ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

18 november 2004 *

In zaak C-126/03,

betreffende een beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 226 EG, ingesteld op 20 maart 2003,

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door K. Wiedner 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.

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: P. Jann (rapporteur), kamerpresident, A. Rosas, R. Silva de Lapuerta, K. Lenaerts en K. Schiemann, rechters,

advocaat-generaal: L. A. Geelhoed,
griffier: H. von Holstein, adjunct-griffier,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 26 mei 2004,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 24 juni 2004,

het navolgende

Arrest

1 De Commissie van de Europese Gemeenschappen verzoekt het Hof vast te stellen dat de Bondsrepubliek Duitsland, doordat de opdracht voor het vervoer van

afvalstoffen vanaf de stortplaatsen in de regio Donauwald (Duitsland) naar de thermische centrale van München-Noord, door de stad München (Duitsland) is gegund in strijd met de procedurevoorschriften van artikel 8 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), juncto artikel 11, lid 1, van deze richtlijn, de krachtens deze richtlijn op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.

Toepasselijke bepalingen

2 Volgens artikel 1, sub a, van richtlijn 92/50 wordt onder „overheidsopdrachten voor dienstverlening" verstaan „schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel, die zijn gesloten tussen een dienstverlener enerzijds en een aanbestedende dienst anderzijds", met uitsluiting van de in de punten i tot en met ix van deze bepaling genoemde overeenkomsten.

3 Ingevolge artikel 1, sub b, van deze richtlijn worden als „aanbestedende diensten" beschouwd „de Staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen".

4 Krachtens artikel 8 van richtlijn 92/50 worden „de opdrachten voor het verlenen van in bijlage IA vermelde diensten overeenkomstig de bepalingen van de titels III tot en met VI geplaatst".

5 Artikel 11, lid 1, van richtlijn 92/50 bepaalt dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening openbare of niet-openbare procedures of procedures van gunning via onderhandelingen zoals in respectievelijk artikel 1, sub d, e en f, van de richtlijn omschreven, toepassen.

De feiten en de precontentieuze procedure

6 In 1997 heeft de stad München als exploitant van de thermische centrale München-Noord een overeenkomst gesloten met een particulier bedrijf, de vennootschap Rethmann Entsorgungswirtschaft GmbH & Co. KG (hierna: „Rethmann"), op grond waarvan zij zich ertoe heeft verplicht deze vennootschap te belasten met het vervoer van afvalstoffen vanaf de stortplaatsen naar de thermische centrale indien zij de opdracht voor de verwerking van afvalstoffen van de regio Donauwald zou verkrijgen, waarvoor de Abfallwirtschaftsgesellschaft Donau-Wald mbH (hierna: „AWG Donau-Wald") een aanbestedingsprocedure had geopend en waarvoor de stad München een inschrijving had gedaan.

7 Nadat de stad München de opdracht had verkregen heeft zij Rethmann overeenkomstig de met haar gesloten overeenkomst met het vervoer van de afvalstoffen belast, doch zonder dat voor de opdracht voor deze activiteit een aanbestedingsprocedure als bedoeld in richtlijn 92/50 was gevolgd.

8 Na de Bondsrepubliek Duitsland in de gelegenheid te hebben gesteld hierover haar opmerkingen in te dienen, heeft de Commissie deze lidstaat op 25 juli 2001 een met redenen omkleed advies gezonden waarin zij erop wees dat voor de opdracht voor

het vervoer van afvalstoffen vanaf de stortplaatsen in de regio Donauwald naar de thermische centrale München-Noord (hierna: „litigieuze opdracht") een aanbestedingsprocedure had moeten worden gevolgd, die overeenkomstig richtlijn 92/50 in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* had moeten worden bekend gemaakt. Zij heeft deze lidstaat verzocht binnen een termijn van twee maanden na kennisgeving van het advies de krachtens het gemeenschapsrecht op hem rustende verplichtingen na te komen. Na het antwoord van de Duitse autoriteiten waarin zij de niet-nakoming hebben betwist, heeft de Commissie het onderhavige beroep ingesteld.

