CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
N. EMILIOU
van 2 maart 2023[1]

Zaak C-601/21

Europese Commissie
tegen

Republiek Polen

„Niet-nakoming – Overheidsopdrachten – Artikel 15, leden 2 en 3, van richtlijn 2014/24/EU – Uitzonderingen – Vervaardiging van identiteitsdocumenten en andere officiële documenten – Bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen van de lidstaten – Minder ingrijpende maatregelen”

I. Inleiding

1. Vanwege de behoefte om de integriteit van en het publieke vertrouwen in overheidsdocumenten (zoals paspoorten, stembiljetten of dienstkaarten van politiemensen, het leger en de inlichtingendienst) te beschermen, maken overheidsinstanties in de Europese Unie en elders zich ernstige zorgen over de veiligheid. Met name in het huidige tijdsgewricht, waar mensen makkelijk en snel kunnen reizen en gegevens al helemaal, zijn die instanties verwikkeld in een voortdurende concurrentiestrijd met criminelen om materialen en technieken te ontwikkelen die de vervalsing van en het geknoei met overheidsdocumenten zo moeilijk mogelijk maken.

2. Op grond van artikel 15, leden 2 en 3, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG[2] en artikel 346, lid 1, VWEU, kunnen lidstaten bepaalde overheidsopdrachten in wezen uitsluiten van de procedures waarin die richtlijn voorziet indien de bescherming van hun essentiële veiligheidsbelangen zou kunnen worden ondermijnd, mits er geen minder beperkende maatregelen voorhanden zijn.

3. Welke openbare belangen kunnen daartoe als „essentiële veiligheidsbelangen” worden aangemerkt? Wat is de manoeuvreerruimte die lidstaten in dat verband hebben? Mag een lidstaat in verband met die belangen het beschermingsniveau kiezen dat hij het meest passend acht? Hoe ver gaat de verplichting van een lidstaat om maatregelen in overweging te nemen en, indien dat nodig blijkt, vast te stellen die wellicht minder beperkend zijn?

[1] Oorspronkelijke taal: Engels.

[2] PB 2014, L 94, blz. 65, met rectificaties in PB 2015, L 184, blz. 31, en PB 2021, L 410, blz. 200.

4. Dit zijn kort gezegd de belangrijkste juridische vraagstukken die in de voorliggende zaak naar voren komen en ten aanzien waarvan ik in deze conclusie zal proberen enige duidelijkheid te verschaffen.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

5. Artikel 346, lid 1, VWEU luidt:

„De bepalingen van de Verdragen vormen geen beletsel voor de volgende regels:

a) geen enkele lidstaat is gehouden inlichtingen te verstrekken waarvan de verbreiding naar zijn mening strijdig zou zijn met de wezenlijke belangen van zijn veiligheid;

[…]”

6. In artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 2014/24 met betrekking tot het onderwerp en toepassingsgebied van de richtlijn, zoals gewijzigd en thans van kracht, staat te lezen:

„1. Bij deze richtlijn worden regels vastgesteld betreffende procedures voor aanbesteding door aanbestedende diensten met betrekking tot overheidsopdrachten […], waarvan de geraamde waarde niet minder bedraagt dan de in artikel 4 vastgestelde drempels.

[…]

3. De toepassing van deze richtlijn is onderworpen aan artikel 346 VWEU.”

7. Volgens de definitie van artikel 2, lid 1, punt 9, van richtlijn 2014/24 wordt onder „overheidsopdrachten voor diensten” verstaan „overheidsopdrachten die betrekking hebben op het verlenen van andere diensten dan die bedoeld in punt 6”. [3]

8. In artikel 15, leden 2 en 3, van dezelfde richtlijn, met het opschrift „Defensie en veiligheid”, staat te lezen:

„2. Deze richtlijn is niet van toepassing op overheidsopdrachten […] die niet anderszins op grond van lid 1 zijn uitgezonderd, voor zover de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen van een lidstaat niet kan worden gewaarborgd door minder ingrijpende maatregelen, bijvoorbeeld door eisen te stellen ter bescherming van het vertrouwelijke karakter van de informatie die de aanbestedende dienst in een aanbestedingsprocedure overeenkomstig deze richtlijn beschikbaar stelt.

Voorts is deze richtlijn overeenkomstig artikel 346, lid 1, onder a), VWEU, niet van toepassing op overheidsopdrachten […] die niet anderszins op grond van lid 1 van dit artikel zijn uitgezonderd, voor zover de toepassing van deze richtlijn een lidstaat ertoe zou verplichten informatie ter beschikking te stellen waarvan hij de openbaarmaking in strijd acht met zijn essentiële veiligheidsbelangen.

[3] Punt 6 betreft de definitie van „overheidsopdrachten voor werken”.

