

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
G. TESAURO

van 17 november 1992 *

*Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,*

1. In de onderhavige zaak verzoekt de Commissie het Hof vast te stellen, dat het Koninkrijk Denemarken, in het kader van de aanbestedingsprocedure voor de bouw van een brug over de westelijke doorvaart van de Grote Belt, niet de verplichtingen is nagekomen die op hem rusten krachtens de artikelen 30, 48 en 59 EEG-Verdrag en 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.¹ Twee aspecten van de aanbestedingsprocedure worden door de Commissie betwist: a) de aanwezigheid, in het bestek, van een clause waarin wordt opgeroepen tot inschrijving, mits zoveel mogelijk Deense materialen, verbruiksgoederen, arbeidskrachten en materieel worden gebruikt (hierna: „het Deens voorbehoud”); b) het feit dat de onderhandelingen met het uitgekozen consortium zouden zijn gevoerd op basis van een niet met het bestek overeenkomende offerte.

2. De feiten en de precontentieuze procedure zijn uitgebreid beschreven in het rapport ter terechtzitting waarnaar ik moge verwijzen. Ik beperk mij er hier derhalve toe, de wezenlijke gegevens van de zaak in herinnering te brengen om voor zover nodig het lezen van de navolgende opmerkingen te vergemakkelijken.

De overheidsopdracht voor de bouw van de brug over de westelijke doorvaart van de

Grote Belt is gegund aan de European Storebælt Group (hierna: „ESG”), een van de vijf internationale consortiums die waren uitgenodigd tot inschrijving in het kader van de niet-openbare aanbesteding uitgeschreven door „Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen” (hierna: „Storebælt”), een vennootschap voor honderd procent in handen van de Deense Staat en de betrokken opdrachtgever. Storebælt die drie verschillende ontwerpen had gemaakt om als basis voor de offertes te dienen, voerde besprekingen met de voorgeselecteerde bedrijven en onderhandelde vervolgens verder met ESG die gebruik had gemaakt van de in artikel 3, lid 3, van het bestek vermelde mogelijkheid om een alternatieve offerte in te dienen; deze onderhandelingen mondten uit in een overeenkomst die op 26 juni 1989 werd ondertekend.

3. Op 18 mei 1989 stelde de Commissie zich in verbinding met de Deense autoriteiten, waarbij zij haar twijfel erover uitsprak, of het Deens voorbehoud en het voeren van onderhandelingen met ESG op basis van een niet met artikel 3, lid 3, van het bestek overeenkomende offerte met het gemeenschapsrecht in overeenstemming waren. Daar zij met de verklaringen van de Deense regering geen genoegen nam, verzond de Commissie op 21 juni 1989 een aanmaningsbrief waarin zij onder meer verzocht niet tot de ondertekening van de overeenkomst over te gaan. In antwoord op deze brief lieten de Deense autoriteiten de Commissie weten, dat zij het niet dienstig hadden geacht de ondertekening van de overeenkomst naar een latere datum te verschuiven, maar dat zij Storebælt bij brief van 21 juni hadden verzocht het Deens voorbehoud te schrappen, zodat die clause niet langer in de uiteindelijke overeenkomst voorkwam.

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.
1 — PB 1971, L 185, blz. 5.

Van oordeel dat er sprake was van een inbreuk, en dat het schrappen van de betrokken clausule op een later tijdstip dan de gunning de niet-nakoming niet ongedaan had gemaakt, deed de Commissie Denemarken per telex van 14 juli 1989 een met redenen omkleed advies toekomen, waarin zij onder meer stelde dat, nu de ondertekening van de overeenkomst reeds had plaatsgevonden, de enige manier om de ontstane situatie te herstellen erin bestond, Storebælt te verzoeken de overeenkomst met ESG te annuleren en de aanbestedingsprocedure te heropenen.

Daar het Koninkrijk Denemarken aan het met redenen omklede advies geen gevolg gaf, stelde de Commissie beroep in krachtens artikel 169, en diende zij een verzoek in tot verkrijging van voorlopige maatregelen op grond van artikel 186 EEG-Verdrag, uitsluitend betreffende het aan het Deens voorbehoud ontleende middel.

4. Ter terechtzitting van de zaak in kort geding op 22 september 1989, legde de Deense regering een verklaring af, waarin zij erkende dat het Deens voorbehoud in strijd was met het in het EEG-Verdrag neergelegde discriminatieverbod, en verbond zij zich ertoe: a) bij toekomstige overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en de levering van goederen elke discriminerende praktijk te vermijden; b) vergoeding van de door de bedrijven die offertes hebben ingediend, geleden schade te waarborgen, in zoverre deze kunnen aantonen dat hun aanspraken naar Deens recht gegrond zijn; c) hoe dan ook de terugbetaling van de inschrijvingskosten te waarborgen middels arbitrage: dat alles zonder dat de betrokken bedrijven behoeven te bewijzen, dat de discriminerende strekking van het Deens voorbehoud de oorzaak van hun uitsluiting was.

