

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

M. POIARES MADURO

van 17 december 2008¹

1. Het onderhavige beroep van de Europese Commissie tegen Griekenland heeft betrekking op een overheidsopdracht voor een elektriciteitscentrale op het eiland Kreta. De Commissie betoogt dat de aanbestedende dienst, door te verzuimen, ten eerste, een oproep tot mededinging bekend te maken en, ten tweede, tijdig kennis te geven van de redenen voor de afwijzing van een van de inschrijvingen, niet heeft voldaan aan de verplichtingen die op hem 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.²

Feiten

2. In juli 2003 heeft de Dimosia Epicheirisi Ilektrismou (openbare energiemaatschappij van Griekenland; hierna: „DEI”) een oproep tot mededinging bekendgemaakt voor de aankoop en installatie van twee generatoren voor de elektriciteitscentrale van Atherinolakko op Kreta. DEI oordeelde dat de ontvangen aanbiedingen niet geheel voldeden aan de bij de oproep vermelde voorwaarden,

en brak het project af. In mei 2004 werd voor hetzelfde project een nieuwe oproep tot mededinging bekendgemaakt, die iets afweek van de eerste oproep. De vijf aanbiedingen die naar aanleiding van deze tweede oproep waren ontvangen, werden alle als „ongeschikt” afgewezen omdat zij niet volledig voldeden aan bepaalde technische specificaties, en de procedure werd weer gestaakt.

3. Op 14 december 2004 schreef DEI, zonder een nieuwe oproep tot mededinging bekend te maken, de vijf inschrijvers aan van wie in de tweede ronde aanbiedingen waren ontvangen, met het verzoek binnen 15 dagen hun „definitieve offertes” in te dienen, met aanpassing van hun eerdere aanbiedingen waar deze, met name op technische punten, afweken van de projectspecificaties. In die brief legde DEI uit dat zij had besloten af te zien van een oproep tot mededinging vanwege, onder meer, „de hele voorgeschiedenis van de zaak”, „de met de installatie van de twee nieuwe eenheden gemoeide tijd, namelijk 29 respectievelijk 31 maanden”, „de noodzaak om te voorzien in de sinds 2007 dringende elektriciteitsbehoefte van Kreta” en „de onvoorziene vertraging bij de plaatsing van de opdracht, die was te wijten aan de onbevredigende uitkomst van de eerdere oproepen tot mededinging”. Alle vijf deelnemers aan de tweede ronde schreven opnieuw in.

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — PB L 199, blz. 84.

4. Op 7 februari 2005 wees DEI de aanbidding van een van de inschrijvers zonder enige motivering schriftelijk af. De bewuste inschrijver stuurde drie brieven aan DEI, op 10 en 11 februari en 10 maart 2005, alsmede twee brieven aan het ministerie van Ontwikkeling, op 17 en 31 maart 2005, waarin hij verzocht op de hoogte te worden gesteld van de redenen van deze afwijzing. DEI antwoordde uiteindelijk op 4 april 2005. De inschrijver verzocht vervolgens het Monomeles Protodikeio Athinon (rechtbank in eerste aanleg te Athene) om een voorlopige voorziening, welk verzoek echter op 7 juli 2005 werd afgewezen. Op 15 september 2005 gunde DEI de opdracht aan een andere inschrijver.

5. De afgewezen inschrijver diende een klacht in bij de Europese Commissie. Deze was van mening dat de wijze waarop DEI de aanbestedingsprocedure had gevoerd, in strijd was met het gemeenschapsrecht en leidde, gelet op het hoge bedrag dat met de opdracht gemoeid was, een niet-nakomingsprocedure tegen Griekenland in. Omdat de Commissie het antwoord van de Griekse autoriteiten op haar aanmaningsbrief en haar met redenen omkleed advies niet bevredigend achtte, heeft zij de zaak aanhangig gemaakt bij het Hof met het verzoek vast te stellen dat Griekenland niet heeft voldaan aan de verplichtingen die op hem rusten krachtens artikel 20, lid 2, sub a, van richtlijn 93/38, met betrekking tot aanbestedingsprocedures zonder voorafgaande oproep tot mededinging, en krachtens artikel 41, lid 4, daarvan, met betrekking tot de verplichting om afgewezen inschrijvingen van een motivering te voorzien.

I — Het achterwege laten van een oproep tot mededinging

6. Artikel 20, lid 2, sub a, van richtlijn 93/38, dat hier van toepassing is, luidt: „Aanbestedende diensten kunnen in de volgende gevallen gebruikmaken van een procedure zonder voorafgaande oproep tot mededinging: [...] indien geen aanbiedingen of geen geschikte aanbiedingen zijn gedaan in het kader van een procedure met voorafgaande oproep tot mededinging, voor zover de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet ingrijpend zijn gewijzigd.” Zoals de Griekse regering terecht opmerkt, stelt deze bepaling de aanbestedende diensten in staat het vereiste van een oproep tot mededinging opzij te zetten wanneer aan de volgende drie voorwaarden is voldaan: a) er heeft al een oproep plaatsgevonden, b) er zijn geen aanbiedingen of geen geschikte aanbiedingen gedaan, en c) de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht zijn niet ingrijpend gewijzigd.

