ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

2 juni 2005 *

In zaak C-394/02,

betreffende een beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 226 EG, ingesteld op 8 november 2002,

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door M. Nolin en M. Konstantinidis als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

Helleense Republiek, vertegenwoordigd door P. Mylonopoulos, D. Tsagkaraki en S. Chala als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

* Procestaal: Grieks.

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: P. Jann (rapporteur), kamerpresident, K. Lenaerts, J. N. Cunha Rodrigues, M. Ilešič en E. Levits, rechters,

advocaat-generaal: F. G. Jacobs,
griffier: K. Sztranc, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 8 december 2004,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 24 februari 2005,

het navolgende

Arrest

1 De Commissie van de Europese Gemeenschappen verzoekt het Hof vast te stellen dat de Helleense Republiek, doordat het openbaar elektriciteitsbedrijf Dimosia Epicheirisi Ilektrismou (hierna: „DEI") de opdracht voor de fabricage van een transportbandeninstallatie voor de thermo-elektrische centrale van Megalopolis heeft gegund volgens een procedure van onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens richtlijn 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 gewijzigd bij richtlijn 98/4/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998 (PB L 101, blz. 1; hierna: „richtlijn 93/38"), en, inzonderheid, krachtens de artikelen 20 en volgende van deze richtlijn.

Het rechtskader

2 Artikel 15 van richtlijn 93/38 bepaalt: „Opdrachten voor [...] werken worden overeenkomstig de bepalingen van de titels III, IV en V geplaatst."

3 Artikel 20, lid 1, van deze richtlijn bepaalt: „Aanbestedende diensten kunnen een keuze maken uit de in artikel 1, lid 7, genoemde procedures [een openbare procedure, een niet-openbare procedure of een procedure van gunning via onderhandelingen], mits, behoudens het in lid 2 bepaalde, een oproep tot mededinging overeenkomstig artikel 21 is gedaan."

4 Artikel 20, lid 2, bepaalt:

„Aanbestedende diensten kunnen [...] gebruikmaken van een procedure zonder voorafgaande oproep tot mededinging:

[...]

c) wanneer de opdracht om technische [...] redenen [...] slechts door een bepaalde [...] aannemer [...] kan worden uitgevoerd;

d) in strikt noodzakelijke gevallen waarin dringende spoed, voortvloeiende uit gebeurtenissen die door de betrokken aanbestedende diensten niet konden worden voorzien, de inachtneming van de voor openbare en niet-openbare procedures gestelde termijnen onmogelijk maakt;

[...]"

5 Artikel 21, lid 1, van richtlijn 93/38 preciseert met welke middelen een oproep tot mededinging kan gebeuren, te weten hoofdzakelijk door bekendmaking in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* van een overeenkomstig de bijlagen bij de richtlijn opgestelde aankondiging.

De feiten en de precontentieuze procedure

6 In oktober 1997 heeft DEI, met het oog op een milieueffectbeoordeling in de zin van richtlijn 85/337/EEG van de Raad van 27 juni 1985 betreffende de milieu-effectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten (PB L 175, blz. 40), aan de bevoegde autoriteit, het ministerie van Leefmilieu, Ruimtelijke Ordening en Openbare Werken, een project voorgelegd voor de installatie van een

ontzwavelings-, stabiliserings-, transport- en opslagsysteem voor de vaste derivaten van de thermo-elektrische centrale van Megalopolis.

7 Bij beslissingen van 29 oktober 1998 en 30 december 1999 heeft het ministerie dit project goedgekeurd, met de eis dat DEI binnen negen maanden, te weten vóór september 2000, een definitieve vergunning zou aanvragen voor de verwijdering van het door deze centrale gegenereerde afval, en binnen twaalf maanden, vóór december 2000, transportbanden zou aanbrengen voor het transport van de as tussen deze centrale en de mijn van Thoknia, waar de as wordt verwerkt.

8 Gelet op deze termijnen heeft DEI op 27 juli 1999 besloten tot een procedure van gunning via onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging en heeft zij de ondernemingsgroep Koch/Metka en de onderneming Dosco Overseas Engineering Ltd (hierna: „onderneming Dosco") verzocht een offerte in te dienen.

