CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. TESAURO

van 17 november 1994 *

1. In de onderhavige zaak verzoekt de Commissie het Hof vast te stellen, dat het Koninkrijk der Nederlanden de krachtens richtlijn 77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen [1] (hierna: de richtlijn „leveringen"), zoals gewijzigd bij de latere richtlijnen 80/767/EEG van 22 juli 1980 [2] en 88/295/EEG van 22 maart 1988 [3], en artikel 30 van het Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen.

Meer in het bijzonder acht de Commissie de door het Nederlands Inkoopcentrum NV (hierna: het „NIC") in het Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen gepubliceerde aankondiging van een overheidsopdracht voor de levering en het onderhoud van een „meteorological workstation system" [4] niet in overeenstemming met de communautaire bepalingen. Zij heeft twee bezwaren: enerzijds vermeldde de aankondiging niet de personen die bij de opening van de inschrijvingen werden toegelaten, evenmin als de dag, het uur en de plaats van de opening; anderzijds was in het lastenboek een technische specificatie opgenomen die naar een produkt van een bepaald merk verwees, namelijk het UNIX-besturingssysteem, gecreëerd door Bell Laboratories of ITT, zonder dat daarbij was aangegeven dat de leverancier ook een soortgelijk systeem kon aanbieden.

De Commissie deelde deze bezwaren mee aan het Koninkrijk der Nederlanden en aan de aanbestedende dienst, overeenkomstig de procedure van artikel 3, leden 1 en 2, van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende 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. [5] Daarbij wees de Commissie erop, dat die kennisgeving bovendien als ingebrekestelling in de zin van artikel 169 van het Verdrag gold en dat het antwoord van de Nederlandse regering als opmerkingen in de zin van dat artikel zou worden beschouwd.

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

1 — PB 1977, L 13, blz. 1.

2 — PB 1980, L 215, blz. 1.

3 — PB 1988, L 127, blz. 1.

4 — De betrokken aankondiging, nummer 91/S 233-37730/NL, is gepubliceerd in het supplement van het Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen van 10 december 1991 (PB 1991, S 233, blz. 25).

5 — PB 1989, L 395, blz. 33.

2. Voor een goed begrip van de draagwijdte van deze bezwaren en de middelen van verweer, zal ik beginnen met de relevante bepalingen van de betrokken richtlijnen uiteen te zetten.

Artikel 9, lid 5, van de richtlijn „leveringen" legt de aanbestedende diensten de verplichting op, de aankondigingen overeenkomstig de in bijlage III bij de richtlijn opgenomen modellen op te maken. Wanneer het om een „openbare" aanbesteding gaat, zoals in de onderhavige zaak het geval is, moet de aankondiging met name de volgende vermeldingen bevatten (punt 7 van bijlage III):

„a) Degenen die bij de opening van inschrijvingen worden toegelaten;

b) Dag, uur en plaats van de opening."

Voorts bepaalt artikel 7, lid 6, van titel II „Gemeenschappelijke regels op technisch gebied":

„Tenzij dergelijke specificaties door het voorwerp van de opdracht worden gerechtvaardigd, verbieden de Lid-Staten het opnemen in de contractclausules die voor een bepaalde opdracht gelden, van technische specificaties die produkten van een bepaald fabrikaat of bepaalde herkomst, dan wel bijzondere werkwijzen vermelden, waardoor bepaalde ondernemingen of produkten worden begunstigd of uitgeschakeld. Het is onder meer verboden merken, octrooien of typen, of een bepaalde oorsprong of produktie aan te duiden; een dergelijke aanduiding, vergezeld van de mededeling ‚of daarmee overeenstemmend' is evenwel toegestaan wanneer het doel van de opdracht niet anders met voldoende nauwkeurige, voor alle betrokkenen volkomen begrijpelijke specificaties omschreven kan worden."

Ten slotte is bij artikel 3 van richtlijn 89/665 een procedure ingevoerd op basis waarvan de Commissie „snel" bij de bevoegde autoriteiten van de Lid-Staten en de aanbestedende diensten kan interveniëren. De Commissie kan deze procedure vóór het sluiten van een overeenkomst hanteren, wanneer zij van oordeel is, „dat een duidelijke en kennelijke schending van de communautaire voorschriften inzake overheidsopdrachten heeft plaatsgevonden". In dat geval geeft zij de betrokken diensten kennis van de door haar geconstateerde inbreuken en vraagt zij om deze ongedaan te maken; vanaf dat ogenblik beschikt de Lid-Staat over 21 dagen om aan de Commissie mee te delen: a) dat de betrokken schending ongedaan is gemaakt, of, b) waarom dat niet is gebeurd, of nog, c) dat de aanbestedingsprocedure is opgeschort.