7. Het is duidelijk dat in het onderhavige geval aan de eerste voorwaarde voldaan is. De Griekse regering en de Commissie zijn het er niet over eens of ook aan de tweede en de derde voorwaarde wordt voldaan.

Het begrip „ongeschikte aanbiedingen”

8. DEI wees de aanbiedingen die werden ontvangen naar aanleiding van de tweede oproep tot mededinging af als „ongeschikt”,

omdat zij niet geheel voldeden aan bepaalde technische specificaties. Was dit oordeel terecht? Met andere woorden, wat dient te worden verstaan onder de term „ongeschikt”? Dit is een belangrijke vraag omdat van het antwoord afhangt of de aanbestedende dienst de opdracht mag gunnen zonder een oproep tot mededinging bekend te maken. Indien de ontvangen inschrijvingen inderdaad als „ongeschikt” kunnen worden aangemerkt, hoeft vervolgens geen nieuwe oproep tot mededinging te worden gedaan. Indien de afgewezen inschrijvingen daarentegen niet als zodanig kunnen worden aangemerkt, is de aanbestedende dienst gehouden de hele procedure te herhalen.

9. De Commissie stelt zich op het standpunt, dat alleen een inschrijving die duidelijk niet in de behoeften van de aanbestedende dienst kan voorzien, de kwalificatie „ongeschikt” verdient. Andere, minder ernstige afwijkingen kunnen de afwijzing van een inschrijving rechtvaardigen maar deze niet „ongeschikt” maken, wat immers voor de aanbestedende dienst de weg vrij zou maken om de opdracht te gunnen zonder de gebruikelijke mededingingsprocedure. De Griekse regering pleit daarentegen voor een ruimere definitie van het begrip „ongeschikt” en leunt daarbij zwaar op punt 45 van de considerans van de richtlijn waarin overwogen wordt dat „de door de betrokken diensten toe te passen regels een kader moeten doen ontstaan voor de toepassing van loyale handelspraktijken en ruimte moeten laten voor de grootst mogelijke soepelheid”. De Griekse regering betoogt dat de aanbestedende diensten daarom een ruime beoordelingsmarge moet worden gelaten om inschrijvingen die niet volledig aan de in de oproep vervatte voorwaarden voldoen, als „ongeschikt” af te wijzen en vervolgens zonder een nieuwe oproep tot mededinging de procedure voort te zetten.

10. Naar mijn mening gaat de door de Griekse regering voorgestelde uitlegging te ver. Bij de vaststelling van de beoordelingsmarge van de aanbestedende diensten dient men uit te gaan van de vereisten van het Verdrag. In het arrest *Teleaustria* en *Telefonadres* oordeelde het Hof dat concessies voor openbare diensten van de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen zijn uitgesloten, maar dat de aanbestedende diensten die de desbetreffende overeenkomsten sluiten, niettemin de fundamentele regels van het Verdrag in het algemeen, en in het bijzonder het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, dat onder meer een verplichting tot transparantie inhoudt, in acht moeten nemen.³ Het Hof lichtte vervolgens de inhoud van die verplichting toe: „Deze op de aanbestedende dienst rustende verplichting tot transparantie houdt in, dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.”⁴ Transparantie in openbare aanbestedingen is derhalve een vereiste van primair gemeenschapsrecht dat op zijn allerminst een zekere mate van openbaarheid impliceert. Het belang van openbaarheid is tweeledig: ten eerste worden potentiële inschrijvers gewezen op een gelegenheid tot zaken doen, wat kan leiden tot een hogere mate van mededinging in de vorm van meer inschrijvingen voor de opdracht; ten tweede vergemakkelijkt openbaarheid de toetsing van aanbestedingspro-

3 — Arrest van 7 december 2000 (C-324/98, Jurispr. blz. I-10745, punten 60 en 61).

4 — *Ibidem*, punt 62.

cedures en biedt zij aldus een bescherming tegen partijdigheid en corruptie.⁵ In de rechtspraak van het Hof is het vereiste van transparantie gekoppeld aan het discriminatieverbod en wordt het beschouwd als hulpmiddel ter verwezenlijking van dit fundamentele beginsel van gemeenschapsrecht.⁶