3. Wanneer de aanbesteding en de uitvoering van de overheidsopdracht […] geheim zijn verklaard of overeenkomstig de in een lidstaat geldende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen gepaard moeten gaan met bijzondere veiligheidsmaatregelen, is deze richtlijn niet van toepassing, indien die lidstaat heeft besloten dat de essentiële belangen niet kunnen worden gewaarborgd met minder ingrijpende maatregelen, zoals die als bedoeld in lid 2, eerste alinea."

B. Pools recht

9. Artikel 11, lid 4, van de ustawa z dnia 11 września 2019 – Prawo zamówień publicznych (wet van 11 september 2019 inzake het plaatsen van overheidsopdrachten; hierna: „Pzp 2019"), luidt:

„De bepalingen in deze wet zijn niet van toepassing op overeenkomsten voor de vervaardiging van:

1) de blanco overheidsdocumenten bedoeld in artikel 5, lid 2, van de wet op overheidsdocumenten van 22 november 2018 […], evenals de personalisatie en de individualisering ervan;

2) accijnszegels;

3) de legaliseringszegels en de controlestickers bedoeld in de wet van 20 juni 1997 inzake de verkeerswetgeving […];

4) de stembiljetten en stembiljetten in braille bedoeld in respectievelijk artikel 40, lid 1, en artikel 40a, lid 1, van de wet van 5 januari 2011 inzake de kieswetgeving […] en artikel 20 van de wet van 14 maart 2003 inzake het landelijk referendum […];

5) de hologrammen op stemrechtcertificaten bedoeld in artikel 32, lid 1, van de wet van 5 januari 2011 inzake de kieswetgeving;

6) de microprocessorsystemen met software voor het beheer van overheidsdocumenten, computersystemen en databanken die nodig zijn voor het gebruik van overheidsdocumenten bedoeld in artikel 5, lid 2, van de wet van 22 november 2018 inzake overheidsdocumenten met een elektronische chip, overeenkomstig het doel waarvoor ze zijn bestemd."

10. De volgende lijst van overheidsdocumenten is opgenomen in artikel 5, lid 2, van de wet op de overheidsdocumenten van 22 november 2018: 1) identiteitskaarten; 2) paspoorten; 3) de zeemansboekjes bedoeld in artikel 10, lid 1, van de wet op de maritieme arbeid van 5 augustus 2015; 4) documenten afgegeven krachtens artikel 44, lid 1, en artikel 83, lid 1, van de wet op de burgerlijke stand van 28 november 2014; 5) documenten afgegeven aan vreemdelingen krachtens de artikelen 37 en 226 van de vreemdelingenwet van 12 december 2013; 6) documenten afgegeven aan leden van diplomatieke missies en consulaire posten van andere staten of personen die daarmee zijn gelijkgesteld krachtens de wet, verdragen of internationaal gewoonterecht, alsmede documenten afgegeven aan hun gezinsleden die deel uitmaken van hun huishouden overeenkomstig artikel 61 van de vreemdelingenwet van 12 december 2013; 7) het document dat wordt afgegeven aan burgers van de Europese Unie overeenkomstig artikel 48, lid 1, van de wet van 14 juli 2006 inzake de toegang tot, het verblijf in en het vertrek van het grondgebied van de Republiek Polen van onderdanen van lidstaten van de Europese Unie en hun gezinsleden; 8) documenten afgegeven aan gezinsleden van burgers van de Europese Unie overeenkomstig artikel 30, lid 1, en artikel 48, lid 2, van die wet van 14 juli 2006; 9) documenten afgegeven aan vreemdelingen overeenkomstig artikel 55, lid 1, en artikel 89i, lid 1, van de wet van 13 juni 2003