3. Alvorens op het geschil ten gronde in te gaan, moet ik de exceptie van niet-ontvankelijkheid bespreken die de Nederlandse regering op twee gronden heeft opgeworpen.

Om te beginnen stelt de Nederlandse regering, dat de handelwijze van de Commissie niet in overeenstemming is met de eisen van artikel 3, leden 1 en 2, van richtlijn 89/665. Zoals reeds gezegd, heeft de in die bepaling neergelegde procedure ten doel, de betrokken Lid-Staat en de betrokken aanbestedende dienst tijdig, dus vóór de gunning, mee te delen dat er een duidelijke en kennelijke schending van communautaire bepalingen heeft plaatsgevonden. De Commissie heeft het Koninkrijk der Nederlanden haar bezwaren echter pas zes maanden na de publikatie van de betrokken aankondiging meegedeeld, vlak vóór de gunning van de opdracht. De aanbestedende dienst zelf werd enkele dagen later, na de gunning van de opdracht, op de hoogte gesteld, wat de Commissie toegeeft. [6] Volgens verweerder levert dit schending op van de in artikel 5 van het Verdrag neergelegde verplichting tot samenwerking tussen de Lid-Staten en de gemeenschapsinstellingen, daar de Commissie in alle redelijkheid niet kan verlangen dat een aanbestedingsprocedure die reeds verschillende maanden geleden was aangevangen, binnen één werkdag wordt opgeschort, te meer daar het desbetreffende verzoek niet tijdig aan de aanbestedende dienst is gezonden.

De tweede door de Nederlandse regering aangevoerde niet-ontvankelijkheidsgrond is gebaseerd op het feit, dat de Commissie zelf dezelfde technische specificatie, namelijk het UNIX-systeem, heeft voorgeschreven in een aankondiging van een overheidsopdracht van latere datum dan de aankondiging die het voorwerp van het onderhavige beroep vormt. [7] Daaruit volgt, dat het NIC volstrekt terecht mocht aannemen, dat het gebruik van die technische specificatie vanuit gemeenschapsrechtelijk oogpunt niet op bezwaren stuitte, aangezien de Commissie zelf het UNIX-systeem als een algemeen gebruikelijke en aanvaarde technische norm leek te beschouwen.

4. De bezwaren die de Nederlandse regering tegen de handelwijze van de Commissie oppert, zijn begrijpelijk. Mijns inziens moeten zij echter uitsluitend in juridisch opzicht worden onderzocht, en het lijdt geen twijfel dat die bezwaren een niet-ontvankelijkverklaring van het beroep niet rechtvaardigen. Ik zou het Hof althans niet in overweging geven, zich in die zin uit te spreken.

In de eerste plaats meen ik, dat de omstandigheid dat de Commissie de bijzondere procedure van artikel 3 van richtlijn 89/665 voor het ongedaan maken van schendingen van communautaire bepalingen op het gebied van

6 — In repliek erkent de Commissie, dat de aangetekende brief met haar bezwaren op 25 juni 1992 alleen aan de Nederlandse regering is gezonden, doch niet aan het NIC; het NIC heeft pas op 29 juni 1992 een door de bevoegde diensten van de Commissie verzonden brief in fax-vorm ontvangen.

7 — Aankondiging nr. 92/S 116-223439/FR (PB 1992, S 116, blz. 77).

openbare aanbestedingen te laat heeft ingezet, de Commissie geenszins het recht ontneemt om op grond van artikel 169 van het Verdrag tegen de betrokken Lid-Staat op te treden teneinde een dergelijke schending te doen vaststellen. Immers, dit actiemiddel is niet aan een termijn gebonden, daar het een van de vormen is waarin de Commissie de haar bij artikel 155 van het Verdrag opgedragen taak, voortdurend toe te zien op de naleving van het gemeenschapsrecht, uitoefent [8]; ook duidelijke overwegingen in verband met de hiërarchie der normen nemen dienaangaande dus elke twijfel weg.