11. Voorts is voor de uitlegging van de term „ongeschikt” van belang dat de regels voor de aanbesteding van overheidsopdrachten onder meer tot doel hebben een daadwerkelijke mededinging op de markt te verwezenlijken. In het recente arrest in de zaak *Commissie/Italië*, waar Italië door de Commissie niet-nakoming van zijn verplichtingen krachtens een aantal richtlijnen, waaronder richtlijn 93/38, werd verweten, overwoog het Hof: „De richtlijnen [...] beogen een einde te maken aan praktijken die in het algemeen de mededinging en in het bijzonder de deelneming van onderdanen van andere lidstaten aan aanbestedingen beperken, teneinde met name de respectievelijk in de artikelen 43 EG en 49 EG neergelegde vrijheid van vestiging en vrijheid van dienstverrichting tot stand te brengen.”⁷ Zoals het Hof in een oudere zaak met betrekking tot richtlijn 93/37/EEG heeft uiteengezet⁸, is „het belangrijkste doel van de

richtlijn [...] de openstelling van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken voor de mededinging. De openstelling voor de communautaire mededinging volgens de in de richtlijn vastgestelde procedures staat er immers garant voor, dat er geen gevaar voor onrechtmatige begunstiging door de overheid bestaat.”⁹ Daadwerkelijke mededinging verwijdt dus de obstakels die nieuwe deelnemers de toegang tot de markt belemmeren, komt ten goede aan aanbestedende diensten omdat deze uit meer inschrijvers kunnen kiezen, wat hun waarschijnlijk meer waar voor hun geld oplevert, en helpt de aanbestedingsprocedures als zodanig zuiver te houden.

12. Uit de aangehaalde zaken blijkt dat het vereiste van een oproep tot mededinging geworteld is in primair gemeenschapsrecht waarvan de inachtneming vanzelfsprekend zou moeten zijn. Gunning van overheidsopdrachten zonder een voorafgaande oproep tot mededinging zou niet alleen de potentiële inschrijvers, maar ook de gewone burger, die de aanbestede projecten met zijn belastinggeld betaalt, kunnen benadelen en zou voorts het mededingingsklimaat op de markt voor de overheidsaanbestedingen kunnen vervalsen, en aldus het effect van de verdragsregels inzake fundamentele communautaire vrijheden ondermijnen. Daarom moet een bepaling waarbij het een aanbestedende dienst is toegestaan de oproep tot mededinging achterwege te laten, beperkt van opzet zijn. Artikel 20, lid 2, van richtlijn 93/38 is zo een bepaling. Eerst wordt gezegd dat een aanbestedende dienst een opdracht mag gunnen

5 — De nieuwe aanbestedingsrichtlijnen leggen de aanbestedende diensten uitdrukkelijk een verplichting tot transparantie op. Artikel 2 van de nieuwe openbare-sectorrichtlijn (richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten; PB L 134, blz. 114) en artikel 10 van de nieuwe richtlijn nutssectoren (richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten; PB L 134, blz. 1) bepalen dat deze diensten „handelen op doorzichtige wijze”.

6 — Zie onder andere arresten van 18 november 1999, *Unitron Scandinavia* en 3-S (C-275/98, Jurispr. blz. I-8291, punt 31); 18 oktober 2001, *SIAC* (C-19/00, Jurispr. blz. I-7725, punt 41), en 19 juni 2008, *presstext Nachrichtenagentur* (C-454/06, Jurispr. blz. I-4401, punt 32).

7 — Arrest van 27 februari 2008, *Commissie/Italië* (C-412/04, Jurispr. blz. I-619, punt 2).

8 — 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).

9 — Arrest van 12 juli 2001, *Ordine degli Architetti* (C-399/98, Jurispr. blz. I-5409, punt 75). Zie, in gelijke zin, arrest van 27 november 2001, *Impresa Lombardini* (C-285/99 en C-286/99, Jurispr. blz. I-9233, punt 35), en arrest van 11 januari 2005, *Stadt Halle* (C-26/03, Jurispr. blz. I-1, punt 44).

zonder voorafgaande oproep tot mededinging en vervolgens wordt uitputtend opgesomd in welke gevallen dit mogelijk is. Het Hof heeft zich in de zaak Commissie/Griekenland reeds uitgesproken over de ten aanzien van deze bepaling te volgen uitleggingsmethode. In deze zaak, die betrekking had op de punten c en d, betreffende opdrachten die om technische of artistieke redenen slechts door een bepaalde aannemer kunnen worden uitgevoerd, respectievelijk gevallen van dringende spoed, overwoog het Hof: „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.”¹⁰ Het onderhavige geval dient te worden beoordeeld aan de hand van punt a (betreffende de afwezigheid van inschrijvingen of ongeschikte inschrijvingen), dat op dezelfde strikte wijze moet worden uitgelegd als de punten c en d, aangezien noch artikel 20, lid 2, sub a, noch het zojuist aangehaalde arrest van het Hof naar de geest of naar de letter aanwijzingen bevat dat een andere uitlegging op haar plaats zou zijn.