betreffende het verlenen van bescherming aan vreemdelingen op het grondgebied van de Republiek Polen; 10) executoriale titels afgegeven door rechterlijke instanties of gerechtsdeurwaarders; 11) afschriften van definitieve vonnissen waarbij het ontstaan, het bestaan of het tenietgaan van een recht wordt vastgesteld of waarbij de burgerlijke staat betrokken is; 12) afschriften van vonnissen of certificaten afgegeven door een rechterlijke instantie waarbij de vertegenwoordiging van een persoon, de uitvoering van een rechtshandeling of het beheer van een bepaald goed wordt toegestaan; 13) afschriften van beslissingen van rechterlijke instanties en gerechtsmedewerkers betreffende het aanbrengen van de formule van tenuitvoerlegging op een andere executoriale titel dan de in artikel 777, lid 1, punten 1 en 1[1], van de wet van 17 november 1964 tot vaststelling van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering opgenomen titels indien het gaat om een executoriale titel die niet door een rechterlijke instantie is afgegeven; 14) afschriften van en uittreksels uit documenten betreffende de in artikel 79, punten 1 en 1b, en punt 4, van de wet van 14 februari 1991 betreffende het notariaat bedoelde notariële handelingen, de in artikel 79, punt 2, van die wet bedoelde certificaten en de in artikel 79, punt 5, van die wet bedoelde wisselprotesten; 15) certificaten voor vliegtuigbemanningsleden; 16) militaire persoonsbewijzen afgegeven aan personen die zijn ingeschreven in het militaire register krachtens artikel 54, lid 1, van de wet van 21 november 1967 betreffende de algemene verplichting om de Republiek Polen te verdedigen; 17) militaire persoonsbewijzen afgegeven krachtens artikel 48, lid 1, van de wet van 11 september 2003 inzake beroepsmilitairen; 18) identiteitskaarten afgegeven overeenkomstig artikel 137c, lid 1, van die wet van 11 september 2003; 19) identiteitskaarten afgegeven overeenkomstig artikel 54a, lid 1, van die wet van 21 november 1967; 20) de aantekeningen in het paspoort bedoeld in artikel 19, lid 1, van de wet van 13 juli 2006 inzake paspoorten 21) visumstickers; 22) documenten die certificeren dat een persoon tot de Poolse natie behoort (*Karta Polaka*); 23) verklaringen van handicap of graad van invaliditeit; 24) vergunningen om het beroep van arts uit te oefenen; 25) vergunningen om het beroep van tandarts uit te oefenen; 26) rijbewijzen; 27) bijzondere kentekenbewijzen voor beroepsbeoefenaren en gewone kentekenbewijzen, met uitzondering van de kentekenbewijzen bedoeld in artikel 73, lid 3, van de wet van 20 juni 1997 inzake de verkeerswetgeving; 28) voertuigkaarten (*karta pojazdu*); 29) de tijdelijke certificaten bedoeld in artikel 71, lid 1, van de wet van 20 juni 1997 inzake de verkeerswetgeving; 30) tachograafkaarten bedoeld in artikel 2, punt 4, van de wet van 5 juli 2018 op de tachograaf; 31) ADR-certificaten bedoeld in artikel 2, punt 10, van de wet van 19 augustus 2011 op het vervoer van gevaarlijke goederen; 31a) de registratiedocumenten bedoeld in artikel 4, lid 1, van de wet van 12 april 2018 op de registratie van jachten en andere vaartuigen met een lengte tot 24 m; 32) dienstkaarten van a) politieagenten, b) grenswachten, c) staatsveiligheidsfunctionarissen, d) functionarissen van de binnenlandse veiligheidsdienst e) functionarissen van de inlichtingendienst, f) functionarissen van het centraal corruptiebestrijdingsbureau, g) functionarissen van de militaire contraspionagedienst en beroepsmilitairen die zijn aangesteld in een functie bij die dienst, h) functionarissen van de militaire inlichtingendienst en beroepsmilitairen die zijn aangesteld in een functie bij die dienst, i) functionarissen en personeel van gevangenissen, j) functionarissen van de belasting- en douanediensten, k) personen die werkzaam zijn bij organisatieonderdelen van de nationale belastingdienst, l) inspecteurs van de wegvervoersinspectie, m) leden van de marechaussee.

III. Achtergronden en precontentieuze procedure

11. Krachtens artikel 90 van richtlijn 2014/24 waren de lidstaten verplicht om die richtlijn uiterlijk op 18 april 2016 om te zetten.

12. Op 14 juli 2016 heeft de Europese Commissie van de Poolse autoriteiten een kennisgeving ontvangen van de nationale maatregelen voor de omzetting van die richtlijn. De Commissie was van mening dat de Republiek Polen de verplichtingen niet was nagekomen die krachtens de richtlijn op haar rusten en heeft de Republiek Polen op 25 januari 2019 een schriftelijke aanmaning gestuurd.

13. Per brief van 25 maart 2019 hebben de Poolse autoriteiten op de aanmaning gereageerd door de Commissie in kennis te stellen van hun voornemen om bepaalde onderdelen van de omzettingsmaatregelen te herzien om ervoor te zorgen dat onder meer aan richtlijn 2014/24 zou worden voldaan. De Poolse autoriteiten hebben evenwel een aantal van de bezwaren van de Commissie verworpen.

14. Op 5 november 2019 hebben de Poolse autoriteiten de Commissie in kennis gesteld van de vaststelling van een nieuwe wet, de Pzp 2019, die is bedoeld om per 1 januari 2021 de nationale wetgeving die eerder van kracht was te vervangen.

15. Op 28 november 2019 heeft de Commissie de Republiek Polen een met redenen omkleed advies gezonden waarin wordt gewezen op de tekortkomingen in de omzetting van richtlijn 2014/24. In dat met redenen omkleed advies heeft de Commissie erkend dat de Poolse autoriteiten met de nieuwe wetgeving inderdaad een aantal van de eerder aangewezen problemen hadden opgelost. De Commissie heeft evenwel de andere in haar aanmaningsbrief naar voren gebrachte bezwaren, die de Poolse autoriteiten hadden aangevochten, gehandhaafd.

16. In hun reactie van 28 januari 2020 zijn de Poolse autoriteiten het opnieuw oneens met de bezwaren van de Commissie en zij betogen dat de betrokken nationale wetgeving voldeed aan de bepalingen van richtlijn 2014/24.