9 Op 18 januari 2000 heeft deze laatste onderneming verklaard dat zij niet aan deze procedure wenste deel te nemen.

10 Op 29 augustus 2000 heeft DEI na maandenlange onderhandelingen de fabricage van de transportbandeninstallatie voor het transport van de as tussen de thermo-elektrische centrale van Megalopolis en de mijn van Thoknia (hierna: „omstreden opdracht") gegund aan de ondernemingsgroep Koch/Metka.

11 Na de Helleense Republiek in de gelegenheid te hebben gesteld, haar opmerkingen in te dienen, heeft de Commissie in een met redenen omkleed advies van

21 december 2001 vastgesteld dat de omstreden opdracht overeenkomstig richtlijn 93/38 in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* had moeten worden aangekondigd. Bijgevolg heeft zij deze lidstaat verzocht de maatregelen te nemen die nodig waren om aan het met redenen omkleed advies te voldoen binnen een termijn van twee maanden vanaf de kennisgeving ervan. Aangezien de Commissie het antwoord van de Griekse autoriteiten in hun brief van 3 april 2002 onvoldoende vond, heeft zij het onderhavige beroep ingesteld.

Het beroep

De ontvankelijkheid

12 De Griekse regering werpt vier excepties van niet-ontvankelijkheid op: de Commissie heeft geen procesbelang, het beroep is zonder voorwerp, het met redenen omkleed advies is onnauwkeurig en de Commissie maakt misbruik van procedure.

De Commissie heeft geen procesbelang

13 Volgens de Griekse regering had de Commissie geen wettig belang bij het instellen van een niet-nakomingsberoep, aangezien de gestelde schending van het gemeenschapsrecht bij het verstrijken van de termijn om aan het met redenen omkleed advies te voldoen, geheel, althans grotendeels was geëindigd.

14 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat de Commissie bij de uitoefening van haar aan artikel 226 EG ontleende bevoegdheden geen procesbelang behoeft aan te tonen (zie arresten van 4 april 1974, Commissie/Frankrijk, 167/73, Jurispr. blz. 359, punt 15, en 10 april 2003, Commissie/Duitsland, C-20/01 en C-28/01, Jurispr. blz. I-3609, punt 29).

15 De Commissie moet immers in het algemeen belang ambtshalve erop toezien dat de lidstaten het gemeenschapsrecht toepassen en een eventuele niet-nakoming van de daaruit voortvloeiende verplichtingen doen vaststellen met het oog op de beëindiging ervan (zie reeds aangehaalde arresten Commissie/Frankrijk, punt 15, en Commissie/Duitsland, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

16 Artikel 226 EG beoogt dus niet de eigen rechten van deze instelling te beschermen. Alleen de Commissie beslist of het opportuun is om een niet-nakomingsprocedure in te leiden en, in voorkomend geval, op grond van welk handelen of nalaten de procedure moet worden ingeleid (zie in die zin arresten van 11 augustus 1995, Commissie/Duitsland, C-431/92, Jurispr. blz. I-2189, punt 22; 5 november 2002, Commissie/Duitsland, C-476/98, Jurispr. blz. I-9855, punt 38, en 10 april 2003, Commissie/Duitsland, reeds aangehaald, punt 30).

Het beroep is zonder voorwerp

17 De Griekse regering stelt dat het beroep zonder voorwerp is, aangezien de tussen DEI en de ondernemingsgroep Koch/Metka gesloten overeenkomst voor de uitvoering van de in de omstreden opdracht bedoelde werken bij het verstrijken van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn nagenoeg al haar

rechtsgevolgen had gesorteerd. Op dat tijdstip waren de werken grotendeels, dat wil zeggen voor 85 %, voltooid. Het was de facto niet meer mogelijk, aan het met redenen omkleed advies te voldoen.