Ordine degli Architetti (reeds aangehaald) te spreken, zal weinig moeite hebben om in een aanbidding elementen te vinden die niet volledig aan de projectspecificaties voldoen, die aanbidding vervolgens als „ongeschikt” af te wijzen en over te gaan tot gunning van de opdracht zonder voorafgaande oproep voor de indiening van nieuwe inschrijvingen. Dit geldt met name voor omvangrijke projecten die geavanceerde technische kennis vereisen en waarvan de specificaties begrijpelijkerwijze uiterst gecompliceerd zijn. Dit is echter precies het gevaar waartegen de communautaire aanbestedingsregels, of deze nu zijn neergelegd in het Verdrag of in de daarop gebaseerde wetgeving, verondersteld worden bescherming te bieden. De door de Commissie aangereikte uitlegging, te weten dat een aanbidding alleen als „ongeschikt” mag worden afgewezen en de aanbestedende dienst zonder een nieuwe oproep tot mededinging verder mag gaan, wanneer de bewuste inschrijving niet in de behoefte van die dienst kan voorzien, biedt de garantie dat de aanbestedende dienst voldoende vrijheid heeft om de ingediende inschrijvingen te beoordelen zonder dat de communautaire aanbestedingsregels buiten spel worden gezet.

13. Gelet op bovenstaande analyse kan de door de Griekse regering voorgestane ruime uitlegging van de term „ongeschikt” niet worden aanvaard. Wanneer aanbestedende diensten zelfs geringe afwijkingen in de ontvangen aanbiedingen zouden kunnen aangrijpen om deze als „ongeschikt” van de hand te wijzen, geeft dit hun in feite de macht om geheel naar willekeur te besluiten al dan niet een oproep tot mededinging bekend te maken. Een aanbestedende dienst die genegen is zich schuldig te maken aan „onrechtmatige begunstiging”, om met het Hof in de zaak

14. De Griekse regering baseerde de door haar voorgestane ruime uitlegging van artikel 20, lid 2, sub c, van richtlijn 93/38 hoofdzakelijk op punt 45 van de considerans van de richtlijn, dat spreekt van een behoefte aan „de grootst mogelijke soepelheid” binnen aanbestedingsprocedures ten behoeve van nutsvoorzieningen. De regering leidt hieruit af dat aanbestedende diensten in de desbetreffende sector een ruime beoordelingsvrijheid wordt gelaten bij de toepassing van de bepalingen van de richtlijn, zoals die ten aanzien van „ongeschikte” aanbiedingen en de gunning van opdrachten zonder voorafgaande oproep tot mededinging. Tegen dit argument kunnen twee bezwaren worden ingebracht.

¹⁰ — Arrest van 2 juni 2005, Commissie/Griekenland (C-394/02, Jurispr. blz. I-4713, punt 33).

15. Ten eerste is overweging 45 geen op zichzelf staande bepaling die rechten toekent of verplichtingen oplegt. Net als elke andere considerans van een richtlijn, vervult zij een verklarende functie, dat wil zeggen dat zij de uitlegging van de richtlijn vergemakkelijkt door inzicht te verschaffen in de doelstellingen van de richtlijn en de intentie waarmee deze is vastgesteld. In dit geval, licht punt 45 toe, waarom de gemeenschapswetgever voor de nutssectoren een aantal regels heeft vastgesteld die minder streng zijn dan die welke gelden voor andere sectoren zoals dienstverlening en overheidsaankopen. Bovendien is artikel 20, lid 2, zelf een uitdrukking van de flexibeler benadering die in de nutssectoren van toepassing is, aangezien het meer gevallen noemt waarin het de aanbestedende diensten is toegestaan een oproep tot mededinging achterwege te laten dan de richtlijnen die andere sectoren regelen.¹¹ Met andere woorden, door de bewuste bepalingen van richtlijn 93/38 vast te stellen, heeft de gemeenschapswetgever zelf uitgemaakt op welke manier de regels ten aanzien van de nutsvoorzieningen soepeler dienden te zijn en het zou verkeerd zijn om aan te nemen dat punt 45 van de considerans de aanbestedende diensten een flexibiliteit toestaat die losstaat van en verder gaat dan de op zichzelf al flexibele bepalingen van de richtlijn.

11 — De Commissie wijst er terecht op, dat deze benadering van „flexibiliteit” ter verklaring van het karakter van de aanbestedingsregels van richtlijn 93/38 wordt bevestigd door punt 28 van de considerans van de nieuwe richtlijn voor de nutssectoren, die richtlijn 93/38 heeft vervangen. Met betrekking tot postdiensten wordt overwogen „dat opdrachten geplaatst door aanbestedende diensten die postdiensten aanbieden, onderworpen zijn aan de voorschriften van de onderhavige richtlijn, inclusief die van artikel 30, welke de toepassing van de in overweging 9 bedoelde beginselen vrijwaren en tegelijkertijd een kader voor loyale handelspraktijken scheppen en een grotere flexibiliteit verschaffen dan mogelijk is op grond van het bepaalde in richtlijn 2004/18/EG [...]”. De nieuwe richtlijn nutssectoren wordt hier vergeleken met de nieuwe richtlijn betreffende de openbare sector om uit te leggen in welk opzicht de bepalingen van eerstgenoemde richtlijn flexibeler zijn dan die van de tweede.