17. Tegen die achtergrond heeft de Commissie besloten tot het instellen van het onderhavige beroep.

IV. Procesverloop voor het Hof en vorderingen

18. Met haar verzoek van 28 september 2021 verzoekt de Commissie het Hof om:

– te verklaren dat de Republiek Polen, door uitzonderingen toe te voegen met betrekking tot de vervaardiging van bepaalde documenten, drukwerk en zegels waarin niet wordt voorzien in richtlijn 2014/24, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 1, leden 1 en 3, en artikel 15, leden 2 en 3, van richtlijn 2014/24, gelezen in samenhang met artikel 346, lid 1, onder a), VWEU, en

– de Republiek Polen te verwijzen in de kosten.

19. In haar verweerschrift van 17 december 2021 heeft de Republiek Polen het Hof verzocht om:

– de vordering af te wijzen, en

– de Commissie te verwijzen in de kosten.

20. De Commissie heeft op 9 februari 2022 een memorie van repliek ingediend en de Republiek Polen heeft op 21 maart 2022 een memorie van dupliek ingediend. Beide partijen hebben ter terechtzitting van 1 december 2022 pleidooi gehouden.

V. Analyse

A. Argumenten van partijen

21. In haar vordering wijst de Commissie erop dat de Republiek Polen bij het omzetten van richtlijn 2014/24 in nationale wetgeving overeenkomsten voor de vervaardiging van een groot en divers aantal documenten en andere objecten (hierna: „litigieuze documenten") heeft uitgesloten van de werkingssfeer van die richtlijn. Die overeenkomsten zijn inderdaad rechtstreeks toevertrouwd aan Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych (hierna: „PWPW") – een in Polen opgerichte overheidsonderneming die volledig in handen is van de Staat – zonder dat daartoe een aanbesteding is uitgeschreven.

22. De Commissie brengt in herinnering dat in richtlijn 2014/24 uitdrukkelijk wordt geregeld voor welke gevallen de bepalingen ervan niet van toepassing zijn. De Commissie wijst erop dat de lijst van afwijkingen volgens de rechtspraak van het Hof limitatief is en dat dergelijke afwijkingen restrictief moeten worden uitgelegd.

23. Volgens de Commissie kan de Poolse regering artikel 15, leden 2 en 3, van richtlijn 2014/24 niet met recht aanvoeren om te rechtvaardigen dat overeenkomsten voor de vervaardiging van de litigieuze documenten worden uitgesloten van de aanbestedingsregels. In dat verband verwijst de Commissie naar de bevindingen van het Hof in het arrest van 20 maart 2018, Commissie/Oostenrijk (Staatsdrukkerij) [4], dat volgens haar van overeenkomstige toepassing is op de onderhavige zaak. In dat arrest heeft het Hof onder meer geconcludeerd dat maatregelen van lidstaten niet in hun geheel kunnen worden vrijgesteld van de toepassing van de aanbestedingsregels op de enkele grond dat ze in het belang van de openbare veiligheid en de nationale defensie zijn getroffen. Het is aan de lidstaat die zich verlaat op deze afwijkingen om aan te tonen dat het doel die belangen te beschermen niet kon worden bereikt met behulp van een aanbestedingsprocedure.

24. De Commissie is van mening dat een aantal door de Poolse regering aangevoerde belangen geen verband houdt met de veiligheid van die lidstaat, en al helemaal niet met zijn *essentiële* veiligheidsbelangen. De Commissie stelt voorts dat de Poolse regering, zelfs ten aanzien van die belangen die mogelijk wel onder dat begrip kunnen vallen, niet heeft aangetoond dat het doel van de bescherming van die belangen niet op vergelijkbare wijze kan worden bereikt met behulp van alternatieve, minder beperkende maatregelen.

25. De Commissie betoogt in het bijzonder dat de Poolse regering niet heeft uitgelegd waarom PWPW de enige onderneming zou zijn met de vereiste ervaring en technische certificaten om de litigieuze documenten te vervaardigen met inachtneming van de hoogste veiligheidsnormen. In dat verband merkt de Commissie op dat verschillende ondernemingen die actief zijn in de Europese Unie (waaronder een aantal met zetel in Polen) vergelijkbare waarborgen bieden op het gebied van technische capaciteit, financiële stabiliteit en veiligheid. In feite concurreert PWPW

[4] C-187/16, EU:C:2018:194 (hierna: „arrest Commissie/Oostenrijk").

met die ondernemingen bij aanbestedingen van andere lidstaten van de Europese Unie (of overigens voor landen buiten de Europese Unie) voor de vervaardiging van documenten die vergelijkbaar zijn met de in de onderhavige zaak betrokken documenten.

