

ARREST VAN HET HOF

22 juni 1993 *

In zaak C-243/89,

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door haar juridisch adviseurs H. P. Hartvig en R. Wainwright, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij N. Annecchino, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verzoekster,

tegen

Koninkrijk Denemarken, vertegenwoordigd door J. Molde, juridisch adviseur bij het Ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigde, bijgestaan door G. Larsen, advocaat, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ter Deense ambassade, Boulevard Royal 4,

verweerder,

betreffende een verzoek aan het Hof om vast te stellen dat het Koninkrijk Denemarken, doordat de vennootschap Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen een oproep tot inschrijving heeft doen uitgaan waarbij als voorwaarde was gesteld, dat zoveel mogelijk Deense materialen, verbruiksgoederen, arbeidskrachten en materieel zouden worden gebruikt, en doordat de onderhandelingen met het uitgekozen consortium zijn gevoerd op basis van een offerte die niet aan de gestelde voorwaarden voldeed, de krachtens het gemeenschapsrecht op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen en met name inbreuk heeft gemaakt op de artikelen 30, 48 en 59 EEG-Verdrag en op richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB 1971, L 185, blz. 5),

wijst

* Procestaal: Deens.

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: O. Due, president, C. N. Kakouris, G. C. Rodríguez Iglesias, M. Zuleeg en J. L. Murray, kamerpresidenten, G. F. Mancini, R. Joliet, F. A. Schockweiler, J. C. Moitinho de Almeida, F. Grévisse en P. J. G. Kapteyn, rechters,

advocaat-generaal: G. Tesaurò

griffier: H. von Holstein, adjunct-griffier

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de pleidooien van partijen ter terechtzitting van 29 september 1992, waar het Koninkrijk Denemarken was vertegenwoordigd door J. Molde, als gemachtigde, bijgestaan door G. Larsen en S. F. Svendsen, advocaten,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 17 november 1992,

het navolgende

Arrest

- 1 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 2 augustus 1989, heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen krachtens artikel 169 EEG-Verdrag het Hof verzocht vast te stellen dat het Koninkrijk Denemarken,

— doordat de vennootschap Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen een oproep tot inschrijving heeft doen uitgaan waarbij als voorwaarde was gesteld, dat zoveel mogelijk Deense materialen, verbruiksgoederen, arbeidskrachten en materieel zouden worden gebruikt,

— en doordat de onderhandelingen met het uitgekozen consortium zijn gevoerd op basis van een offerte die niet aan de gestelde voorwaarden voldeed,

de krachtens het gemeenschapsrecht op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen en met name inbreuk heeft gemaakt op de artikelen 30, 48 en 59 EEG-Verdrag en op richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB 1971, L 185, blz. 5; hierna: „richtlijn”).

- 2 De vennootschap „Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen” (hierna: „Storebælt”) is voor honderd procent in handen van de Deense Staat. Zij is belast met het maken van een ontwerp en, in de hoedanigheid van opdrachtgever, met de bouw van een weg- en spoorverbinding over de Grote Belt. Een deel van het project omvat de bouw van een brug over de westelijke doorvaart van de Grote Belt. De waarde van het contract voor de bouw van de westelijke brug wordt geschat op 3 miljard DKR.
- 3 Op 9 oktober 1987 deed Storebælt in het supplement van het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* een bekendmaking opnemen inzake een niet-openbare aanbesteding voor de bouw van een brug over de westelijke doorvaart. Op 28 april 1988 nodigde zij vijf groepen van ondernemingen uit om in te schrijven.
- 4 In de algemene condities van het bestek (hierna: „algemene condities”) komt de volgende bepaling voor (artikel 6, lid 2; hierna: „Deens-aandeelclausule”):

„De aannemer is verplicht zoveel mogelijk Deense materialen, verbruiksgoederen, arbeidskrachten en materieel te gebruiken.”