16. Ten tweede heeft het Hof, zoals ik hierboven al heb opgemerkt, uitgemaakt dat het Verdrag de aanbestedende diensten een actieve verplichting tot openbaarheid oplegt. Afwijkingen van deze verplichting moeten hun uitdrukkelijke basis vinden in de wetgeving en restrictief worden uitgelegd. Zelfs al zou er ten aanzien van de uitlegging van richtlijn 93/38 een algemeen flexibiliteitsbeginsel gelden, dan zou dit niet kunnen voorgaan boven verplichtingen die zijn geworteld in primair gemeenschapsrecht.

17. Ten slotte moet enige aandacht besteed worden aan de verhouding tussen de verschillende aanbestedingsrichtlijnen. De Griekse regering heeft zich met kracht verzet tegen de suggestie van de Commissie dat het dienstig zou zijn om richtlijn 93/38 uit te leggen met de richtlijnen betreffende de openbare sector in de hand. De Griekse regering betoogt dat de eerste een specifiek op de nutssectoren gericht stelsel van regels in het leven roept, die niet mogen worden vergeleken met regels betreffende openbare werken of overheidsaankopen. Ik ben het daar niet mee eens. Geïsoleerde wetgevende bepalingen komt men slechts zeer zelden tegen. Regels moeten in een breder verband worden geplaatst; zij verkrijgen betekenis wanneer zij worden gezien in de bredere juridische context waarin zij fungeren. Op het gebied van de overheidsaanbestedingen heeft het Hof de aanbestedingsrichtlijnen vaak aangemerkt als een stelsel van regels dat gemeenschappelijke doelstellingen nastreeft en op gemeenschappelijke beginselen berust. Ik vermeldde reeds het arrest in de zaak *Commissie/Italië*, waar het Hof overwoog dat de richtlijnen 92/50¹², 93/36¹³, 93/37 en 93/38 beogen een

12 — 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).

13 — Richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB L 199, blz. 1).

einde te maken aan praktijken die de mededinging bij overheidsaanbestedingen beperken.¹⁴ Er zijn andere, recente voorbeelden waar het Hof zich heeft uitgedrukt in bewoordingen die aangeven dat de aanbestedingsrichtlijnen op stelselmatige en samenhangende wijze gezien moeten worden.¹⁵ Gaf het Hof zich dan geen rekening van het feit dat elke richtlijn een ander gebied van de overheidsaanbestedingen betreft en dat zich verschillen voordoen in de vastgestelde regels? Vanzelfsprekend niet. Wat het Hof bedoelde, was dat de richtlijnen, ongeacht hun onderlinge verschillen, een netwerk van regels vormen met als gemeenschappelijk oogmerk de rechtvaardigheid, openheid en doelmatigheid van aanbestedingsprocedures te waarborgen.

De voorwaarden van de opdracht

19. Aangezien niet voldaan werd aan het tweede van de drie vereisten van artikel 20, lid 2, sub a, kon DEI zich, ook als de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet gewijzigd waren, niet op deze bepaling beroepen. Volledigheidshalve zal ik echter kort uiteenzetten waarom ik van mening ben dat de Commissie terecht beweert dat de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht ingrijpend gewijzigd werden.

18. Samenvattend ben ik van oordeel dat DEI, door de afgewezen inschrijving als „ongeschikt” aan te merken en geen oproep tot mededinging te publiceren, artikel 20, lid 2, van richtlijn 93/38 niet is nagekomen.

20. In de tweede oproep tot mededinging was vermeld dat afwijkingen van de technische specificaties in de ontvangen aanbiedingen ten opzichte van het bestek, niet waren toegestaan. Aanbiedingen die niet volledig aan het bestek voldeden, konden echter aanvaard worden voor zover de afwijkingen verband hielden met de technische kenmerken van de machines die de inschrijver voorstelde te gebruiken, afzonderlijk in de aanbidding werden opgesomd en geen nadelig effect hadden op het rendement van de elektriciteitscentrale. In dat geval was de inschrijver niet verplicht de afwijkingen op zijn eigen kosten te corrigeren. In de derde ronde van de procedure werd van de inschrijvers echter overlegging verlangd van een bindende verklaring dat zij alle in hun eerdere aanbiedingen vervatte afwijkingen op eigen kosten zouden corrigeren.

14 — Zaak C-412/04, reeds aangehaald, punt 2.