26. De Commissie stelt dat niets de aanbestedende dienst belet om aan inschrijvers extra hoge eisen te stellen (wat betreft technische en financiële mogelijkheden, reputatie enzovoort) en om ze in verband daarmee om het nodige bewijsmateriaal te vragen. In dat opzicht geven volgens de Commissie met name de artikelen 42 en 58 van richtlijn 2014/24 nationale autoriteiten een ruime mate van vrijheid. Zo zou bijvoorbeeld van een marktdeelnemer kunnen worden verlangd dat hij instemt met de nodige controles door de autoriteiten en dat hij waarborgen biedt met betrekking tot de veiligheid en de tijdigheid van de afgifte en met betrekking tot solvabiliteit. De overeenkomst kan ook clausules inzake schadevergoeding en financiële en tuchtrechtelijke aansprakelijkheid bevatten voor het geval zij niet wordt nagekomen.

27. De Commissie betwijfelt of het argument van de Poolse regering dat het voor PWPW feitelijk onmogelijk is om failliet te gaan, juist is, aangezien de Uniebepalingen voor toezicht op staatssteun van toepassing kunnen zijn op door de Staat aan die onderneming verstrekte financiële steun.

28. Van haar kant benadrukt de Republiek Polen dat zij over een omvangrijk systeem van beveiliging van officiële documenten beschikt en dat PWPW een entiteit is die volledig door de Staat wordt gecontroleerd en beheerd. Bovendien kunnen aandelen of aan aandelen verbonden rechten die in bezit zijn van de Staat, zoals die van PWPW, naar nationaal recht in beginsel niet worden verkocht. Bij wijze van uitzondering kan een eventuele verkoop van die aandelen gebonden zijn aan de voorwaarde van goedkeuring door de ministerraad, maar een dergelijke verkoop kan enkel plaatsvinden ten gunste van andere staatsondernemingen die niet aan particuliere aandeelhouders kunnen worden verkocht.

29. Volgens de Republiek Polen maakt een dergelijke structuur het mogelijk volledige zeggenschap te hebben zowel over de werking van de organen van PWPW als over het productieproces van officiële documenten. In die omstandigheden wordt de kring van entiteiten die toegang heeft tot vertrouwelijk geachte informatie beperkt doordat de taak om dergelijke documenten te vervaardigen zonder aanbestedingsprocedure aan een dergelijke instantie wordt toevertrouwd. Een dergelijke oplossing waarborgt volgens de Republiek Polen ook de continuïteit van de vervaardiging en neemt de risico's verbonden aan het faillissement van de producent of aan slechte uitvoering van een eventuele overheidsopdracht weg.

30. Met betrekking tot de argumenten van de Commissie voor het geval van faillissement van een onderneming als PWPW merkt de Poolse regering op dat ondernemingen in eigendom van de Staat uiteraard failliet kunnen gaan, maar dit risico, gelet op het strategisch belang van die ondernemingen, nagenoeg nihil is. De Commissie heeft volgens de Republiek Polen geen redenen opgegeven waarom in geval van financiële moeilijkheden van PWPW geen staatssteun aan die onderneming zou kunnen worden verleend.

31. De Poolse regering stelt zich op het standpunt dat de feitelijke en juridische situatie in de onderhavige zaak niet vergelijkbaar is met de door het Hof onderzochte situatie in het hierboven genoemde arrest Commissie/Oostenrijk. Zij wijst er in dat verband op dat de rechtsvorm van de met het drukken van officiële documenten belaste Oostenrijkse onderneming aanzienlijk verschilde van die van PWPW, aangezien het ging om een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, waarvan de aandelen beursgenoteerd waren en werden gehouden door particulieren. Voorts stelt zij dat de zeggenschap van de Oostenrijkse regering over de

onderneming veel beperkter was dan in deze zaak in de Republiek Polen. Aan de hand daarvan voert de Poolse regering aan dat het door de autoriteiten gekozen beschermingsniveau van de wezenlijke belangen van de staat naar Oostenrijks recht lager was dan het in Polen gekozen niveau en dat zij niet ertoe kan worden verplicht dit beschermingsniveau te verlagen tot het door andere staten gekozen niveau.

32. De Republiek Polen voegt daaraan toe dat met de door de Commissie voorgestelde contractuele waarborgen niet kan worden voorkomen dat haar veiligheidsbelangen worden bedreigd door een eventuele overname van de betrokken marktdeelnemer of doordat de geheime dienst van een derde land of een criminele organisatie invloed op zijn beheersorganen uitoefent. Wat het risico van insolventie van de producent van de documenten betreft, kan met de door de Commissie voorgestelde oplossing, die ertoe strekt te voorzien in een toekenningscriterium in de vorm van een bewijs van financiële draagkracht waarmee de overeenkomst veilig en zonder belemmeringen kan worden uitgevoerd, niet worden voorkomen dat de financiële situatie van de betrokken marktdeelnemer plotseling verslechtert.

33. De uitsluitingen waarin het nationale recht voorziet, vormen naar het oordeel van de Poolse regering dus een evenredige, passende en noodzakelijke maatregel voor de doelstelling om de wezenlijke veiligheidsbelangen van Polen te waarborgen op het niveau dat als passend wordt beschouwd. Om aan te tonen dat het gebruik van de afwijkingen evenredig is, is het volgens de Poolse regering niet nodig om te bewijzen dat in geval van toepassing van de betrokken richtlijn de kans bijzonder groot is dat de wezenlijke veiligheidsbelangen van de betrokken lidstaat worden bedreigd. Sterker nog, zelfs een geringe kans op aanzienlijke schade voor de veiligheidsbelangen van de Staat zou volgens die regering een grond vormen om van deze afwijkingen gebruik te maken.