18 Inderdaad heeft het Hof ter zake van het plaatsen van overheidsopdrachten geoordeeld dat een niet-nakomingsberoep niet-ontvankelijk is indien de betrokken overeenkomst bij het verstrijken van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn reeds al haar rechtsgevolgen heeft gesorteerd (zie in die zin arrest van 31 maart 1992, Commissie/Italië, C-362/90, Jurispr. blz. I-2353, punten 11 en 13).

19 In casu echter was de tussen DEI en de ondernemingsgroep Koch/Metka in het kader van de omstreden opdracht gesloten overeenkomst bij het verstrijken van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn nog in uitvoering, aangezien de werken voor slechts 85 % waren voltooid. Deze overeenkomst had dus nog niet al haar rechtsgevolgen gesorteerd.

Het met redenen omkleed advies is onnauwkeurig

20 De Griekse regering stelt dat het met redenen omkleed advies te onnauwkeurig was, aangezien de Commissie niet had gespecificeerd welke maatregelen noodzakelijk waren om daaraan te voldoen.

21 Volgens vaste rechtspraak moet het met redenen omkleed advies een coherente, gedetailleerde uiteenzetting bevatten van de redenen die de Commissie tot de overtuiging hebben gebracht dat de betrokken lidstaat een van de krachtens het EG-Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen. De Commissie is echter

niet verplicht, in dat advies de maatregelen aan te geven die het mogelijk zouden maken de verweten niet-nakoming te beëindigen (zie in die zin arresten van 11 juli 1991, Commissie/Portugal, C-247/89, Jurispr. blz. I-3659, punt 22, en 28 oktober 1999, Commissie/Oostenrijk, C-328/96, Jurispr. blz. I-7479, punt 39).

22 De precontentieuze procedure heeft immers tot doel, het voorwerp van het niet-nakomingsberoep af te bakenen, om de lidstaat in de gelegenheid te stellen, de krachtens het gemeenschapsrecht op hem rustende verplichtingen na te komen of verweer te voeren tegen de grieven van de Commissie (zie in die zin reeds aangehaald arrest Commissie/Oostenrijk, punt 34, en reeds aangehaald arrest van 5 november 2002, Commissie/Duitsland, punten 46 en 47).

23 Alleen wanneer de Commissie haar niet-nakomingsberoep richt tegen het feit dat de maatregelen die het mogelijk zouden maken, de verweten niet-nakoming te beëindigen, niet zijn genomen, moet zij bijgevolg in het met redenen omkleed advies specifiek aangeven welke deze maatregelen zijn (zie in die zin arrest Commissie/Oostenrijk, reeds aangehaald, punt 39).

24 In casu betreft het beroep alleen de vaststelling van een niet-nakoming, als gevolg van de gunning van de omstreden opdracht zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging. Het is dus niet gericht op de vaststelling van een bijkomende niet-nakoming, te weten het feit dat niet de maatregelen zijn genomen die het mogelijk zouden maken de eerste niet-nakoming te beëindigen.

De Commissie maakt misbruik van procedure

25 De Griekse regering is van mening dat de Commissie, in plaats van een niet-nakomingsberoep in te stellen, rechtstreeks had moeten ingrijpen en de opschorting

van de gunning van de omstreden opdracht had moeten gelasten op grond van artikel 3 van 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).

26 In dit verband moet worden vastgesteld dat, wat de sector van de energievoorziening betreft, niet richtlijn 89/665 van toepassing is, doch richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 76, blz. 14).

27 Gesteld dat de Griekse regering doelt op artikel 8 van richtlijn 92/13, die voorziet in een in wezen identieke procedure als die van artikel 3 van richtlijn 89/665, volgt evenwel uit vaste rechtspraak dat, ook al had de Commissie beter gebruik kunnen maken van de in deze richtlijn vastgestelde procedure waarbij zij rechtstreeks kan ingrijpen, een dergelijke procedure een preventieve maatregel vormt die niet kan derogeren aan of in de plaats treden van de bevoegdheden die de Commissie krachtens artikel 226 EG heeft (zie, wat richtlijn 89/665 betreft, arresten van 24 januari 1995, Commissie/Nederland, C-359/93, Jurispr. blz. I-157, punt 13; 4 mei 1995, Commissie/Griekenland, C-79/94, Jurispr. blz. I-1071, punt 11, en 17 december 1998, Commissie/Ierland, C-353/96, Jurispr. blz. I-8565, punt 22, en arrest Commissie/Oostenrijk, reeds aangehaald, punt 57). Of de Commissie van deze procedure gebruik heeft gemaakt, is dus niet van belang voor de vraag of een niet-nakomingsberoep ontvankelijk is.