Als gevolg van deze verklaring trok de Commissie haar verzoek tot verkrijging van voorlopige maatregelen in, evenwel met handhaving van het beroep krachtens artikel 169, dat eveneens betrekking had op de grief, die het voorwerp van dat verzoek uitmaakte. Daarop verzocht de Commissie die zich in het inleidende verzoekschrift het recht had voorbehouden de gronden tot staving van haar beroep op een later tijdstip aan te vullen en verder uit te werken, de Deense regering bovendien om verschillende documenten — die zij ook grotendeels heeft verkregen — inzake de aanbestedingsprocedure en de uiteindelijke overeenkomst, op grond waarvan zij vervolgens in repliek nieuwe middelen tot staving van haar beroep aanvoerde. Deze handelwijze bracht de Deense regering ertoe, in haar dupliek een aantal excepties van niet-ontvankelijkheid op te werpen zowel inzake de grief omtrent het Deens voorbehoud, als die inzake de tussen Storebælt en ESG gevoerde onderhandelingen. Deze door de Deense regering opgeworpen excepties worden hierna onderzocht in het kader van de twee door de Commissie aangevoerde middelen.

a) *Het Deens voorbehoud*

5. De Deense regering verzet zich ertegen, dat de Commissie het voorwerp van het geschil uitbreidt tot andere clausules van het bestek dan die welke in de aanmaningsbrief en het met redenen omklede advies zijn genoemd, in zoverre het — in wezen — gaat om nieuwe middelen die uitsluitend in repliek zijn geformuleerd en verder uitgewerkt.

Inderdaad verwees de Commissie in de precontentieuze procedure uitsluitend naar het Deens voorbehoud als in artikel 6, lid 2, van de algemene condities van het bestek geformuleerd; in het beroep en vooral in repliek

had zij daarentegen verschillende andere clausules aangevochten die in het bestek waren vervat of rechtstreeks voor het eerst waren opgenomen in de uiteindelijke overeenkomst, en waaruit bleek dat er nog steeds condities inzake het Deens voorbehoud in de overeenkomst voorkwamen, inzonderheid in de vorm van voorschriften betreffende de materialen.

De Commissie rechtvaardigt deze gedraging door erop te wijzen, dat zij het Deens voorbehoud in de precontentieuze procedure in zijn algemeenheid heeft willen aanvechten en dat de in repleik aangevoerde middelen derhalve moeten worden gezien als eenvoudige verduidelijkingen van deze algemenere grief en geen zelfstandige en nieuwe middelen zijn. En het is zeker onweerlegbaar, dat de door de Commissie in het inleidende verzoekschrift en in repleik aangehaalde clausules in wezen niets anders zijn dan de concretisering van specificaties van het Deens voorbehoud, als geformuleerd in artikel 6, lid 2, van de algemene condities van het bestek.

6. Ik moet hieraan toevoegen, dat volgens vaste rechtspraak van het Hof² het voorwerp van een beroep krachtens artikel 169 EEG-Verdrag wordt afgebakend door de in dit artikel bedoelde precontentieuze fase en door het petitum van het verzoek, waarbij het met redenen omklede advies en het verzoekschrift op dezelfde overwegingen en middelen dienen te berusten. Weliswaar erkent het Hof tevens de mogelijkheid in het verzoekschrift nieuwe middelen voor te dragen, die „van dezelfde aard zijn als de in het met redenen omklede advies bedoelde overwegingen en eenzelfde gedraging opleve-

ren”³, maar krachtens artikel 42, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering moet het evenwel gaan om gegevens waarvan na het uitbrengen van het met redenen omklede advies is gebleken of die de verzoeker niet bekend waren bij de instelling van zijn beroep.

Welnu, in zoverre de grieven die de Commissie eerst in het verzoekschrift en in repleik heeft aangevoerd, clausules van het bestek betreffen, dus clausules die reeds bestonden op het tijdstip van de aanmaningsbrief, kan men niet anders dan overeenkomstig de rechtspraak van het Hof opmerken, dat de Commissie daarvan kennis moest of in ieder geval kon hebben.

Deze „discriminerende” clausules kunnen derhalve in de onderhavige procedure niet in aanmerking worden genomen: de exceptie van niet-ontvankelijkheid van de Deense regering moet bijgevolg worden aanvaard.

Ik moet daaraan evenwel toevoegen, dat het probleem, in deze bewoordingen aan de orde gesteld, louter formeel is. Ik verklaar mij nader: in zoverre het Deens voorbehoud onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht, een omstandigheid die niet wordt betwist, komt het mij voor, dat de staat die in overtreding is, daaruit in elk geval duidelijke consequenties moet trekken, dat wil zeggen: alle bepalingen waarin het betrokken voorbehoud voorkomt, moet schrappen. En dat de Deense regering zich daarvan welbewust was, kan worden afgeleid zowel uit het feit dat zij in haar antwoord op het met redenen omklede advies heeft verzekerd, dat de definitieve overeenkomst geen enkele clausule van het type Deens voorbehoud bevatte, als uit de bewering van dezelfde regering dat bepaalde concrete aanduidingen inzake het

2 — Zie laatstelijk arrest van 31 maart 1992 (zaak C-52/90, Commissie/Denemarken, Jurispr. 1992, blz. I-2187, r. o. 23).

3 — Zie arresten van 22 maart 1983 (zaak 42/82, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1983, blz. 1013) en 4 februari 1988 (zaak 113/86, Commissie/Italië, Jurispr. 1988, blz. 607).

gebruik van Deense materialen aan haar aandacht waren ontsnapt, omdat zij het Deens voorbehoud vóór de ondertekening van de overeenkomst had moeten schrappen; en dat juist vanwege de haast.⁴

7. Wat voorts de clausules betreft, die eerst in de uiteindelijke overeenkomst zijn opgenomen en die naar het oordeel van de Commissie eveneens specificaties van het Deens voorbehoud zijn, dient vóór alles te worden opgemerkt, dat de conclusies van de Commissie inzake het onderzochte middel uitsluitend de onregelmatigheid van de aanbestedingsprocedure betreffen en dat, anders dan de „discriminerende” clausules die in de algemene en bijzondere condities van het bestek voorkomen, de clausules die aan de uiteindelijke overeenkomst zijn toegevoegd, geen enkele invloed op het verloop van deze procedure kunnen hebben gehad.⁵ Strikt genomen zouden deze clausules bijgevolg de grondslag voor een op zich zelf staande procedure wegens niet-nakoming kunnen vormen: het is immers duidelijk, dat zo deze clausules onwettig waren, zij een feitelijke inbreuk op het gemeenschapsrecht zouden betekenen, daar de werken voor de bouw van de brug nog in uitvoering waren.