Het beroep

De niet-nakoming

9 Tot staving van haar beroep voert de Commissie één middel aan, ontleend aan schending van artikel 8 juncto artikel 11, lid 1, van richtlijn 92/50, omdat de stad München voor de litigieuze opdracht geen aanbestedingsprocedure heeft gevolgd.

10 In dit verband zij in herinnering gebracht dat ingevolge artikel 8 juncto artikel 11, lid 1, van richtlijn 92/50 overheidsopdrachten voor het verlenen van in bijlage IA vermelde diensten overeenkomstig de bepalingen van de titels III tot en met VI moeten worden geplaatst, onder toepassing van een openbare procedure, een niet-openbare procedure of een procedure van gunning via onderhandelingen in de zin van deze richtlijn.

11 In deze context is het begrip „overheidsopdrachten voor dienstverlening" in artikel 1, sub a, van richtlijn 92/50 omschreven als schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel, die zijn gesloten tussen een dienstverlener enerzijds en een aanbestedende dienst anderzijds.

12 Het begrip „aanbestedende dienst" is in artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50 omschreven als „de Staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen".

13 Bijgevolg bepaalt artikel 8 van richtlijn 92/50 junctis de artikelen 1, sub a en b, en 11, lid 1, daarvan, dat voor schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel, die zijn gesloten tussen een dienstverlener en een territoriaal lichaam een openbare procedure, een niet-openbare procedure of een procedure van gunning via onderhandelingen in de zin van deze richtlijn moet worden gevolgd, wanneer zij in bijlage IA bij de richtlijn vermelde diensten betreffen.

14 In casu dient te worden vastgesteld dat de litigieuze opdracht een overheidsopdracht in de zin van de artikelen 8 en 11 van richtlijn 92/50 is, die overeenkomstig de titels III tot en met VI van deze richtlijn had moeten worden geplaatst.

15 De overeenkomst tussen de stad München en Rethmann, op grond waarvan deze vennootschap zich ertoe verplichtte het vervoer van de afvalstoffen vanaf de stortplaatsen in de regio Donauwald naar de thermische centrale München-Noord te verrichten, betreft immers een onder bijlage IA bij de richtlijn vallende dienst die door een onderneming voor een territoriaal lichaam wordt verricht. Het gaat dus om een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tussen een dienstverlener en een aanbestedende dienst.

16 In dit verband kan de redenering waarop de Duitse regering zich beroept om de kwalificatie van de litigieuze opdracht als overheidsopdracht in de zin van de artikelen 8 en 11 van richtlijn 92/50 van de hand te wijzen, niet worden aanvaard.

17 Om te beginnen betoogt de Duitse regering dat de stad München met betrekking tot de litigieuze opdracht geen „aanbestedende dienst" in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50 is en dat deze opdracht geen „overheidsopdracht" in de zin van artikel 1, sub a, van die richtlijn is. Volgens deze regering valt deze opdracht niet binnen het kader van de activiteiten van algemeen belang van de stad München, maar binnen dat van een afzonderlijke, duidelijk daarvan onderscheiden, economische activiteit die aan mededinging onderworpen is, te weten de exploitatie van de thermische centrale München-Noord.

18 Hierop dient te worden geantwoord dat territoriale lichamen volgens artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50 per definitie aanbestedende diensten zijn. Blijkens de rechtspraak maakt artikel 1, sub a, van de richtlijn geen onderscheid tussen opdrachten die door een aanbestedende dienst worden geplaatst ter vervulling van zijn taak om te voorzien in behoeften van algemeen belang, en die welke geen verband houden met deze taak [zie naar analogie, met betrekking tot richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1003 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 199, blz. 54), arrest van 15 januari 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., C-44/96, Jurispr. blz. I-73, punt 32]. Evenmin doet het ter zake dat de aanbestedende dienst voornemens is zelf als dienstverlener op te treden en dat de betrokken opdracht er in dat kader op is gericht een gedeelte van zijn werkzaamheden aan een derde in onderaanneming te geven. Het is immers niet uitgesloten dat de beslissing van de aanbestedende dienst inzake de keuze van deze derde op andere dan economische overwegingen berust. Daaruit volgt dat de litigieuze opdracht, ongeacht de aard en de context ervan, een „overheidsopdracht" in de zin van artikel 1, sub a, van richtlijn 92/50 vormt.