- 5 Artikel 3, lid 3, van de algemene condities noemt de voorwaarden waaraan alternatieve offertes moeten voldoen, dat wil zeggen offertes voor een ander brugontwerp dan de drie welke Storebælt zelf had uitgewerkt en op basis waarvan die offertes zouden worden beoordeeld. Volgens genoemde bepaling dient de voor de alternatieve offerte genoemde prijs betrekking te hebben op een door de inschrijver tot in details uit te werken en aan de opdrachtgever ter goedkeuring voor te leggen

ontwerp, voor de totstandkoming en de uitvoering waarvan de inschrijver de volle verantwoordelijkheid draagt. Tevens bepaalt dit artikel, dat de inschrijver ook het risico draagt voor wijzigingen in de hoeveelheden op basis waarvan de alternatieve offerte is berekend. Ten slotte bepaalt dit artikel:

„De inschrijver dient in zijn offerte voor een alternatief ontwerp waarvoor hij de verantwoordelijkheid aanvaardt, een gereduceerde prijs aan te geven voor het geval dat de opdrachtgever besluit de gedetailleerde uitwerking van het ontwerp zelf op zich te nemen.”

- 6 Vijf internationale consortiums, in totaal 28 ondernemingen omvattend, werden uitgenodigd in te schrijven. Een van die vijf was de European Storebælt Group (hierna: „ESG”), bestaande uit de Nederlandse onderneming Ballast Nedam, de Zwitserse onderneming Losinger Ltd, de Britse onderneming Taylor Woodrow Construction Ltd en drie Deense aannemingsbedrijven. ESG diende bij Storebælt een alternatieve offerte in voor de bouw van een betonnen brug.
- 7 Storebælt voerde daarop gesprekken met de verschillende inschrijvers om hun respectieve offertes te kunnen vergelijken en beoordelen en om de kosten te kunnen berekenen van de vele voorbehouden in die offertes. Na de kring van inschrijvers aanzienlijk te hebben verkleind, onderhandelde Storebælt verder met ESG over de door deze ingediende alternatieve offerte. Deze onderhandelingen mondten uit in een overeenkomst tussen ESG en Storebælt, die op 26 juni 1989 werd ondertekend.
- 8 Voor een nadere uiteenzetting van de feiten van het geding, het procesverloop en de middelen en argumenten van partijen wordt verwezen naar het rapport ter terechtzitting. Deze elementen van het dossier worden hierna slechts weergegeven, voor zover dat noodzakelijk is voor de redenering van het Hof.

De ontvankelijkheid van het beroep

- 9 De Commissie, die zich het recht had voorbehouden de gronden tot staving van de twee grieven die zij in de conclusies van haar verzoekschrift heeft geformuleerd, zo nodig aan te vullen of verder uit te werken, heeft in repleik haar argumenten uitgewerkt in het licht van de in het verweerschrift van de Deense regering verstrekte gegevens. Voorts heeft zij de conclusies van haar verzoekschrift op twee punten gewijzigd.
- 10 In de eerste plaats verzoekt zij het Hof wat de tweede grief betreft (weergegeven in r. o. 1 supra), de niet-nakoming vast te stellen op grond van het feit, dat Storebælt „met ESG onderhandelingen heeft gevoerd op basis van een offerte die niet aan de gestelde voorwaarden voldeed, met als resultaat dat in de uiteindelijke overeenkomst ten behoeve van alleen deze inschrijver van de aanbestedingsvoorwaarden is afgeweken, met name op punten die mede bepalend zijn geweest voor de prijs”.
- 11 In de tweede plaats, wat de rechtsregels betreft die het Koninkrijk Denemarken zou hebben geschonden, verklaart zij, dat het gaat om richtlijn 71/305, „met inbegrip van het beginsel van gelijke behandeling, dat aan die richtlijn ten grondslag ligt”.
- 12 De Deense regering verzoekt het Hof het beroep niet-ontvankelijk te verklaren, voor zover de Commissie het voorwerp ervan heeft uitgebreid ten opzichte van hetgeen waar het in de precontentieuze fase om ging.
- 13 Alvorens dit verzoek te behandelen, zij herinnerd aan de rechtspraak van het Hof (arrest van 28 april 1993, zaak C-306/91, Commissie/Italië, Jurispr. 1993, blz. I-2133, r. o 22), volgens welke het voorwerp van een beroep krachtens artikel 169 van het Verdrag wordt afgebakend door de in dat artikel bedoelde precontentieuze procedure en later niet meer kan worden uitgebreid. De mogelijkheid voor de betrokken staat om opmerkingen te maken, vormt immers een door het Verdrag gewilde wezenlijke waarborg en is een vormvoorschrift dat van wezenlijk belang is voor de regelmatigheid van de procedure tot vaststelling van een niet-nakoming door een Lid-Staat.

