, om duidelijk te maken dat er wel degelijk gebieden zijn die een staat rechtens aan de toepassing van de regels inzake de plaatsing van overheidsopdrachten kan onttrekken.

21. Hierop moet worden geantwoord, dat artikel 4 in het concrete geval geen steun biedt voor de niet-nakoming van de uit de richtlijn voortvloeiende plichten. Artikel 4, sub a, is slechts een bepaling die een bepaald gebied uitsluit en waarin wordt verwezen naar een aantal regels 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. [16] Volgens artikel 4, sub b, is de richtlijn niet van toepassing op opdrachten voor de uitvoering van werken „wanneer de werken geheim zijn verklaard of wanneer hun uitvoering overeenkomstig de in de betrokken lidstaat geldende wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen gepaard moet gaan met bijzondere veiligheidsmaatregelen, of wanneer de bescherming van de fundamentele belangen van de lidstaat zulks vereist". De Belgische regering heeft geen feiten aangedragen die toepassing van die uitzonderingsbepaling zouden meebrengen; zij heeft met name geen wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen genoemd waarbij de werken geheim zijn verklaard of volgens welke de uitvoering ervan gepaard moet gaan met bijzondere veiligheidsmaatregelen, en zij heeft evenmin bescherming van de wezenlijke belangen van de lidstaat aangevoerd.

22. Volgens vaste rechtspraak moeten bepalingen waarbij wordt afgeweken van de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten, *strikt* [17] worden uitgelegd. Het algemene, niet nader gespecificeerde beroep op het beginsel van de scheiding der machten, kan derhalve niet als een beroep op de bescherming van de fundamentele belangen van de lidstaat worden aangemerkt.

23. Gelet op de onafhankelijkheid van de Vlaamse Raad als wetgevend orgaan, rijst derhalve hooguit nog de vraag van de aansprakelijkheid van de lidstaat in het kader van een niet-nakomingsprocedure als bedoeld in artikel 169 van het Verdrag. Ook dienaangaande kan worden verwezen naar vaste rechtspraak van het Hof, volgens welke een lidstaat in de zin van artikel 169 aansprakelijk wordt, onafhankelijk van de vraag welk staatsorgaan door zijn handelen of nalaten het verzuim veroorzaakte, zelfs al betreft het een constitutioneel onafhankelijke instelling. [18]

24. Alles bij elkaar genomen moet de vordering van de Commissie worden toegewezen.

Kosten

Ingevolge artikel 69, lid 2, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien verweerder in het ongelijk is gesteld, dient hij in de kosten van de procedure te worden verwezen.

16 — PB L 297, blz. 1.

17 — Arresten van 10 maart 1987, Commissie/Italië (199/85, Jurispr. blz. 1039, punt 14); 18 mei 1995, Commissie/Italië (C-57/94, Jurispr. blz. I-1249, punt 23), en 28 maart 1996, Commissie/Duitsland (C-318/94, Jurispr. blz. I-1949, punt 13); over de werking ratione temporis van een uitzonderingsbepaling, zie arrest van 26 oktober 1995, Furlanis (C-143/94, Jurispr. blz. I-3633).

18 — Cf. arresten van 5 mei 1970, Commissie/België (77/69, Jurispr. blz. 237, punt 15); 18 november 1970, Commissie/Italië (8/70, Jurispr. blz. 961, punt 9), en 26 februari 1976, Commissie/Italië (52/75, Jurispr. blz. 277, punt 14).

C — Conclusie

25. Mitsdien geef ik het Hof in overweging:

1) vast te stellen dat het Koninkrijk België, door noch voor het globale project noch voor elk van de percelen, betreffende de constructie van een gebouw voor de Vlaamse Raad, de regels inzake plaatsing en bekendmaking in acht te hebben genomen, de krachtens de richtlijnen 89/440/EEG en 93/37/EEG, inzonderheid de artikelen 7 en 11 van richtlijn 93/37/EEG, op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen;

2) het Koninkrijk België in de kosten van de procedure te verwijzen.