19 Wat het argument betreft dat voor de door Rethmann verrichte activiteit van het vervoer van afvalstoffen uiteindelijk twee aanbestedingsprocedures zijn uitgevoerd, kan worden volstaan met op te merken dat deze activiteit immers tot twee afzonderlijke overheidsopdrachten behoort, te weten die welke door de stad München is gegund en die betreffende in ruimere zin de afvalstoffenverwijdering in de regio Donauwald, die door AWG Donau-Wald is gegund, welke beide middels een aanbestedingsprocedure moesten worden geplaatst, en dat richtlijn 92/50 er dus toe leidt dat de door Rethmann verrichte dienst aan twee achtereenvolgende aanbestedingsprocedures wordt onderworpen.

20 Wat het argument betreft dat er in het onderhavige geval geen sprake was van gebruik van openbare middelen van de stad München, zij vastgesteld dat een dergelijk gebruik geen voorwaarde is voor het al dan niet bestaan van een overheidsopdracht in de zin van de artikelen 8 en 11 van richtlijn 92/50.

21 De Duitse regering betoogt bovendien dat de litigieuze opdracht, als opdracht die is geplaatst met het oog op wederverkoop aan derden, van de werkingssfeer van richtlijn 92/50 is uitgesloten op grond van artikel 1, sub a-ii, van de richtlijn juncto artikel 7 van sectorrichtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 199, blz. 84). Zoals de advocaat-generaal in punt 34 van zijn conclusie heeft opgemerkt, moet worden vastgesteld dat artikel 1, sub a-ii, van richtlijn 92/50 opdrachten die zijn geplaatst op de gebieden die worden bestreken door richtlijn 93/38, van de werkingssfeer van richtlijn 92/50 uitsluit, omdat de gemeenschapswetgever heeft gewild dat deze gebieden uitsluitend door richtlijn 93/38 worden beheerst. De uitzondering waarin artikel 7 van sectorrichtlijn 93/38 voorziet, is dus slechts van toepassing indien de litigieuze opdracht binnen de werkingssfeer van die richtlijn valt. Nu deze opdracht niet onder de activiteiten van artikel 2, lid 2, van sectorrichtlijn 93/38 valt, kan de uitzondering van artikel 7 van deze richtlijn in casu niet van toepassing zijn.

22 Voorts betoogt de Duitse regering dat het praktisch onmogelijk was om de litigieuze opdracht overeenkomstig de titels III tot en met VI van richtlijn 92/50 te plaatsen omdat de stad München, om het bewijs te leveren van haar technische bekwaamheid in de zin van artikel 32, lid 2, sub c en sub h, van deze richtlijn in de door AWG Donau-Wald gestarte aanbestedingsprocedure, bij de indiening van haar inschrijving de naam van de onderaannemer had moeten meedelen. In dit verband is het inderdaad zo dat de dienstverlener die, om tot een aanbestedingsprocedure te worden toegelaten, zich beroept op de bekwaamheden van organen of ondernemingen waarmee hij rechtstreekse of indirecte banden heeft, dient te bewijzen dat hij werkelijk kan beschikken over de middelen van deze organen of ondernemingen die voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijk zijn maar niet van hem zijn (zie in die zin arresten van 2 december 1999, Holst Italia, C-176/98, Jurispr. blz. I-8607, punt 29; 12 juli 2001, Ordine degli Architetti e.a., C-399/98, Jurispr. blz. I-5409, punt 92, en 18 maart 2004, Siemens en ARGE Telekom, C-314/01, Jurispr. blz. I-2549, punt 44). In casu had de stad München in ieder geval tussen de uitschrijving van de aanbesteding en de indiening van haar inschrijving een versnelde niet-openbare procedure in de zin van artikel 20 van richtlijn 92/50 kunnen volgen.