- 14 De Deense regering stelt in de eerste plaats, dat de Commissie in haar verzoekschrift en zeker in haar replick het voorwerp van het geding niet kan uitbreiden tot elementen, feitelijk en rechtens, die in de aanmaningsbrief en het met redenen omkleed advies niet zijn genoemd.
- 15 Dienaangaande moet worden vastgesteld, dat de precontentieuze procedure enkel betrekking had op het bepaalde in artikel 6, lid 2, van de algemene condities, te weten de Deens-aandeelclausule, en op het feit dat er onderhandelingen zijn gevoerd op basis van een offerte die niet voldeed aan artikel 3, lid 3, van die condities, betreffende de verantwoordelijkheid van de inschrijver in het geval van een alternatieve offerte voor een ander ontwerp.
- 16 Daaruit volgt, dat het beroep slechts ontvankelijk is voor zover de twee grieven betrekking hebben op die twee bepalingen van de algemene condities.
- 17 In het kader van de grief inzake de Deens-aandeelclausule is er evenwel niets wat de Commissie belet, haar betoog dienaangaande te adstrueren door verwijzing naar andere bepalingen van het bestek, die die clausule op specifieke punten concretiseren.
- 18 De Deense regering stelt vervolgens, dat de Commissie, door in de loop van het geding haar conclusies te wijzigen, het voorwerp van het geding heeft gewijzigd en de rechten van de verdediging heeft geschonden, in zoverre zij als verwerende partij niet de mogelijkheid heeft gehad zich tijdig en in de voorgeschreven vorm over de aldus gewijzigde punten uit te spreken. De gegrondheid van het beroep mag volgens de Deense regering daarom uitsluitend worden beoordeeld op basis van de conclusies van het inleidend verzoekschrift.
- 19 Dit middel werpt de vraag op, of, in de eerste plaats, de nieuwe formulering van het tweede onderdeel van de conclusies neerkomt op een uitbreiding van die conclusies, en in de tweede plaats, of de verwijzing naar „het beginsel van gelijke

behandeling, dat aan die richtlijn ten grondslag ligt”, een nieuw element toevoegt aan de rechtsgrondslag van de gestelde niet-nakoming.

- 20 Wat het eerste punt betreft, volstaat de vaststelling, dat het om een precisering gaat die de Commissie in haar conclusies mocht aanbrengen in verband met de nieuwe gegevens omtrent het verloop van de aanbestedingsprocedure en de onderhandelingen tussen Storebælt en ESG, welke de Deense regering in haar verweerschrift had verschaft.
- 21 Wat het tweede punt betreft, moet vooreerst worden vastgesteld (zie de conclusie van de advocaat-generaal, punt 13), dat de Commissie de Deense regering reeds in de precontentieuze procedure een schending van bedoeld beginsel heeft verweten, en dat er zowel in het met redenen omkleed advies als in het verzoekschrift uitdrukkelijk van wordt gesproken. De Deense regering heeft derhalve de gelegenheid gehad zich erover uit te spreken, zoals trouwens blijkt zowel uit haar antwoord op het met redenen omkleed advies als uit de bewoordingen van haar verweerschrift.
- 22 Vervolgens moet worden vastgesteld, dat de stelling van de Deense regering, dat het beginsel van gelijke behandeling een nieuwe rechtsgrondslag van de gestelde niet-nakoming zou zijn, een vraag omtrent de uitlegging van de richtlijn opwerpt, die te zamen met de grond van de zaak zal worden onderzocht.