15 — Zie, onder andere, arrest van 27 februari 2003, Truley, C-373/00, Jurispr. blz. I-1931, punt 42 („Bovendien vloeit eveneens uit de vaste rechtspraak voort, dat de communautaire richtlijnen betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten ertoe strekken, zowel het risico uit te sluiten dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van opdrachten de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden, als de mogelijkheid dat een door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen gefinancierde of gecontroleerde instelling zich door andere dan economische overwegingen laat leiden”); arrest presstext Nachrichtenagentur, reeds aangehaald, punt 31 („Volgens de rechtspraak is het hoofddoel van de gemeenschapsregels inzake overheidsopdrachten, het garanderen van het vrij verkeer van diensten en de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten”). In het arrest van 17 september 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Jurispr. blz. I-7213, punt 91, overwoog het Hof voorts: „In die omstandigheden bestaat er geen enkele reden om twee verschillende bepalingen die tot hetzelfde gebied van gemeenschapsrecht behoren en in wezen identiek zijn geformuleerd, verschillend uit te leggen.” Waar het om gaat, zegt het Hof hier, is de materie waarop de uit te leggen bepalingen betrekking hebben; als die dezelfde is, moet ook de uitlegging dezelfde zijn.

21. De Griekse regering betoogt dat artikel 20, lid 2, niet iedere wijziging in de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht verbiedt, maar alleen wijzigingen die „ingrijpend” zijn. Op de vraag van de rechter-rapporteur ter terechtzitting, hoe de regering haar stelling dat alle in de tweede ronde ontvangen aanbiedingen ongeschikt waren en dat geen ingrijpende wijzigingen waren toegestaan in de derde ronde, kon rijmen met het feit dat de opdracht uiteindelijk werd gegund aan een van de vijf inschrijvers wier aanbieding aanvankelijk was afgewezen, antwoordde de raadsman van de regering, dat DEI in de derde ronde slechts verzocht had om wijziging van de afwijkingen in de technische specificaties die in de tweede ronde waren vastgesteld en hadden geleid tot afwijzing van de inschrijving, en dat de overige voorwaarden hetzelfde waren gebleven.

dergelijke wijziging van de voorwaarden van de opdracht wel degelijk ingrijpend, aangezien het de inschrijvers die niet bereid of in staat zijn de afwijkingen in hun oorspronkelijke aanbiedingen te corrigeren en de daarmee gemoeide kosten te dragen, al meteen uitsluit. Dergelijke wijzigingen van de oorspronkelijke voorwaarden moeten altijd als „ingrijpend” worden aangemerkt. Bovendien moet, zoals ik al heb opgemerkt, een bepaling als artikel 20, lid 2, sub a, die een aanbestedende dienst toestaat een opdracht te gunnen zonder oproep tot mededinging, strikt worden uitgelegd, omdat zij een uitzondering vormt op de uit het Verdrag voortvloeiende verplichting tot transparantie. Aanbestedende diensten kunnen een oproep tot mededinging derhalve alleen achterwege laten indien de betrokken wijzigingen klaarblijkelijk geen invloed hebben of zouden kunnen hebben op het aanbestedingsproces. In het onderhavige geval kan de wijziging van de voorwaarden van de opdracht niet worden beschouwd als niet-ingrijpend of niet ingrijpend genoeg in de zin van artikel 20, lid 2, sub a.

22. Ik ben het met de Griekse regering eens, dat het al dan niet ingrijpende karakter van de wijziging in de voorwaarden van de opdracht beslissend is. Ik ben er echter niet van overtuigd dat de betrokken wijziging niet ingrijpend was, of niet ingrijpend genoeg in de zin van artikel 20, lid 2, sub a. In de derde fase werd een belangrijke nieuwe voorwaarde geïntroduceerd: inschrijvers moesten alle afwijkingen op eigen kosten corrigeren, terwijl zulke afwijkingen volgens de aankondiging van de opdracht in de tweede fase aanvaard hadden kunnen worden. De aanbestedende dienst zelf achtte deze nieuwe verplichting klaarblijkelijk van belang, anders zou hij van de deelnemende inschrijvers geen bindende verklaring op dit punt hebben verlangd. Evenzo is, vanuit het standpunt van de inschrijvers beschouwd, een

23. Gegeven het feit dat DEI de vijf inschrijvingen uit de tweede ronde had afgewezen omdat zij niet volledig voldeden aan de verlangde technische specificaties, was het feitelijk onmogelijk geworden de opdracht in de derde ronde aan een van deze vijf inschrijvers te gunnen zonder dat hij eerst zijn aanbieding had gewijzigd. DEI wijzigde derhalve de voorwaarden van de opdracht in de derde ronde, teneinde te verzekeren dat de inschrijvers zich zouden verplichten alle afwijkingen te corrigeren, en verzocht hun nieuwe offertes op te stellen waarin de daarmee gemoeide kosten zouden zijn

verwerkt. Wanneer DEI een nieuwe oproep tot mededinging had gedaan, zou dit een volstrekt adequate procedure zijn geweest. DEI nodigde echter, ondanks het feit dat de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht ingrijpend waren gewijzigd, alleen bepaalde inschrijvers uit om aanbiedingen over te leggen en heeft daarmee artikel 20, lid 2, sub a, van richtlijn 93/38 geschonden.