28 De Commissie is immers bij uitsluiting bevoegd te beslissen of het opportuun is om een niet-nakomingsprocedure op grond van artikel 226 EG in te leiden (zie in die zin reeds aangehaalde arresten van 11 augustus 1995, Commissie/Duitsland, punt 22, en

5 november 2002, Commissie/Duitsland, punt 38). De keuze tussen beide procedures behoort dus tot haar discretionaire bevoegdheid.

29 Uit het voorgaande volgt dat de excepties van niet-ontvankelijkheid dienen te worden afgewezen.

Ten gronde

30 Ter ondersteuning van haar beroep voert de Commissie één grief aan, die neerkomt op schending van artikel 15 van richtlijn 93/38, gelezen in samenhang met de artikelen 20, lid 1, en 21 van diezelfde richtlijn, op grond dat DEI de omstreden opdracht heeft gegund zonder vooraf een aankondiging in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* bekend te maken.

31 Dienaangaande zij vastgesteld dat de Griekse regering niet betwist dat de omstreden opdracht onder artikel 15 van richtlijn 93/38 valt en dus in beginsel moest worden geplaatst overeenkomstig de titels III tot en met V van deze richtlijn, die met name bepalen dat een oproep tot mededinging moet worden gedaan door middel van een in het Publicatieblad bekend te maken aankondiging.

32 De Griekse regering stelt echter dat de omstreden opdracht op grond van artikel 20, lid 2, sub c en d, van richtlijn 93/38 bij wijze van uitzondering kon worden gegund zonder aankondiging. Volgens haar was alleen de ondernemingsgroep Koch/Metka in staat, de betrokken werken uit te voeren, gelet op de bijzondere eigenschappen

van het te transporteren product, de ondergrond van het terrein en de noodzaak, de transportbanden aan te sluiten op de bestaande installatie. Bovendien was de uitvoering van deze werken zeer dringend in verband met de door het ministerie van Leefmilieu, Ruimtelijke Ordening en Openbare Werken gestelde termijnen.

33 Vooraf zij eraan herinnerd dat de bepalingen van artikel 20, lid 2, sub c en d, van richtlijn 93/38, die een uitzondering vormen op de regels inzake de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten, strikt moeten worden uitgelegd. Bovendien rust de bewijslast op de partij die zich erop wil beroepen (zie in die zin, wat de richtlijnen 71/305 en 93/37 betreft, 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 14 september 2004, Commissie/Italië, C-385/02, Jurispr. blz. I-8121, punt 19).

34 Wat in de eerste plaats artikel 20, lid 2, sub c, van richtlijn 93/38 betreft, volgt uit de rechtspraak dat voor de toepassing van deze bepaling moet zijn voldaan aan twee cumulatieve voorwaarden, namelijk dat de werken waarop de opdracht betrekking heeft, technisch gecompliceerd zijn, en dat het om deze technische redenen volstrekt noodzakelijk is, de opdracht aan een bepaalde onderneming te verlenen (zie in die zin, wat de richtlijnen 71/305 en 93/37 betreft, reeds aangehaalde arresten van 18 mei 1995, Commissie/Italië, punt 24, en 14 september 2004, Commissie/Italië, punten 18, 20 en 21).

35 Zoals de advocaat-generaal in de punten 40 tot en met 45 van zijn conclusie heeft opgemerkt, dient evenwel te worden vastgesteld dat, hoewel de betrokken werken technisch gecompliceerd zijn in de zin van artikel 20, lid 2, sub c, van richtlijn 93/38, de Griekse regering niet overtuigend heeft aangetoond dat alleen de ondernemingsgroep Koch/Metka in staat was, deze werken uit te voeren en dat het bijgevolg volstrekt noodzakelijk was, de opdracht te gunnen aan deze ondernemingsgroep.