Ten gronde

De eerste grief: de Deens-aandeelclausule

- 23 Vooraf zij opgemerkt, dat de Deens-aandeelclausule, vervat in artikel 6, lid 2, van de algemene condities, onverenigbaar is met de artikelen 30, 48 en 59 EEG-Verdrag, hetgeen de Deense regering overigens niet bestrijdt.

- 24 De Deense regering betoogt evenwel in de eerste plaats, dat zij de betrokken clause heeft geschrapt voordat het contract met ESG op 26 juni 1989 werd ondertekend, en dat zij daarmee gevolg heeft gegeven aan het met redenen omkleed advies nog voordat dit op 14 juli 1989 werd betekend. Onder verwijzing naar het arrest van 31 maart 1992 (zaak C-362/90, Commissie/Italië, Jurispr. 1992, blz. I-2353) heeft de Deense regering ter terechtzitting daaraan nog toegevoegd, dat de Commissie niet te rechter tijd heeft gehandeld om met de haar ten dienste staande middelen te voorkomen, dat de gestelde niet-nakoming rechtsgevolgen had.
- 25 Dit betoog houdt geen stand.
- 26 Allereerst moet immers worden vastgesteld, dat de gewraakte clause weliswaar kort voor de ondertekening van het contract met ESG en dus voor de betekening van het met redenen omkleed advies is geschrapt, maar dat dit niet wegneemt, dat de aanbestedingsprocedure is verlopen op basis van een met het gemeenschapsrecht strijdige clause, die invloed kan hebben gehad zowel op de samenstelling van de verschillende consortiums als op de inhoud van de door de vijf voorgeselecteerde consortiums ingediende offertes. Het enkele feit dat die clause in het laatste stadium van de procedure is geschrapt, kan dus niet worden geacht te volstaan om een einde te maken aan de door de Commissie gestelde niet-nakoming.
- 27 Vervolgens moet worden beklemtoond, dat de Commissie in haar aanmaningsbrief van 21 juni 1989 de Deense regering heeft verzocht erop toe te zien, dat de ondertekening van het contract werd uitgesteld; was aan dat verzoek gevolg gegeven, dan zou de gewraakte niet-nakoming geen enkel rechtsgevolg hebben gehad.
- 28 In de tweede plaats betoogt de Deense regering, dat zij in haar tijdens de kortgedingprocedure aan het Hof overgelegde verklaring van 22 september 1989 niet slechts heeft toegegeven dat de Deens-aandeelclause inbreuk maakte op het gemeenschapsrecht, maar ook haar aansprakelijkheid heeft erkend jegens de ondernemingen die offertes hadden uitgebracht. Daardoor zou het beroep op dit punt zonder voorwerp zijn geraakt.

29 Ook dit betoog moet worden afgewezen.

30 In het kader van een niet-nakomingsprocedure die krachtens artikel 169 EEG-Verdrag wordt ingeleid door de Commissie, die als enige de opportuniteit ervan heeft te beoordelen, staat het aan het Hof om vast te stellen of de gestelde niet-nakoming al dan niet bestaat, ongeacht of de betrokken staat die niet-nakoming niet meer betwist en het recht op vergoeding van de daardoor eventueel door particulieren geleden schade erkent. Ware dit anders, dan zouden de Lid-Staten, door de niet-nakoming te erkennen en de eruit voortvloeiende aansprakelijkheid te aanvaarden, te allen tijde een einde kunnen maken aan de bij het Hof aanhangige procedure desbetreffend, zonder dat het bestaan van de niet-nakoming en de grondslag van hun aansprakelijkheid in rechte zouden komen vast te staan.