Spoedeisendheid

24. Artikel 20, lid 2, sub d, van richtlijn 93/38 bepaalt dat een procedure zonder voorafgaande oproep tot mededinging mag worden gebruikt „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”. De Commissie betoogt dat de motivering die DEI in haar brief aan de vijf inschrijvers van de tweede ronde gaf voor het achterwege laten van een oproep tot mededinging (zoals de verwijzing naar de „dringende elektriciteitsbehoefte” van Kreta, de „met de installatie van de twee eenheden gemoeide tijd”, de „onvoorziene verträgen”), aangeeft dat zij zich niet alleen op artikel 20, lid 2, sub a, beriep, maar ook op artikel 20, lid 2, sub d. De Griekse regering bestrijdt dit en stelt dat DEI zich aldoor slechts op artikel 20, lid 2, sub a, heeft beroepen en duidelijk naar voren had gebracht, dat de reden voor het achterwege laten van een oproep tot mededinging was gelegen in het feit dat de twee vorige ronden geen bevredigend resultaat hadden opgeleverd. Dat was bedoeld met de uitdrukking „de hele voorgeschiedenis”. De verwijzing naar de spoedeisendheid van de situatie was slechts

van bijkomende aard, om aan te geven dat de noodzaak om snel te handelen één van de feiten was die DEI in aanmerking had genomen.

25. Inderdaad wekt de formulering van de brief van 14 december 2004 de indruk dat DEI zich onder meer beroept op spoedeisendheid ter rechtvaardiging van het gebruik van een procedure zonder voorafgaande oproep tot mededinging. Het is echter niet duidelijk of dit bedoeld is als een zelfstandige rechtvaardigingsgrond krachtens artikel 20, lid 2, sub d. Hoe dit ook zij, nu de Griekse regering zich niet op deze bepaling beroept, hoeft het Hof hier niet verder op in te gaan.

II — Het uitblijven van de motivering

26. Artikel 41, lid 4, van richtlijn 93/38 luidt als volgt: „Aanbestedende diensten die een van de in de bijlagen I, II, VII, VIII en IX vermelde activiteiten uitoefenen, delen zo spoedig mogelijk na de datum van ontvangst van een schriftelijk verzoek aan iedere afgevozen gegadigde of inschrijver de redenen mee voor de afwijzing van zijn aanvraag of van zijn inschrijving op een aanbesteding, en aan iedere inschrijver die een aan de eisen beantwoordende offerte heeft gedaan, de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen offerte, alsmede de naam van de begunstigde.” De Commissie betoogt dat het laten verstrijken van twee maanden alvorens de inschrijver aan wie de opdracht niet gegund is, op de hoogte te stellen van de redenen voor afwijzing van zijn inschrijving, niet kan worden aangemerkt als „zo spoedig mogelijk”

in de zin van genoemde bepaling. De Griekse regering geeft toe dat er sprake was van enige vertraging, maar stelt dat het oordeel of artikel 41, lid 4, geschonden is, afhangt van het feit of de inschrijver benadeeld is in de uitoefening van zijn communautaire rechten. Ter terechtzitting betoogde de raadsman van de Griekse regering voorts, dat blijkens de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 41, lid 4 — de Commissie had oorspronkelijk een periode van 15 dagen voor het opgeven van de redenen voorgesteld, zoals in de openbare-sectorrichtlijnen, en toen dit voorstel door het Europees Parlement was verworpen, werd de term „zo spoedig mogelijk” opgenomen — de aanbestedende diensten een zekere marge moet worden verleend bij het afhandelen van een verzoek om motivering van de afwijzing van een offerte. Volgens de Griekse regering stond de afgewezen inschrijver in dit geval een rechtsgang ter beschikking om de beslissing van de aanbestedende dienst op haar rechtmatigheid te laten toetsen, zodat niet gezegd kan worden dat DEI, door pas na twee maanden op het verzoek van de inschrijver in te gaan, de richtlijn niet is nagekomen.

27. Ik ben het met de Griekse regering eens dat de bewoordingen „zo spoedig mogelijk”, zonder nader een termijn te specificeren, betekenen dat men artikel 41, lid 4, niet in al te absolute termen moet benaderen. Uit de omstandigheid dat de richtlijnen betreffende de openbare sector uitdrukkelijk een periode van 15 dagen voorschrijven¹⁶, terwijl richtlijn 93/38 voor de nutssectoren dit niet doet, volgt dat de communautaire wetgever er bewust voor heeft gekozen, de vraag hoe snel een

aanbestedende dienst zou moeten reageren, van geval tot geval te laten beantwoorden.

28. Bij de vaststelling wat de term „zo spoedig mogelijk” in een bepaald geval inhoudt, moet er onder meer rekening mee worden gehouden of de inschrijver gebruik kon maken van de hem door het nationale en het communautaire recht geboden rechtsgangen om de rechtmatigheid van de beslissing aan rechterlijke toetsing te onderwerpen. Zolang de aanbestedende dienst niet heeft uitgelegd waarom een bepaalde aanbieding is afgewezen, kan de benadeelde inschrijver immers niet beoordelen of het zin heeft de afwijzing aan te vechten en op welke gronden.