23 De Duitse regering merkt op dat de litigieuze opdracht ingevolge artikel 11, lid 3, sub d, van richtlijn 92/50 had kunnen worden geplaatst volgens de procedure van gunning via onderhandelingen, zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van opdracht. In dit verband dient in herinnering te worden gebracht dat artikel 11, lid 3, van richtlijn 92/50 een afwijking is van de regels die beogen te verzekeren dat de door het EG-Verdrag op het gebied van overheidsopdrachten voor dienstverlening erkende rechten kunnen worden waargenomen, en dus strikt moet worden uitgelegd, zodat degene die zich erop wil beroepen, dient te bewijzen dat de uitzonderlijke omstandigheden die de afwijking rechtvaardigen, daadwerkelijk bestaan (zie arrest van 10 april 2003, Commissie/Duitsland, C-20/01 en C-28/01, Jurispr. blz. I-3609, punt 58). Voor toepassing van artikel 11, lid 3, sub d, van deze richtlijn moet dus aan drie voorwaarden zijn voldaan: een onvoorziene gebeurtenis, dwingende spoed die onverenigbaar is met de inachtneming van de voor andere procedures geldende termijnen, en een oorzakelijk verband tussen de onvoorziene gebeurtenis en de daaruit voortvloeiende dwingende spoed [zie met betrekking tot 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), arresten van 2 augustus 1993, Commissie/Italië, C-107/92, Jurispr. blz. I-4655, punt 12, en 28 maart 1996, Commissie/Duitsland, C-318/94,

Jurispr. blz. I-1949, punt 14]. Zoals in punt 22 van het onderhavige arrest is vastgesteld had de stad München in casu een versnelde niet-openbare procedure kunnen volgen (zie met betrekking tot richtlijn 71/305, arrest van 18 maart 1992, Commissie/Spanje, C-24/91, Jurispr. blz. I-1989, punt 14, en arrest Commissie/Italië, reeds aangehaald, punt 13). Daaruit volgt dat de Bondsrepubliek Duitsland niet heeft bewezen dat er sprake was van een situatie van dwingende spoed.

24 Gelet op een en ander, dient te worden vastgesteld dat de Bondsrepubliek Duitsland, doordat de opdracht voor het vervoer van afvalstoffen vanaf de stortplaatsen in de regio Donauwald naar de thermische centrale München-Noord, door de stad München in strijd met de procedurevoorschriften van artikel 8 juncto artikel 11, lid 1, van richtlijn 92/50 is gegund, de krachtens deze richtlijn op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.

Gevolgen van een arrest waarbij niet-nakoming wordt vastgesteld

25 De Duitse regering betoogt dat indien de niet-nakoming wordt vastgesteld, de Bondsrepubliek Duitsland niet verplicht is de reeds gesloten overeenkomst te ontbinden.

26 In dit verband kan worden volstaan met te antwoorden dat uit artikel 226 EG weliswaar volgt dat het Hof uitsluitend gehouden is vast te stellen dat een bepaling van gemeenschapsrecht is geschonden, doch dat de betrokken lidstaat blijkens artikel 228, lid 1, EG gehouden is die maatregelen te nemen, welke nodig zijn ter uitvoering van het arrest van het Hof.

Kosten

27 Volgens 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, moet zij overeenkomstig de vordering van de Commissie in de kosten worden verwezen.

Het Hof van Justitie (Eerste kamer) verklaart:

1) Doordat de opdracht voor het vervoer van afvalstoffen vanaf de stortplaatsen in de regio Donauwald naar de thermische centrale München-Noord, door de stad München is gegund in strijd met de procedurevoorschriften van artikel 8 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, juncto artikel 11, lid 1, van deze richtlijn, is de Bondsrepubliek Duitsland de krachtens deze richtlijn op haar rustende verplichtingen niet nagekomen.

2) De Bondsrepubliek Duitsland wordt verwezen in de kosten.

Ondertekeningen