Natuurlijk zou men ook kunnen stellen, dat het in aanmerking nemen van mogelijke in deze clausules vervatte onwettige voorschriften niet van dien aard is dat het een wezenlijke verandering in het voorwerp van geschil teweegbrengt, aangezien het gaat om grieven van dezelfde aard als die welke in het met

redenen omkleed advies zijn geformuleerd, en die op dezelfde gedraging betrekking hebben. Bovendien, indien het waar is dat de uiteindelijke overeenkomst is gesloten vóór het versturen van het met redenen omkleed advies, is het evenzeer waar dat verzoekster, die stilzitten noch onachtzaamheid kan worden verweten, gezien de uiterst korte termijnen waarbinnen zij de onderhavige procedure heeft ingeleid (tussen het begin van de precontentieuze procedure en de indiening van het beroep is minder dan een maand verlopen), daarvan feitelijk eerst kennis heeft gekregen nadat het beroep was ingesteld.

Gezien de striktheid waarvan het Hof blijk heeft gegeven in verband met de uitbreiding van het voorwerp van het beroep tot feiten die de verzoekende partij niet bekend waren op het tijdstip van de verzending van het met redenen omkleed advies, stel ik evenwel voor, gelet op de vormvoorschriften van artikel 169 betreffende het beroep, de door de Deense regering opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid ook op dit punt te aanvaarden.

8. Nu is vastgesteld, dat het voorwerp van het onderzochte middel is beperkt tot het Deens voorbehoud als geformuleerd in artikel 6, lid 2, van de algemene voorwaarden van het bestek, en aangezien de onverenigbaarheid van dit voorbehoud met de artikelen 30, 48 en 59 EEG-Verdrag in casu niet wordt betwist, dient in de eerste plaats te worden onderzocht of de Deense regering het met redenen omkleed advies al dan niet heeft opgevolgd door het betrokken voorbehoud te schrappen. In feite is dit voorbehoud, naar men zich zal herinneren, geschrapt vóór de ondertekening van de overeenkomst (26 juni), dus nog voordat de Commissie de Deense regering van het met redenen omkleed advies in kennis had gesteld (14 juli). En juist onder aanvoering van deze omstandigheid stelt genoemde regering zich op het standpunt, dat het beroep

4 — Zie blz. 44 van de dupliek. Immers, de Deense regering heeft uitdrukkelijk erkend, dat bepaalde bepalingen van de overeenkomst die als bijkomstig waren bestemd, nog steeds voorschriften omtrent het Deens voorbehoud bevatten.

5 — Natuurlijk zijn de opmerkingen die ik daarnet heb gemaakt, ook op dit geval van toepassing: het zou op zijn minst onlogisch zijn dat de Deense regering eerst heeft erkend, dat het Deens voorbehoud onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht en derhalve heeft verzocht deze te schrappen en vervolgens toestaat, dat soortgelijke onwettige voorschriften in de uiteindelijke overeenkomst worden opgenomen.

niet-ontvankelijk moet worden verklaard, of tenminste moet worden verworpen naar analogie van 'sHofs arrest in de zaak C-362/90.⁶ Dienaangaande zeg ik dadelijk, dat mijns inziens de zaak die ons bezighoudt, kan worden gelijkgesteld met die welke ik zojuist heb aangehaald.

Ik herinner eraan, dat in zaak C-362/90 de betwiste inbreuk reeds haar volle effect had gesorteerd op het tijdstip dat het met redenen omkleed advies werd verzonden, en dat het Hof de Commissie inzonderheid heeft verweten dat zij „niet te gepasten tijde gebruik heeft gemaakt van de middelen die haar ten dienste staan om te voorkomen dat de gestelde niet-nakoming effect sorteert, en evenmin omstandigheden heeft aangevoerd die haar zouden hebben belet, de in artikel 169 EEG-Verdrag bedoelde precontentieuze procedure te voltooien, voordat die niet-nakoming was beëindigd”.⁷

9. In casu laat de situatie zich daarentegen geheel anders aanzien. Naar ik reeds heb opgemerkt, had de Commissie immers in haar aanmaningsbrief niet alleen verzocht binnen zeven dagen de verlangde uitleg te geven, maar ook de ondertekening van de overeenkomst voorlopig uit te stellen. De Deense regering kon derhalve vermijden dat de niet-nakoming een feit werd door aan het verzoek van de Commissie te voldoen; juist in de loop van de procedure wegens niet-nakoming deelde zij in haar antwoord op de aanmaningsbrief mee, dat Storebælt de overeenkomst reeds had ondertekend. Deze handelwijze bracht mee, dat de aanbestedingsprocedure niet kon worden heropend, wat tot gevolg had dat verzoekster in het met redenen omkleed advies verzocht, als enig

middel om de niet-nakoming te beëindigen, de overeenkomst te ontbinden en de aanbestedingsprocedure te heropenen. Anderzijds, in zoverre de overeenkomst inzake de overheidsopdracht op basis van een onregelmatige aanbesteding is gesloten, lijkt het mij — nu de onwettigheid van het Deens voorbehoud niet wordt betwist — dat men er niet aan kan twifelen, dat de inbreuk een feit is.