29. Artikel 41, lid 4, beoogt echter niet alleen de belangen te waarborgen van de inschrijvers die deelnemen aan een openbare aanbestedingsprocedure. De bepaling dient tevens tot waarborging van de zuiverheid en doelmatigheid van de aanbestedingsprocedure als zodanig, hetgeen de aanbestedende diensten zelf en, uiteindelijk, de belastingbetalers ten goede komt. Bij de uitlegging van de term „zo spoedig mogelijk” dient men daarom in gedachten te houden dat de op de aanbestedende diensten rustende verplichting tot tijdige motivering, onrechtmatige begunstiging tegengaat en de naleving van het gemeenschapsrecht bevordert. Artikel 41, lid 4, vormt een procedurele waarborg die ertoe moet bijdragen dat de voor de afwijzing van een inschrijving gegeven redenen niet slechts een façade zijn waarachter opdrachten op willekeurige wijze gegund worden. Met

¹⁶ — Artikel 8, lid 1, van richtlijn 93/37; artikel 7, lid 1, van richtlijn 93/36; artikel 12, lid 1, van richtlijn 92/50.

andere woorden, de regel heeft een afschrikwekkende functie: een aanbestedende dienst die weet dat hij onmiddellijk na de selectie van een inschrijving deze keuze moet motiveren en moet uitleggen waarom de andere inschrijvingen zijn afgewezen, zal minder snel geneigd zijn van de communautaire aanbestedingsregels af te wijken.

30. Onevenredig late antwoorden op een verzoek tot motivering kunnen aanzienlijk ten koste gaan van de efficiëntie. Zo had DEI in het onderhavige geval benadrukt dat Kreta dringend behoefte had aan meer elektriciteitsbronnen. Door niet uit te leggen waarom zij een bepaalde inschrijving had begunstigd en de andere had afgewezen, bezorgde DEI het project echter een vertraging van twee maanden. De Griekse regering heeft geen verklaring geboden voor dit talmen van DEI, dat moeilijk te rijmen is met het dringende karakter van de bewuste opdracht. Gezien het feit dat veel grote projecten in verscheidene lidstaten mede gefinancierd worden uit de communautaire middelen, kan in redelijkheid van de aanbestedende autoriteiten verwacht worden dat zij bij de toepassing van de communautaire aanbestedingsregels rekening houden met de noodzaak om efficiënt te werk te gaan.

31. Ook moet erop gewezen worden dat de nieuwe richtlijn nutssectoren, die richtlijn

93/38 vervangen heeft, in artikel 49, lid 2, bepaalt dat de aanbestedende dienst iedere afgewezen inschrijver „ten spoedigste” in kennis stelt van de redenen voor de afwijzing, en dat „[d]e termijnen in geen geval langer [mogen] zijn dan 15 dagen na ontvangst van het schriftelijk verzoek”. De opstellers van de richtlijn hebben zelf geoordeeld wat een aanvaardbare termijn is voor het geven van redenen en hebben de aanbestedende diensten aldus de vrijheid hiertoe ontnomen. Het is waar dat het onderhavige geval ratione temporis dient te worden beoordeeld volgens richtlijn 93/38 en niet volgens richtlijn 2004/17. Wij kunnen er echter niet aan voorbijgaan dat de communautaire wetgever besloten heeft dat de redenen die voorheen in de nutssector een flexibeler benadering op dit punt eventueel rechtvaardigden, thans niet meer bestaan. De nutsvoorzieningen zijn derhalve nu onderworpen aan dezelfde, strengere regel die geldt voor opdrachten voor goederen, leveringen en diensten, die bepaalt dat de termijn in geen geval meer dan 15 dagen mag bedragen. Hoewel de bepaling niet van toepassing is op het onderhavige geval, zou het weinig overtuigend zijn te suggereren dat het Hof er geheel aan voorbij moet gaan. Onder richtlijn 93/38 moet uiteindelijk van geval tot geval worden beoordeeld wat een redelijke termijn is, met inachtneming van de algemene behoefte aan doelmatigheid op het terrein van de overheidsaanbestedingen, die niet beperkt is tot de bescherming van de rechten van inschrijvers. Ik ben van mening dat DEI, door twee maanden lang te verzuimen de afgewezen inschrijver van de redenen daarvan in kennis te stellen, bij gebrek aan bijzondere gronden ter rechtvaardiging van deze vertraging, die de bij openbare aanbestedingen gebruikelijke termijnen duidelijk overschrijdt, in strijd heeft gehandeld met artikel 41, lid 4, van richtlijn 93/38.

III — Conclusie

32. Ik geef het Hof in overweging te verklaren dat Griekenland, door te verzuimen via DEI een oproep tot mededinging te publiceren en de afgewezen inschrijver zo spoedig mogelijk de redenen van de afwijzing van zijn inschrijving mee te delen, zijn verplichtingen krachtens de artikelen 20, lid 2, en 41, lid 4, van 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, niet is nagekomen.