34. Meer in het algemeen heeft de Commissie volgens de Poolse regering niet aangetoond dat het niveau van staatsveiligheid dat kan worden bereikt door de vervaardiging van documenten toe te vertrouwen aan een overeenkomstig richtlijn 2014/24 geselecteerde entiteit net zo hoog zou zijn als wanneer die taak wordt toevertrouwd aan een onderneming die eigendom is van de Staat.

B. Beoordeling

35. Om te beginnen moet worden opgemerkt dat richtlijn 2014/24 in beginsel van toepassing is op overheidsopdrachten voor de vervaardiging van de litigieuze documenten, zoals de Commissie stelt zonder door de Poolse regering te zijn weersproken. Het staat immers vast dat de betrokken overheidsopdrachten (i) geen betrekking hebben op de diensten, sectoren en situaties waarvoor de artikelen 7 tot en met 12 van richtlijn 2014/24 in uitsluitingen voorzien, en (ii) een waarde hebben die niet lager is dan de in artikel 4 van die richtlijn vastgestelde drempels. Voorts wordt in artikel 15, lid 1, van richtlijn 2014/24 duidelijk gemaakt dat deze richtlijn in beginsel van toepassing is op het plaatsen van overheidsopdrachten „op defensie- en veiligheidsgebied”.

36. De Poolse regering betoogt evenwel dat dergelijke opdrachten kunnen worden geplaatst zonder gebruik te maken van de procedures van richtlijn 2014/24, aangezien sommige van de in artikel 15, leden 2 en 3, daarvan genoemde afwijkingen op het onderhavige geval van toepassing zijn.

37. In de volgende onderdelen omschrijf ik eerst het relevante analytische kader (1) en vervolgens beoordeel ik de argumenten van partijen in het licht van dat kader (2). Mijn conclusie zal zijn dat de betrokken nationale regeling in haar huidige vorm niet kan worden geacht volledig binnen de werkingssfeer van de in deze conclusie besproken afwijkingen te vallen en bijgevolg in strijd is met de bepalingen van richtlijn 2014/24 (3).

1. Relevant analytisch kader

a) Artikel 15, leden 2 en 3, van richtlijn 2014/24 en artikel 346, lid 1, onder a), VWEU.

38. Artikel 15, leden 2 en 3, van richtlijn 2014/24 voorziet in vier situaties waarin deze richtlijn „niet van toepassing" is. Die afwijkingen van de toepassing van de richtlijn, die alle betrekking hebben op aanbestedingsprocedures op het gebied van defensie en veiligheid, zoals het opschrift van die bepaling duidelijk maakt[5], zijn de volgende.

39. Ten eerste is de richtlijn volgens artikel 15, lid 2, eerste alinea, van richtlijn 2014/24 niet van toepassing op overheidsopdrachten „voor zover de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen van een lidstaat niet kan worden gewaarborgd door minder ingrijpende maatregelen". Ten tweede is de richtlijn volgens artikel 15, lid 2, tweede alinea, ervan niet van toepassing voor zover de toepassing ervan „een lidstaat ertoe zou verplichten informatie ter beschikking te stellen waarvan hij de openbaarmaking in strijd acht met zijn essentiële veiligheidsbelangen". Ten derde voorziet artikel 15, lid 3, in twee bijkomende situaties: de richtlijn is niet van toepassing wanneer de overheidsopdracht (i) „geheim [is] verklaard", of (ii) „overeenkomstig de in een lidstaat geldende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen gepaard [moet] gaan met bijzondere veiligheidsmaatregelen". Ook in dit lid staat dat dit slechts geldt voor zover „die lidstaat heeft besloten dat de essentiële belangen niet kunnen worden gewaarborgd met minder ingrijpende maatregelen".

40. Ik moet er vervolgens ook op wijzen dat artikel 346, lid 1, onder a), VWEU ten aanzien van de situatie die in het onderhavige geding aan de orde is, geen verdere (of autonome) afwijking lijkt toe te voegen. Artikel 15, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2014/24 bevat inderdaad een uitdrukkelijke verwijzing naar artikel 346, lid 1, onder a), VWEU[6] en de twee bepalingen lijken sterk op elkaar. Op het in richtlijn 2014/24 geregelde gebied vormt de eerstgenoemde bepaling volgens mij dus een toepassing van het in de laatstgenoemde bepaling neergelegde beginsel. Zodra de argumenten van de partijen tegen de achtergrond van de bepalingen van de richtlijn zijn beoordeeld, is een afzonderlijke en onafhankelijke beoordeling op grond van artikel 346, lid 1, onder a), VWEU mijns inziens dan ook niet meer nodig.[7] Wat dat betreft merk ik en passant op dat de argumenten van partijen met een dergelijke benadering in overeenstemming lijken.