Het is immers duidelijk dat, nu de gevolgde procedure volledig in strijd was met het gemeenschapsrecht, enkel een nieuwe aanbestedingsprocedure de schending had kunnen opheffen. Met andere woorden, daar het Deens voorbehoud invloed heeft gehad op de indiening van offertes, is het onbetwistbaar dat de latere schrapting ervan zo'n belangrijk vormgebrek in de aanbestedingsprocedure van de overheidsopdracht geenszins kan herstellen.

Ik twijfel er bovendien aan, of de Deense regering zich kan beroepen op de bewering van de Commissie, dat in de huidige omstandigheden de volledige naleving van het gemeenschapsrecht niet meer mogelijk is, ten betoge dat de conclusies van de Commissie omtrent het middel inzake het Deens voorbehoud niet meer relevant zijn. Het zou op zijn minst eigenaardig zijn, dat een Lid-Staat die had kunnen voorkomen dat een inbreuk definitief effect sorteert, vervolgens de omstandigheid kan invoeren, dat die niet-nakoming een feit is teneinde de „vaststelling” van dat feit ingevolge artikel 171 te vermijden. Een mogelijk arrest van het Hof in die zin strekt er immers niet toe, te doen verklaren dat Storebælt de aanbestedingsprocedure had moeten heropenen, maar wel eenvoudigweg te doen vaststellen, dat de betrokken procedure in strijd met de toepasselijke bepalingen van het gemeenschapsrecht is verlopen.

6 — Arrest van 31 maart 1992 (Commissie/Italië, Jurispr. 1992, blz. I-2353).

7 — Arrest van 31 maart 1992, reeds aangehaald, r. o. 12.

Uiteindelijk zou de aanvaarding van verweersters zienswijze dat het Deens voorbehoud al vóór het versturen van de aanmaningsbrief was geschrapt en dat de grief omtrent deze clause ná de ondertekening van de overeenkomst bijgevolg hoe dan ook niet meer relevant zou zijn, erop neerkomen dat men zich erbij neerlegt dat de niet-nakoming een feit is geworden, in weerwil van de niet-nakomingsprocedure.

Nog een laatste opmerking hierover. Het lijkt mij evident dat, wanneer het Hof het standpunt van de Deense regering volgt, de procedure wegens niet-nakoming elke zin zou verliezen, telkens wanneer het punctuele schendingen betreft, dat wil zeggen ten aanzien waarvan men het risico loopt dat de inbreuk reeds is „voltooid” in de loop van de precontentieuze procedure, mogelijk nog vóór de toezending van het met redenen omklede advies. Het gaat om een risico dat zeker courant is in een sector als die van overheidsopdrachten. In die optiek en zonder de zin te ontnemen en afbreuk te doen aan de procedure van artikel 169 inzake dit soort schendingen, kan geen beroep worden gedaan op 's Hofs verklaring dat „de zaak slechts bij het Hof van Justitie aanhangig kan worden gemaakt, indien de betrokken staat het met redenen omkleed advies niet heeft opgevolgd”⁸, evenmin als men kan aanvoeren, als in de reeds aangehaalde zaak C-362/90, dat „de gestelde niet-nakoming bij het verstrijken van de in het met redenen omkleed advies vastgestelde termijn niet meer bestond”, in zoverre die niet-nakoming haar volle effect reeds had gesorteerd. In casu heeft de Commissie inderdaad de procedure wegens niet-nakoming te gepaster tijd ingeleid teneinde te voorkomen dat de niet-nakoming effect sorteerde, in die zin dat, nu de uiteindelijke overeenkomst nog niet was

getekend, de betrokken staat de gelegenheid had de aanbestedingsprocedure te heropenen.

10. Vervolgens dient te worden vastgesteld of en mogelijk in hoeverre de verklaring van 22 december 1989 die de Deense regering in de loop van het kort geding heeft afgelegd, van invloed is op de onderhavige procedure. Dienaangaande voert de Deense regering aan, dat zij met deze verklaring niet alleen het bestaan van de schending heeft erkend, maar ook haar aansprakelijkheid jegens de bedrijven die hadden ingeschreven, zodat de betrokken verklaring, evengoed als een arrest, geldt als een definitieve vaststelling van die schending.

Hoewel de Deense regering de schending heeft erkend en vergoeding van de door de concurrerende bedrijven geleden schade heeft gewaarborgd, is het — naar mijn mening — ook waar, dat zulk een omstandigheid het belang om de procedure voort te zetten niet kan doen verdwijnen. Dat deze verklaring ertoe heeft geleid, dat verzoekster haar verzoek tot verkrijging van voorlopige maatregelen heeft ingetrokken, is enkel het resultaat van een tussen partijen gesloten overeenkomst over alleen de procedure in kort geding en inzonderheid strekkende tot een regeling in der minne. Het lijkt mij evenwel niet juist uit zulk een gedraging van de Commissie de niet-ontvankelijkheid of in elk geval de ongegrondheid van het beroep af te leiden. Anders zou zulks neerkomen op de invoering van het beginsel dat de Commissie „is gehouden” van het beroep af te zien telkens wanneer de schending in de loop van de procedure niet meer wordt betwist en tegelijkertijd het recht op vergoeding wordt erkend van de door particulieren als gevolg van die schending geleden schade.