36 Noch de bijzondere eigenschappen van het te transporteren product, noch de instabiele ondergrond of de noodzaak, de transportbanden aan te sluiten op de bestaande installatie, vormen op zich het bewijs dat deze ondernemingsgroep de enige aannemer in de Gemeenschap was die de voor de uitvoering van de werken nodige knowhow bezat.

37 Overigens was DEI zelf ook van mening dat een andere onderneming dan de groep Koch/Metka in beginsel in staat was, deze werken uit te voeren, daar zij zich ook tot de onderneming Dosco heeft gewend.

38 Bovendien had DEI blijkens de stukken voor soortgelijke werken die op hetzelfde terrein moesten worden uitgevoerd, in het verleden reeds procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten met bekendmaking van een aankondiging gevolgd.

39 Er kan dus niet worden gesteld dat de uitvoering van de omstreden opdracht om technische redenen alleen aan de ondernemingsgroep Koch/Metka kon worden toevertrouwd.

40 Wat in de tweede plaats de in artikel 20, lid 2, sub d, van richtlijn 93/38 neergelegde uitzondering betreft, daaraan zijn in de rechtspraak drie cumulatieve voorwaarden gesteld, namelijk het bestaan van een onvoorziene gebeurtenis, van dwingende spoed die onverenigbaar is met de inachtneming van de bij een oproep tot mededinging behorende termijnen, en van een oorzakelijk verband tussen de onvoorziene gebeurtenis en de daaruit voortvloeiende dwingende spoed (zie in die zin, wat richtlijn 71/305 betreft, 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).

41 De Griekse regering heeft echter niet aangetoond dat in casu was voldaan aan deze voorwaarden.

42 De noodzaak om de betrokken werken uit te voeren binnen de termijnen die waren gesteld door de voor de milieueffectbeoordeling bevoegde autoriteit, kan immers niet worden aangemerkt als uit een onvoorziene gebeurtenis voortvloeiende dwingende spoed.

43 Dat een autoriteit die het betrokken project moet goedkeuren termijnen kan stellen, is een voorzienbare gebeurtenis in de procedure tot goedkeuring van dat project (zie in die zin, wat richtlijn 71/305 betreft, arrest van 28 maart 1996, Commissie/ Duitsland, reeds aangehaald, punt 18).

44 Bovendien had DEI voor de omstreden opdracht de procedure voor plaatsing met bekendmaking van een aankondiging kunnen inleiden zodra de milieueffectbeoordeling van start ging, ongeveer drie jaar vóór het verstrijken van de gestelde termijnen.

45 Evenmin kan dus worden volgehouden dat het voor DEI wegens uit onvoorziene gebeurtenissen voortvloeiende dwingende spoed niet mogelijk was, de bij een oproep tot mededinging behorende termijnen in acht te nemen.

46 Gelet op een en ander dient te worden vastgesteld dat de Helleense Republiek, doordat DEI de opdracht voor de fabricage van een transportbandeninstallatie voor de thermo-elektrische centrale van Megalopolis heeft gegund volgens een procedure van onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens richtlijn 93/38 en, inzonderheid, krachtens de artikelen 20, lid 1, en 21 daarvan.

Kosten

47 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 Helleense Republiek in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie te worden verwezen in de kosten.

Het Hof van Justitie (Eerste kamer) verklaart:

1) **Doordat het openbaar elektriciteitsbedrijf Dimosia Epicheirisi Ilektrismou de opdracht voor de fabricage van een transportbandeninstallatie voor de thermo-elektrische centrale van Megalopolis heeft gegund volgens een procedure van onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging, is de Helleense Republiek de verplichtingen niet nagekomen die op haar rusten krachtens richtlijn 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, zoals gewijzigd bij richtlijn 98/4/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998, en, inzonderheid, krachtens de artikelen 20, lid 1, en 21 daarvan.**

2) **De Helleense Republiek wordt verwezen in de kosten.**

ondertekeningen