31 Uit een en ander volgt, dat met betrekking tot de eerste grief, betreffende de Deens-aandeelclausule, het beroep van de Commissie gegrond is.

De tweede grief: het voeren van onderhandelingen op basis van een niet met het bestek overeenkomende offerte

32 In haar conclusies, zoals opnieuw geformuleerd in replek, stelt de Commissie, dat Storebælt het beginsel van gelijke behandeling van alle inschrijvers niet in acht heeft genomen. Dienaangaande moet hier eerst worden ingegaan op de stelling van de Deense regering, dat dat beginsel buiten het kader van de richtlijn valt en derhalve een nieuwe rechtsgrondslag vormt voor de gestelde niet-nakoming.

33 Volstaan kan worden met vast te stellen, dat ook al wordt in de richtlijn het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers niet uitdrukkelijk genoemd, de verplichting om dit beginsel te eerbiedigen, niettemin volgt uit de hoofddoelstelling van deze richtlijn, die volgens de negende overweging van de considerans de

ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten beoogt, en die in titel IV de selectie- en gunningscriteria opsomt die die mededinging moeten waarborgen.

- 34 Voorts zij eraan herinnerd, dat de Commissie in haar repliek haar conclusies heeft gebaseerd op een hele reeks elementen van de uiteindelijk gesloten overeenkomst, die in haar ogen even zovele afwijkingen zijn van de voorwaarden van het bestek en die een zekere invloed hebben gehad op de prijzen. Zoals hierboven aangegeven (r. o. 14 en 15), kunnen echter alleen de wijzigingen die verband houden met de in artikel 3, lid 3, van de algemene condities vervatte voorwaarden, door het Hof in aanmerking worden genomen.
- 35 Met haar aldus begrensde tweede grief wenst de Commissie in wezen door het Hof te zien vastgesteld, dat het Koninkrijk Denemarken het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers heeft geschonden, doordat Storebælt op basis van een niet met het bestek overeenkomende offerte onderhandelingen met ESG heeft gevoerd, die in het uiteindelijke contract zijn uitgelopen op wijzigingen van de in genoemd artikel 3, lid 3, vervatte voorwaarden ten gunste van één enkele inschrijver, welke wijzigingen betrekking hadden op elementen die de prijzen beïnvloedden.
- 36 Om te kunnen beoordelen of de door Storebælt op die basis gevoerde onderhandelingen verenigbaar zijn met het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers, moet eerst worden nagegaan of dat beginsel Storebælt had moeten beletten, de offerte van ESG in aanmerking te nemen.
- 37 Dienaangaande moet worden vastgesteld, dat de eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers vereist, dat alle offertes beantwoorden aan de voorschriften van het bestek, teneinde een objectieve vergelijking van de door de verschillende inschrijvers ingediende offertes te waarborgen.