11. Bovendien volgt uit de betreffende rechtspraak van het Hof, dat in enkele gevallen

⁸ — Arrest van 15 januari 1986 (zaak 121/84, Commissie/Italië, Jurispr. 1986, blz. 107, r. o. 10).

uitdrukkelijk heeft beklemtoond dat de handhaving van het beroep van belang blijft ter vaststelling van de grondslag van de aansprakelijkheid die ten gevolge van de niet-nakoming op een Lid-Staat kan rusten⁹, dat men hoe dan ook moet aannemen, dat de Commissie belang heeft bij de procedures die zij krachtens artikel 169 instelt, zelfs wanneer de niet-nakoming onbetwist is.¹⁰

Uiteindelijk heeft het Hof erkend¹¹, dat de Commissie haar belang bij het voortzetten van een beroep niet behoeft aan te tonen. Als „hoedster” van de Verdragen heeft de Commissie er in elk geval belang bij te bereiken dat het Hof de niet-nakoming in een arrest vaststelt: relevant is daarbij alleen, dat de betrokken staat de gestelde inbreuk niet binnen de in het met redenen omkleed advies vastgestelde termijnen heeft beëindigd. Dat de litigieuze inbreuk reeds vóór de toezending van het met redenen omkleed advies werd erkend, is daarentegen, anders dan de Deense regering aanneemt, niet relevant.

In het licht van de voorafgaande opmerkingen ben ik derhalve van mening, dat het Koninkrijk Denemarken, doordat Storebælt is overgegaan tot de aanbesteding van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken op basis van een clause waarin werd opgeroepen in te schrijven, mits zoveel mogelijk Deense materialen, verbruiksgoederen en arbeidskrachten zouden worden gebruikt, de krachtens de artikelen 30, 48 en 59 EEG-Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen.

b) *Het voeren van onderhandelingen op basis van een niet met het bestek overeenkomende offerte*

12. Eveneens in verband met dit middel heeft de Deense regering een aantal excepties van niet-ontvankelijkheid opgeworpen ter zake van zowel nadere feitelijke omstandigheden die de Commissie voor het eerst in repleik zou hebben aangevoerd tot staving van de betrokken grief, als — en vooral — van een gestelde wijziging van de conclusies, die daardoor werden uitgebreid.

Voor de feiten die de Commissie voor het eerst in haar repleik heeft aangehaald, dat wil zeggen de „vermoedelijke” onderhandelingen tussen Storebælt en ESG, waaruit de met de clauses van het bestek onverenigbare bepalingen van de uiteindelijke overeenkomst zouden zijn voortgekomen¹², gelden eigenlijk dezelfde opmerkingen als die welke reeds over het aan het Deens voorbehoud ontleende middel zijn gemaakt. Overeenkomstig de aangehaalde rechtspraak van het Hof moet het namelijk worden uitgesloten, dat de Commissie zich tot staving van genoemd middel kan beroepen op feiten die in de precontentieuze fase niet zijn aangevoerd.

De kwestie van de herformulering van de conclusies is daarentegen moeilijker. Feitelijk heeft de Commissie de Deense regering oorspronkelijk verweten, dat Storebælt onderhandelingen heeft gevoerd met ESG op basis van een niet met artikel 3, lid 3, van het bestek overeenkomende offerte. In haar

9 — Zie laatstelijk arrest van 18 maart 1992 (zaak C-29/90, Commissie/Griekenland, Jurispr. 1992, blz. I-1971, r. o. 12).

10 — In dit verband volstaat het op te merken, dat het Hof nimmer het belang van de Commissie heeft betwist te bereiken dat een Lid-Staat wegens niet-nakoming wordt veroordeeld, ook wanneer de betrokken niet-nakoming door de Lid-Staat uitvoerig was erkend en zeker geen enkel probleem opleverde met betrekking tot het vergoeden van de geleden schade.

11 — Zie arrest van 4 april 1977 (zaak 167/73, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1977, blz. 359, r. o. 15).

12 — In repleik heeft de Commissie immers niet meer uitsluitend verwezen naar de onderhandelingen over het door ESG gemaakte voorbehoud ten aanzien van artikel 3, lid 3, van het bestek, maar ook naar de onderhandelingen die zouden zijn gevoerd met betrekking tot de prijs per eenheid voor het opvulzand, de boetes en het inlopen van verträgen, de steunverlening aan de arbeidsmarkt, de prijsaanpassingsmethode, enz.

replik heeft de Commissie deze conclusie vervolgens opnieuw geformuleerd door te stellen, dat Storebælt met ESG onderhandelingen heeft gevoerd op basis van een offerte die niet aan het bestek voldeed, met als resultaat dat in de uiteindelijke overeenkomst ten behoeve van uitsluitend deze inschrijver van de aanbestedingsvoorwaarden is afgeweken, met name op punten die mede bepalend zijn geweest voor de prijs. Voorts heeft de Commissie een uitdrukkelijke verwijzing naar het aan richtlijn 71/305 ten grondslag liggende beginsel van gelijke behandeling toegevoegd, terwijl zij in de conclusies van het inleidende verzoekschrift inzonderheid had verwezen naar titel IV van deze richtlijn.