Voorts heeft, zoals uit de „considerans" van de richtlijn [9] blijkt, de procedure van artikel 3 ten doel, de Commissie in staat te stellen snel — vóór het sluiten van de overeenkomst — bij de bevoegde autoriteiten van de Lid-Staten te interveniëren ter voorkoming van onherstelbare schade die het gevolg kan zijn van een onwettige gunning; in werkelijkheid doet zij echter niets toe of af aan de bevoegdheid die de Commissie onder artikel 169 heeft. Van de procedure van artikel 169 dient de Commissie dus gebruik te maken, wanneer de op basis van artikel 3 gedane kennisgeving niet of niet naar behoren wordt beantwoord en zij wil doen vaststellen, dat de betrokken Lid-Staat de krachtens de communautaire bepalingen inzake overheidsopdrachten op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen.

5. Gelet op het voorgaande zijn voor het feit dat de procedure van artikel 3 van richtlijn 89/665 en die van artikel 169 van het Verdrag gelijktijdig zijn ingezet, argumenten van proceseconomie aan te voeren, die ik ten volle kan onderschrijven. Het enige gevolg van het tardieve optreden van de Commissie is, en op dit punt kan ik niet anders dan het eens zijn met de opgeworpen bezwaren, dat haar actie daardoor mogelijk niet de doeltreffendheid had die de bijzondere procedure beoogt te garanderen.

Na de schrapping uit de uiteindelijk door de Raad goedgekeurde tekst van de aanvankelijk voorziene drastische interventiemiddelen [10] voor de Commissie, is de verkorting van de termijnen van de procedure van artikel 169 — op de kennisgeving van de Commissie moet binnen een maximumtermijn van 21 dagen worden geantwoord — in feite het enige element dat aansluit bij een van de doelstellingen die bij de vaststelling van de richtlijn voorop stonden, namelijk verster-

8 — In dit verband, zie het arrest van 10 april 1984 (zaak 324/82, Commissie/België, Jurispr. 1984, blz. 1861, r. o. 11 en 12).

9 — Zie in het bijzonder de overwegingen 2, 7 en 8.

10 — In het bijzonder de mogelijkheid om in dringende gevallen de aanbestedingsprocedure op te schorten, in geval van bijzonder ernstige schendingen van de gemeenschapsregeling: zie de artikelen 4 en 5 van het richtlijnvoorstel (PB 1989, C 15, blz. 8).

king op communautair vlak van de controle op de naleving van de bepalingen inzake overheidsopdrachten.

Artikel 3 bepaalt immers alleen maar welke termijn ter zake in het kader van de procedure op grond van artikel 169 als „redelijk" is te beschouwen voor de beantwoording van de schriftelijke ingebrekestelling door de betrokken Lid-Staat en, in voorkomend geval, ter voorbereiding van zijn verweer tegen de hem verweten punten. [11] Het is echter volstrekt uitgesloten, deze termijn op te vatten als een vervaltermijn voor de actie van de Commissie.

6. De tweede door verweerder aangevoerde niet-ontvankelijkheidsgrond is gebaseerd op het gewettigd vertrouwen dat de betwiste technische specificatie in overeenstemming met de communautaire bepalingen was, dat bij de Nederlandse regering was gewekt doordat de Commissie zelf die technische specificatie in een aankondiging van een overheidsopdracht had gebruikt.

Dienaangaande wil ik alleen maar zeggen, dat er twee mogelijkheden zijn. Ofwel is het gebruik van de betrokken technische specificatie niet in strijd met de aanbestedingsregeling en dan mogen en kunnen zowel de gemeenschapsinstellingen als de nationale autoriteiten ze rechtmatig in de beschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht opnemen. In dat geval is het door de Commissie ingestelde beroep althans op dit punt ongegrond.

Ofwel is dat gebruik wel in strijd met bedoelde regeling, en dan zie ik niet in, hoe het feit dat de Commissie zelf zich schuldig maakt aan een inbreuk op de bepalingen van de richtlijn „leveringen", de eventuele schending door de Nederlandse autoriteiten kan opheffen. Ook de gemeenschapsinstellingen dienen de aanbestedingsregeling na te leven; doen zij dat niet, is er geen enkel rechtsbeginsel dat de Lid-Staten toestaat hetzelfde te doen. Evenmin is het de instelling verboden een door een Lid-Staat begane schending te doen vaststellen, enkel en alleen omdat zij een soortgelijke inbreuk heeft begaan.

Ook in zoverre moet de exceptie van niet-ontvankelijkheid dus worden afgewezen.