- 38 Dit vindt bevestiging in artikel 11 van de richtlijn, dat weliswaar toelaat dat de inschrijvers, wanneer varianten op het ontwerp van de overheid ingediend mogen worden, een andere berekeningsmethode voor het werk gebruiken dan gebruikelijk is in het land waar de opdracht wordt geplaatst, doch dit slechts op voorwaarde dat de offerte verenigbaar is met de voorschriften van het bestek.
- 39 Met betrekking tot het argument van de Deense regering, dat de Deense wetgeving inzake overheidsopdrachten het aanvaarden van voorbehouden toelaat, moet worden opgemerkt, dat die wetgeving slechts toepassing kan vinden voor zover het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers, dat aan de richtlijn ten grondslag ligt en dat verlangt dat alle offertes aan het bestek beantwoorden, daarbij ten volle wordt gerespecteerd.
- 40 Aan dat vereiste nu wordt niet voldaan indien het de inschrijvers wordt toegestaan door middel van voorbehouden af te wijken van de fundamentele voorschriften van het bestek, behalve dan wanneer die voorschriften de mogelijkheid daartoe uitdrukkelijk openlaten.
- 41 Vervolgens moet worden vastgesteld, dat de offerte van ESG, die betrekking had op een alternatief ontwerp voor de bouw van een betonnen brug, niet in overeenstemming was met artikel 3, lid 3, van de algemene condities, doordat zij niet voldeed aan sommige van de daarin gestelde voorwaarden. Zo hield de geboden prijs geen rekening met het feit dat ESG, als inschrijver, een gedetailleerd ontwerp moest uitwerken en de volle verantwoordelijkheid moest dragen zowel voor het ontwerp als voor de uitvoering ervan, alsook voor het risico van afwijkingen van de geraamde hoeveelheden.
- 42 Ten slotte is van belang, dat artikel 3, lid 3, van de algemene condities een fundamenteel voorschrift van het bestek is, in zoverre het de voorwaarden preciseert voor de calculatie van de prijzen, uitgaande van de verantwoordelijkheid van de

inschrijver voor de uitwerking van het gedetailleerde ontwerp van het project, de uitvoering ervan en de aanvaarding van de eraan verbonden risico's.

- 43 In die omstandigheden, en gegeven het feit dat het betrokken voorschrift de inschrijvers niet de mogelijkheid biedt om voorbehouden in hun offertes op te nemen, verzette het beginsel van gelijke behandeling zich ertegen, dat Storebælt de offerte van ESG in aanmerking nam.
- 44 Het beroep van de Commissie is derhalve eveneens gegrond met betrekking tot de tweede grief, betreffende het voeren van onderhandelingen op basis van een niet met het bestek overeenkomende offerte.
- 45 Uit al hetgeen voorafgaat volgt, dat het Koninkrijk Denemarken, doordat de vennootschap Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen een oproep tot inschrijving heeft doen uitgaan waarbij als voorwaarde was gesteld, dat zoveel mogelijk Deense materialen, verbruiksgoederen, arbeidskrachten en materieel zouden worden gebruikt, en doordat de onderhandelingen met het uitgekozen consortium zijn gevoerd op basis van een offerte die niet aan de gestelde voorwaarden voldeed, de krachtens het gemeenschapsrecht op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen en met name inbreuk heeft gemaakt op de artikelen 30, 48 en 59 EEG-Verdrag en richtlijn 71/305.

Kosten

- 46 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen. Aangezien het Koninkrijk Denemarken in het ongelijk is gesteld, dient het in de kosten te worden verwezen.

HET HOF VAN JUSTITIE,

rechtdoende, verstaat:

- 1) Doordat de vennootschap Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen een oproep tot inschrijving heeft doen uitgaan waarbij als voorwaarde was gesteld, dat zoveel mogelijk Deense materialen, verbruiksgoederen, arbeidskrachten en materieel zouden worden gebruikt, en doordat de onderhandelingen met het uitgekozen consortium zijn gevoerd op basis van een offerte die niet aan de gestelde voorwaarden voldeed, is het Koninkrijk Denemarken de krachtens het gemeenschapsrecht op hem rustende verplichtingen niet nagekomen en heeft het met name inbreuk gemaakt op de artikelen 30, 48 en 59 EEG-Verdrag en richtlijn 71/305/EEG.

- 2) Het Koninkrijk Denemarken wordt verwezen in de kosten van de procedure.

Duc	Kakouris	Rodríguez Iglesias	Zuleeg
	Murray	Mancini	Joliet
Schockweiler	Moitinho de Almeida	Grévisse	Kapteyn

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 22 juni 1993.

De griffier

J.-G. Giraud

De president

O. Duc