De Deense regering stelt, dat de herformulering van de conclusies op dit punt een uitbreiding daarvan vormt en beroept zich op de vaste rechtspraak van het Hof volgens hetwelk een partij het voorwerp van geschil tijdens de procedure niet mag veranderen en dat de gegrondheid van het beroep uitsluitend kan worden onderzocht op basis van conclusies in het inleidende verzoekschrift.¹³ Voorts zijn de aldus opnieuw geformuleerde conclusies, nog steeds volgens verweerster, gebaseerd op een nieuwe rechtsgrondslag, namelijk het aan de richtlijn ten grondslag liggende beginsel van gelijke behandeling. Zulk een handelswijze is niet aanvaardbaar, in zoverre daaruit een schending van de rechten van de verdediging voortvloeit, daar de verwerende partij niet de mogelijkheid heeft gehad zich tijdig en in de voorgeschreven vorm over dit punt uit te spreken.

13. Ik kan mij bij deze zienswijze niet aansluiten. In de eerste plaats, zoals de Deense

regering zelf heeft toegegeven, is een herformulering van de conclusies rechtmatig, wanneer daarmee wordt beoogd, de conclusies af te bakenen, in de zin van „beperken”. En dat is mijns inziens in casu nu juist het geval, in zoverre de Commissie ten slotte in wezen de omvang van de in het met redenen omklede advies geformuleerde grief afbakt en beperkt door zich niet meer in het algemeen te beroepen op het feit dat de onderhandelingen zijn gevoerd op basis van een niet met het bestek overeenkomende offerte, maar op het feit dat de onderhandelingen een clausule van het bestek tot voorwerp hadden, waarvan onmogelijk kon worden afgeweken, en tot gevolgen hebben geleid, die duidelijk in strijd zijn met het beginsel waarop richtlijn 71/305 berust — namelijk de gelijke behandeling van inschrijvers.

Met betrekking tot het standpunt dat het beginsel van gelijke behandeling een nieuwe rechtsgrondslag vormt, merk ik eerst op, dat dit beginsel weliswaar feitelijk eerst in repliek in de conclusies is opgenomen, maar dat de Commissie de Deense regering reeds tijdens de precontentieuze procedure de schending van dit beginsel had verweten. Inzonderheid herinner ik eraan, dat de Commissie in het met redenen omkleed advies uitdrukkelijk heeft gesteld, dat het feit dat de onderhandelingen waren gevoerd op basis van een niet met het bestek overeenkomende offerte, „infringed the principle of equal treatment of all contractors which lies at the heart just as much of national laws in the field of procurement as of Council Directive 71/305”. Hieruit volgt derhalve, dat de Deense regering de mogelijkheid heeft gehad zich op dit punt uit te spreken, naar trouwens blijkt uit haar antwoord op het met redenen omkleed advies en uit het verzoekschrift.

13 — Zie bij voorbeeld arrest van 14 oktober 1987 (zaak 278/85, Commissie/Denemarken, Jurispr. 1987, blz. 4069).

14. Over de inhoud van de grief wil ik het volgende zeggen. Het lijkt dienstig eerst de inhoud van artikel 3, lid 3, van het bestek in herinnering te brengen, dat wil zeggen, de inhoud van de clausule waaraan ESG bij de inschrijving op de aanbesteding niet zou hebben voldaan.

Bij de toepassing van deze bepaling moeten in de prijs van een alternatieve offerte de kosten zijn begrepen van de gedetailleerde uitwerking van het ontwerp dat door de inschrijver aan de opdrachtgever ter goedkeuring wordt aangeboden; bovendien moet de inschrijver de volle verantwoordelijkheid dragen voor de totstandkoming en de uitvoering van het ontwerp, met inbegrip van het risico voor wijzigingen in de hoeveelheden van de alternatieve offerte. Voorts bepaalt artikel 3, lid 3, dat de inschrijver een gereduceerde prijs voor het ontwerp dient aan te geven, voor het geval dat de opdrachtgever besluit zelf de gedetailleerde uitwerking van het project op zich te nemen. In dat geval draagt de opdrachtgever de verantwoordelijkheid voor het maken van het ontwerp en de risico's voor wijzigingen in de hoeveelheden, in zoverre deze het gevolg zijn van de gedetailleerde uitwerking van het ontwerp.

Welnu, de door ESG ingediende alternatieve offerte, een brug van gewapend beton, bepaalt in punt 6.1 (huidige offerte) dat de opdrachtgever de gedetailleerde uitwerking van het ontwerp op zich neemt en de volle verantwoordelijkheid voor de totstandkoming ervan, en het risico voor wijzigingen in de hoeveelheden aanvaardt. Als variant stelde ESG in punt 6.2 van haar offerte voor, zelf de uitwerking van het ontwerp op zich te nemen voor een aanvullend bedrag van 42 miljoen DKR; zelfs in dat geval was de betrokken inschrijver evenwel van oordeel, dat de verantwoordelijkheid voor de totstandkoming van het ontwerp en het risico voor de wijzigingen in de hoeveelheden, dat op ongeveer 5 miljoen DKR werd geschat,

door de opdrachtgever moesten worden gedragen.

15. De non-conformiteit van die offerte met artikel 3, lid 3, van het bestek, lijkt mij ondubbelzinnig het gevolg te zijn van de formulering van punt 6.2. Het standpunt van de Deense regering, dat de opdrachtgever de verantwoordelijkheid voor de uitvoering van het ontwerp en de risico's voor wijzigingen in de hoeveelheden alleen dan dient te dragen wanneer hij ook de uitwerking van het ontwerp op zich neemt, wordt overigens tegengesproken door Storebælt zelf, naar blijkt uit de aantekening van 21 juni 1989 die bij het antwoord van de Deense regering op de vraag om uitleg van de Commissie was gevoegd.¹⁴

Doordat die offerte niet aan het bestek voldeed, heeft de Commissie eerst betoogd, dat juist het feit dat Storebælt de offerte in aanmerking heeft genomen en op basis daarvan onderhandelingen heeft aangeknoopt, een schending oplevert van het beginsel van gelijke behandeling neergelegd in titel IV van richtlijn 71/305.