7. Aangezien niet wordt betwist, dat de richtlijn „leveringen" op het onderhavige

11 — Arrest van 2 februari 1988 (zaak 293/85, Commissie/België, Jurispr. 1988, blz. 305, r. o. 13 en 14).

geval van toepassing is [12], ga ik thans over tot het onderzoek van de tegen verweerder aangevoerde klachten.

Zoals gezegd, verwijt de Commissie de aanbestedende dienst in de eerste plaats schending van artikel 9, lid 5, van de richtlijn „leveringen", daar de aankondiging van de overheidsopdracht niet is opgemaakt overeenkomstig de modellen van bijlage III bij de richtlijn, waarnaar bedoeld artikel verwijst en waarvan punt 7 voorschrijft de personen te vermelden die bij de opening van de inschrijvingen worden toegelaten, alsmede dag, uur en plaats van de opening. De Nederlandse regering is het eens met de Commissie, dat de aanbestedende diensten de aankondigingen moeten opmaken volgens het model van vorenbedoelde bijlage en dat het voorschrift van punt 7 van de bijlage onvoorwaardelijk geldt. Zij stelt evenwel, dat de betrokken inlichtingen enkel noodzakelijk zijn, indien de aanbestedende dienst het bijwonen van de opening van de inschrijvingen wil beperken, bij voorbeeld tot de inschrijvers. Wanneer daarentegen, zoals in casu, de opening openbaar is en elke geïnteresseerde ze kan bijwonen, zijn die inlichtingen haars inziens overbodig.

Voorts zou het, aangezien de ingediende offertes in de regel omvangrijk en complex zijn, waardoor het integraal voorlezen ervan bij de opening onmogelijk is, een illusie zijn te denken, dat de leveranciers in dat stadium van de procedure de handelwijze van de aanbestedende dienst kunnen controleren en in voorkomend geval tijdig voor hun rechten kunnen opkomen.

8. Ik kan mij niet aansluiten bij deze opvatting van de Nederlandse regering. In de eerste plaats is er geen steun voor te vinden in de tekst van de richtlijn. Bijlage III, die vermeldt welke gegevens de aankondiging van overheidsopdrachten in geval van een openbare procedure dient te bevatten, onderscheidt immers duidelijk tussen verplichte en facultatieve vermeldingen. Tot de tweede categorie behoren de vermeldingen betreffende de voorgeschreven leveringstermijn (punt 4), de hoogte en de betalingswijze van het eventueel verschuldigde bedrag om van de betrokken dienst een kopie van de documentatie betreffende de overheidsopdracht te krijgen (punt 5c) en de rechtsvorm die de combinatie van leveranciers aan wie de opdracht wordt gegund, moet hebben (punt 10).

Van de voorschriften van punt 7 daarentegen kan niet worden afgeweken, vooral niet wat betreft de procedure die bij de opening van de inschrijvingen wordt gevolgd. Dit strookt volkomen met de geest van de betrokken regeling, die binnen het geheel van verrich-

12 — Dienaangaande betwist de Nederlandse regering weliswaar, dat het NIC als een aanbestedende dienst in de zin van de richtlijn „leveringen" is aan te merken, doch erkent niettemin dat deze richtlijn van toepassing is op de betrokken aanbestedingsprocedure, daar het NIC in casu in naam en voor rekening van het Koninklijk Nederlands Meteorologisch Instituut heeft gehandeld, dat zelf wel als een aanbestedende dienst in de zin van de richtlijn te beschouwen is.

tingen en procedures ten behoeve van de voorziening van de aanbestedende diensten, een van de meest doeltreffende middelen vormt om de opening van de markt van de overheidsopdrachten voor leveringen te verwezenlijken. Voorts mag evenmin uit het oog worden verloren, dat de doeltreffende toepassing van de gemeenschapsregeling in vele gevallen enkel kan worden gewaarborgd, wanneer tijdig op schendingen van die regeling wordt gereageerd. Het valt dus te begrijpen, dat het voor de leveranciers die aan een aanbestedingsprocedure deelnemen van belang kan zijn bij de opening van de inschrijvingen aanwezig te zijn, al was het maar, zoals de Commissie opmerkt, om reeds in dat stadium de identiteit van hun concurrenten te kennen en te kunnen nagaan of zij aan de kwalitatieve selectiecriteria van de artikelen 20 e. v. van de richtlijn „leveringen" voldoen. Deze controlemogelijkheid zou duidelijk volledig wegvallen, wanneer de praktische modaliteiten van de opening (zelfs van een openbare procedure) niet bekend zouden zijn.