41. De Poolse regering beroept zich op drie afwijkingen waarin artikel 15, leden 2 en 3, van richtlijn 2014/24 voorziet: dat wil zeggen, alle afwijkingen behalve de afwijking die betrekking heeft op geheime opdrachten (hierna: „litigieuze afwijkingen"). Noch in haar schriftelijke noch in haar mondelinge opmerkingen geeft deze regering echter argumenten waarin specifiek wordt

[5] Zo heeft de onderafdeling van richtlijn 2014/24 waarvan artikel 15 deel uitmaakt als opschrift „Aanbestedingen waaraan defensie- of veiligheidsaspecten verbonden zijn".

[6] Een andere verwijzing naar deze Verdragsbepaling is te vinden in artikel 1, lid 3, van de richtlijn.

[7] Zie naar analogie de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Commissie/Oostenrijk (Staatsdrukkerij) (C-187/16, EU:C:2017:578, punten 43 en 45; hierna: „conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Commissie/Oostenrijk").

ingegaan op een van die afwijkingen, maar ook de argumenten van de Commissie zijn in dat opzicht niet concreter. Hieruit leid ik af dat beide partijen het er, althans in beginsel, over eens zijn dat het analysekader voor de drie litigieuze afwijkingen grotendeels vergelijkbaar is.

42. Ik ben dezelfde mening toegedaan. Ondanks enig tekstueel verschil tussen de verschillende leden of alinea's van artikel 15 van richtlijn 2014/24[8], en bepaalde uitdrukkingen die verwarrend kunnen lijken[9], hebben zij de kernelementen gemeen en dat vereist dus van het Hof een min of meer vergelijkbare beoordeling.

b) Werkingssfeer van de litigieuze afwijkingen

43. De litigieuze afwijkingen bieden elke lidstaat in wezen de mogelijkheid om aanbesteding van bepaalde diensten uit te sluiten van de procedures van richtlijn 2014/24 wanneer aan de volgende voorwaarden is voldaan: i) de beschermde openbare belangen hebben betrekking op de „*veiligheidsbelangen*" van die lidstaat, ii) die belangen kunnen als „*essentieel*" worden beschouwd, iii) de toepassing van de betrokken richtlijn zou volgens die lidstaat *afbreuk* kunnen doen aan de bescherming van die belangen, en iv) de bescherming van die belangen kan niet door *minder ingrijpende maatregelen* worden gewaarborgd.

44. Ik zal nu trachten de betekenis van deze voorwaarden te verduidelijken.

1) Begrip „essentiële veiligheidsbelangen"

45. Wat de voorwaarden i) en ii) betreft, staat het aan elke lidstaat om de specifieke openbare belangen te definiëren die vallen onder zijn „essentiële veiligheidsbelangen".[10] Tegelijkertijd kan de discretionaire bevoegdheid van de lidstaten op dit gebied echter niet volledig vrij zijn, omdat anders de begrippen *essentieel* en *veiligheid* elk nuttig effect zouden verliezen.

46. Ik kan aanvaarden dat het een onmogelijke opgave is om „veiligheid" op een nauwkeurige en uitputtende manier te definiëren. Wat daadwerkelijk onder dat begrip valt, hangt naar mijn mening af van een veelheid van factoren die per lidstaat en ook in de loop der tijd kunnen verschillen. Hetzelfde geldt voor de nadere bepaling dat de door de lidstaten beschermde, met de veiligheid verband houdende belangen „essentieel" moeten zijn. Dat bijvoeglijk naamwoord vergt een beoordeling die onvermijdelijk subjectief is, in ieder geval in enige mate: veel hangt af van historische, politieke en geopolitieke overwegingen die van staat tot staat kunnen verschillen.[11]

[8] Zoals in het bijzonder het feit dat artikel 15, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2014/24, in tegenstelling tot artikel 15, lid 2, eerste alinea, en artikel 15, lid 3, van die richtlijn, niet uitdrukkelijk vereist dat er geen „minder ingrijpende maatregelen" voorhanden zijn. Het is naar mijn mening echter niet van belang dat een dergelijk vereiste ontbreekt, aangezien het evenredigheidsbeginsel dat sowieso meebrengt.

[9] Artikel 15, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2014/24 begint met het woord „voorts", waaruit zou kunnen worden afgeleid dat die alinea een aanvulling vormt op hetgeen in de eerste alinea, is bepaald. Het lijkt mij echter dat de (ruimer geformuleerde) situatie bedoeld in de eerste alinea ook de (enger geformuleerde) situatie bedoeld in de tweede alinea omvat.

[10] Zie in die zin arrest Commissie/Oostenrijk, punt 75.