Inzonderheid erkent de Commissie dat de inschrijvers voorbehouden in hun offertes kunnen opnemen, maar zij is van mening, dat die mogelijkheid beperkt wordt door de fundamentele voorschriften van het bestek, waartoe artikel 3, lid 3, zeker behoort. Bijgevolg heeft Storebælt de onder identieke omstandigheden ingediende offertes niet op objectieve wijze met elkaar vergeleken, met als bijkomend gevolg dat de laatste fase van

14 — Ten betoeg dat de offerte van ESG in de in punt 6.2 aangegeven bewoordingen geen enkele invloed op de uitkomst van de onderhandelingen zou hebben gehad, stelt Storebælt immers in deze aantekening, dat zij het voorstel van ESG, op basis waarvan de opdrachtgever „het risico voor de uitwerking van het ontwerp en de hoeveelheden zou hebben gedragen, ook al had de aannemer deze uitwerking op zich genomen”, niet heeft geaccepteerd.

de aanbestedingsprocedure jegens de overige inschrijvers niet regelmatig is verlopen. Zoals reeds is gememoreerd, heeft de Commissie daarop in reплиek het betrokken middel gepreciseerd door te bevestigen dat de onderhandelingen tussen ESG en Storebælt, voor zover deze de prijzen hebben beïnvloed, onverenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht.

16. Naar ik zojuist heb aangetoond, had ESG zich er feitelijk toe verbonden, wel de gedetailleerde uitwerking van het ontwerp voor 42 miljoen DKR, maar niet de verantwoordelijkheid en de risico's op zich te nemen. Deze voorwaarden zijn derhalve noodzakelijkerwijs het voorwerp van onderhandelingen geweest en het is aannemelijk, dat hetzelfde is gebeurd met het risico voor de wijzigingen in hoeveelheden.

Daar de Deense regering weigerde de Commissie de stukken betreffende de betrokken onderhandelingen te verschaffen¹⁵, is het niet mogelijk aan te geven, in hoeverre Storebælt bij het vaststellen van de prijzen rekening heeft gehouden met de voorbehouden. Niettemin zijn bepaalde condities van het bestek in de loop van de onderhandelingen gewijzigd waardoor — gelet op de aard zelf van deze condities — ook de prijs van de opdracht, als vastgesteld in de offerte, een wijziging heeft ondergaan.

Bovendien blijkt uit de door de Commissie overgelegde stukken, dat de overeenkomst de aansprakelijkheid van ESG beperkt tot

300 miljoen DKR voor een periode van 6 jaar: dat is niet alleen duidelijk in strijd met artikel 3, lid 3, van het bestek, krachtens hetwelk de aannemer de volle verantwoordelijkheid voor de totstandkoming en de uitvoering van het ontwerp moet dragen, maar ook en vooral met het beginsel van gelijke behandeling; het is immers duidelijk, dat de overige inschrijvers bij de vaststelling van hun prijs voor de opdracht rekening ermee hebben gehouden, dat zij de volle verantwoordelijkheid voor de werken dienden te dragen. Wat het risico voor wijzigingen in de hoeveelheden betreft, voorziet de overeenkomst voorts in een vast bedrag van vijf miljoen DKR, overeenkomend met de schatting die ESG in de variant van de offerte heeft gemaakt: het is derhalve duidelijk, dat de bedoelde onderhandelingen de prijzen hebben beïnvloed.

Al deze elementen nopen tot de conclusie, dat de aanbestedingsvoorwaarden, als in het bestek vastgesteld (en, wat de onderhavige zaak betreft, in artikel 3, lid 3), ten behoeve van één enkele inschrijver zijn gewijzigd. Hieruit volgt uiteindelijk, dat de mededingingsvoorwaarden tussen de inschrijvers daarmee zijn vervalst, zodat het beginsel van gelijke behandeling is geschonden.

17. De Deense regering brengt hiertegen evenwel in, dat de prijsverhoging geheel evenredig was aan de totale kosten van de betrokken werken, en dat de haar door de Commissie verweten feiten trouwens niet onder het gemeenschapsrecht vallen; inzonderheid valt de mogelijkheid om offertes te accepteren die voorbehouden bevatten en in de mogelijkheid voorzien dat de opdrachtgever met de inschrijvende bedrijven onderhandelingen voert, binnen de werkingssfeer van de nationale voorschriften. Zij beklemtoont, dat richtlijn 71/305 zich niet bezig houdt met de vraag binnen welke grenzen

¹⁵ — Weigering op grond van het feit dat: a) het zou gaan om confidentiële stukken; en b) Storebælt hoe dan ook niet was verplicht de prijs van de hierbedoelde voorbehouden te bepalen.

onderhandelingen kunnen worden gevoerd, en dat het relevante nationale recht zonder enige discriminatie van de verschillende inschrijvers is toegepast.

Mijns inziens behoeft niet nader te worden ingegaan op de bewering van de Deense regering, dat „on ne peut inférer de la directive 71/305 une règle imposant aux Etats membres des obligations supérieures aux exigences du droit danois en matière de marchés publics en ce qui concerne le fait de ne pas prendre en considération une offre comportant une réserve ou de s'abstenir absolument de toute négociation”.¹⁶ Het spreekt immers vanzelf, dat in zoverre de Deense voorschriften onverenigbaar met het gemeenschapsrecht zouden blijken te zijn, dit laatste voorrang dient te hebben.