9. Wat de gestelde schending van artikel 7, lid 6, van de richtlijn „leveringen" en van artikel 30 van het Verdrag betreft, doordat in het lastenboek van de litigieuze overheidsopdracht een technische specificatie is opgenomen die naar een bepaald produkt verwijst, stelt de Nederlandse regering, dat het lastenboek in werkelijkheid niet naar een bepaald produkt, maar naar een produktfamilie verwijst, daar het UNIX-systeem in de informaticasector als een algemeen erkende technische specificatie wordt beschouwd. De opzettelijke weglating van de vermelding „of daarmee overeenstemmend" na de aanduiding UNIX was juist bedoeld om de geïnteresseerde leveranciers duidelijk te maken, dat het NIC niet een bepaald produkt, maar een produkt met bepaalde kenmerken op het oog had. Tot staving daarvan voert de Nederlandse regering aan, dat de opdracht uiteindelijk aan een leverancier is gegund die niet het UNIX-systeem, doch een soortgelijk systeem gebruikt.

Hierover wil ik opmerken, dat verweerder erkent, dat het UNIX-systeem geen gestandaardiseerd systeem is, dat wil zeggen een door een in de informaticasector erkend internationaal normalisatie-instituut goedgekeurde technische specificatie. Nu is een dergelijke specificatie uitgewerkt door een van de niet-officiële organen die door de producenten en consumenten zijn opgericht om het standaardiseringsproces te versnellen; het betreft X/OPEN, bedoeld ter standaardisering van op het UNIX-systeem van AT & T gebaseerde besturingssystemen. [13] Echter, pas op het ogenblik waarop de resultaten van het werk van dergelijke organen door de officiële instanties worden erkend, verkrijgen de op die wijze uitgewerkte technische specificaties de rang van norm. Mijns inziens kan dus moeilijk worden gesteld, zoals de Nederlandse regering doet, dat de handelwijze van de aanbestedende dienst in overeenstemming was met besluit 87/95/EEG van de Raad van 22 december 1986 betreffende de normalisatie op het gebied van de informatietechnolo-

13 — Zie dienaangaande het document „Standardization — Fact Sheet 4" van directoraat-generaal XIII van de Commissie van oktober 1990, waarnaar beide partijen verwijzen.

gieën en de telecommunicatie [14], dat de Lid-Staten de verplichting oplegt om bij overheidsopdrachten in die sectoren de Europese en internationale normen te hanteren; het UNIX-systeem nu komt in die normen niet voor, wat de Nederlandse regering zelf erkent.

Aangezien UNIX dus het merk van een bepaald produkt is, wordt artikel 7, lid 6, van de richtlijn „leveringen" geschonden, wanneer in een aankondiging naar dat merk wordt verwezen zonder de toevoeging „of daarmee overeenstemmend". Aangezien een dergelijke clausule de aanbesteding van meet af aan voorbehoudt aan leveranciers die het specifiek opgegeven systeem kunnen leveren, vormt zij bovendien een belemmering van de invoerstromen in het handelsverkeer tussen de Lid-Staten en is zij dus eveneens in strijd met artikel 30 van het Verdrag. [15]

10. Het feit dat de betrokken overheidsopdracht nadien is gegund aan een leverancier die een soortgelijk systeem gebruikt als het in de aankondiging vermelde, doet mijns inziens niet af aan die conclusie. Opneming van een clausule als de onderhavige in het lastenboek kan immers tot gevolg hebben, dat ondernemers die een vergelijkbaar systeem aanbieden als het gevraagde, juist daardoor afzien van deelneming aan de aanbesteding.

11. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof derhalve in overweging,

— vast te stellen dat het Koninkrijk der Nederlanden, door in de aankondiging van de betrokken overheidsopdracht niet de personen te vermelden die bij de

14 — PB 1987, L 36, blz. 31.

15 — Arrest van 22 september 1988 (zaak 45/87, Commissie/Ierland, Jurispr. 1988, blz. 4929, r. o. 12-27).

opening van de inschrijvingen worden toegelaten, en evenmin de dag, het uur en de plaats van de opening, en door in de aankondiging een technische specificatie op te nemen die naar een produkt van een bepaald merk verwijst, de krachtens richtlijn 77/62/EEG van de Raad, zoals gewijzigd bij de richtlijnen 80/767/EEG en 88/295/EEG, en artikel 30 van het Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen.

— Het Koninkrijk der Nederlanden in de kosten van de procedure te verwijzen.