Ik begrijp trouwens evenmin waarom de Deense regering de Commissie het verwijt maakt, de richtlijn te hebben uitgelegd als berustte deze op het beginsel van gelijke behandeling. Het zou tenminste vreemd zijn aan te nemen, dat dit beginsel niets met de richtlijn te maken heeft, voor zover het niet uitdrukkelijke in enige bepaling van de richtlijn is neergelegd, terwijl de doelstelling van de richtlijn juist is, eerst en vooral, de gelijkheid van alle deelnemers aan een aanbestedingsprocedure te waarborgen.

18. Zeker is, dat richtlijn 71/305 geen enkele specifieke bepaling inzake voorbehouden bevat, en nog minder het beginsel van gelijke behandeling uitdrukkelijk formuleert; dat houdt evenwel niet in, dat het nationale recht alle met overheidsopdrachten verband houdende omstandigheden kan regelen zonder daarbij rekening te houden met een dermate fundamenteel beginsel. En eerlijk gezegd is

het verwonderlijk, dat partijen zoveel energie hebben verbruikt om aan te tonen, respectievelijk te betwisten, dat het beginsel van gelijke behandeling al dan niet aan richtlijn 71/305 ten grondslag ligt. Dienaangaande behoeft immers nauwelijks te worden bevestigd, dat bij de aanbesteding van een overheidsopdracht, juist omdat het om een mededingingsprocedure gaat, de gelijkheid van alle deelnemers aan deze procedure moet worden gewaarborgd: anders zou het niet gaan om een aanbesteding van een overheidsopdracht, maar eerder om een onderhandeling in de particuliere sfeer. Kortom, de gelijke behandeling ligt ten grondslag aan elke regeling van aanbestedingsprocedures voor overheidsopdrachten, in zoverre zij daarvan de essentie zelf vormt.

Bovendien zijn zowel de overwegingen van de considerans van richtlijn 71/305, als de bepalingen van die richtlijn, in hun geheel beschouwd, in dit verband meer dan een aanwijzing. Het volstaat eraan te herinneren, dat uitdrukkelijk is gesteld dat het opstellen van objectieve deelnemingscriteria één van de fundamentele beginselen is, waarvan de naleving in het kader van de aanbestedingsprocedures moet worden gewaarborgd (derde overweging van de considerans); dat de offertes moeten worden ingediend overeenkomstig de in de uitnodiging tot inschrijving voorgeschreven condities teneinde „de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging” te verzekeren, zulks in het bijzonder in de niet-openbare procedures (voorlaatste overweging van de considerans).

19. Wat voorts de gemeenschappelijke verklaring van juli 1989 betreft¹⁷, die aan richtlijn 89/144/EEG van de Raad¹⁸ is gehecht,

17 — PB 1989, L 210, blz. 22.

18 — Richtlijn van 18 juli 1989 tot wijziging van richtlijn 71/305/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB 1989, L 210, blz. 1).

16 — Zie blz. 54 van de duplikaat van de Deense regering.

inhoudende dat bij openbare en niet-openbare procedures onderhandelingen met de inschrijvers over fundamentele punten van de opdrachten waarvan de wijziging de mededinging kan vervalsen, en met name over de prijzen, uitgesloten zijn, ben ik het volstrekt oneens met het standpunt van de Deense regering, dat het zou gaan om een verklaring die geen enkele rechtskracht heeft en hoe dan ook voor de onderhavige procedure van geen enkele waarde is, daar zij van een latere datum is dan de feiten van de zaak.

Gezien de voorgaande opmerkingen, ben ik evenmin van mening, dat de Deense regering zich kan beroepen op de verklaring van het Hof in het arrest Antonissen¹⁹, volgens hetwelk de relevantie van een verklaring afhangt van de inhoud ervan en van het feit of deze in de tekst van de bepaling waarnaar men verwijst, is terug te vinden. Het valt mijns inziens immers niet te betwisten, dat voornoemde verklaring een zuiver declaratoire waarde heeft, daar het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers in de betrokken sector er met name toe strekt te waarborgen

dat de mededinging tussen de deelnemers aan de aanbestedingsprocedure niet wordt vervalst, en dit beginsel de grondslag zelve van de in casu onderzochte regeling vormt.

Een laatste opmerking. De door de verweerende partij ingeroepen omstandigheid dat het nationale recht inzake aanbesteding zonder enige discriminatie zou zijn toegepast op alle deelnemers aan de aanbesteding van de overheidsopdracht, doet de vraag rijzen of men in dat geval kan aannemen dat er sprake is van een schending van het in richtlijn 71/305 neergelegde discriminatieverbod. Persoonlijk heb ik dienaangaande niet de minste twijfel: indien, zoals in casu, de Deense regeling inzake overheidsopdrachten van dien aard is, dat — ook al wordt deze zonder discriminatie toegepast — zij strijdig is met het beginsel van gelijke behandeling zoals neergelegd in richtlijn 71/305 en opnieuw bevestigd in de gemeenschappelijke verklaring van juli 1989, moet deze regeling als onverenigbaar met het gemeenschapsrecht worden beschouwd.

20. In het licht van de voorgaande overwegingen geef ik derhalve het Hof in overweging het beroep gegrond te verklaren en de Deense Staat in de kosten te verwijzen.

¹⁹ — Arrest van 26 februari 1991 (zaak C-292/89, Jurispr. 1991, blz. I-745).