[11] Om een voorbeeld te geven: de risico's van een eventuele energiecrisis kunnen wellicht als „essentiële veiligheidsbelangen" worden beschouwd door een staat die een belangrijke importeur van energie (of van voor de opwekking van energie gebruikte materialen) is, terwijl dat niet het geval is voor een staat die zelfvoorzienend is op energiegebied. Zie bijvoorbeeld arrest van 10 juli 1984, Campus Oil e.a. (C-72/83, EU:C:1984:256, punten 34 en 35). Dit geldt temeer in de huidige geopolitieke context.

47. Tenzij de voorwaarden van artikel 15, leden 2 en 3, van richtlijn 2014/24 tot een loutere formaliteit worden teruggebracht, moet het Hof evenwel kunnen nagaan of een lidstaat bij het inroepen van de litigieuze afwijkingen de grenzen van zijn beoordelingsvrijheid heeft overschreden [12], aangezien de uitsluiting van aanbesteding bedoeld is ter bescherming van belangen die geen of slechts een los verband hebben met de veiligheid. [13]

48. In dit verband ben ik van mening dat het begrip „veiligheid", dat zowel in artikel 15 van richtlijn 2014/24 als in artikel 346 VWEU voorkomt, overeenkomt met de in verschillende bepalingen van Unierecht voorkomende termen „openbare veiligheid" [14] en „nationale veiligheid" [15] en grotendeels overlapt met (maar aantoonbaar ruimer is dan) de term „binnenlandse veiligheid" [16] die in een aantal andere bepalingen van Unierecht voorkomt.

49. Zoals het Hof met betrekking tot het begrip „nationale veiligheid" heeft opgemerkt, bestaat dit in „het grote belang dat wordt gehecht aan de bescherming van de essentiële staatsfuncties en de fundamentele belangen van de samenleving, en omvat [het begrip] het voorkomen en bestrijden van activiteiten die de fundamentele constitutionele, politieke, economische of sociale structuren van een land ernstig kunnen destabiliseren en, met name, een rechtstreekse bedreiging kunnen vormen voor de samenleving, de bevolking of de staat als zodanig". [17] Met andere woorden, dit begrip ziet op vraagstukken die verband houden met de *veiligheid* van instellingen of mensen van een lidstaat met het oog op bedreigingen van een zekere omvang die voortkomen uit omstandigheden die voor de staat van binnenlandse (georganiseerde misdaad, onlusten enzovoort) of van buitenlandse aard (inlichtingen of contra-inlichtingen, cyberoorlogsvoering enzovoort) zijn. Die bedreigingen kunnen specifiek zijn voor die staat (zoals paramilitaire of gewapende nationalistische groeperingen) of van mondiale aard (zoals een dodelijke pandemie), door de mens zijn veroorzaakt (kernongevallen, milieurampen, terreurdaden enzovoort) of een natuurverschijnsel zijn (aardbevingen, tsunami's, overstromingen enzovoort).

50. Het begrip „essentieel" houdt automatisch een zekere *selectiviteit* in met betrekking tot de openbare functies en belangen die (zelfs indien zij verband houden met de veiligheid) onder deze afwijkingen kunnen vallen. Volgens mij moet dit begrip aldus worden uitgelegd dat de litigieuze afwijkingen beperkt blijven tot de kernonderdelen van het veiligheidsbeleid van de lidstaten, met uitsluiting van aangelegenheden die slechts in een *indirect* of *los* verband staan met de openbare veiligheid. [18]

51. Voor alle duidelijkheid: ik twijfel er niet aan dat door uiteenlopende situaties – gerelateerd aan bijvoorbeeld volksgezondheid, milieubescherming, privacy, overheidsfinanciën enzovoort – wanneer zij een systematisch karakter hebben of grootschalig zijn, mogelijkerwijs ook problemen op het gebied van openbare veiligheid kunnen ontstaan. Niettemin zou ik zeer terughoudend zijn om in te stemmen met een uitlegging van artikel 15, leden 2 en 3, van richtlijn 2014/24 die ertoe zou leiden dat de werkingssfeer van de daarin neergelegde afwijkingen wordt uitgebreid tot alle belangen die, wanneer zij worden geschaad, een onmiddellijke en duidelijke invloed hebben op de veiligheid van de instellingen of de bevolking van een lidstaat.

[12] Zo ook de conclusie van advocaat-generaal Cosmas in de zaak Albore (C-423/98, EU:C:2000:158, punt 58).

[13] Zie in die zin de conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in de zaak Commissie/Duitsland (C-284/05, C-294/05, C-372/05, C-387/05, C-409/05, C-461/05 en C-239/06, EU:C:2009:76, punten 129-133).

[14] Artikelen 36, 45, 52, 65 en 202 VWEU.

[15] Artikel 4, lid 2, VEU.

[16] Artikelen 71, 72 en 276 VWEU.

[17] Arrest van 6 oktober 2020, La Quadrature du Net e.a. (C-511/18, C-512/18 en C-520/18, EU:C:2020:791, punt 135).

[18] Zie bijvoorbeeld artikel 4, lid 2, VEU, dat spreekt van „*essentiële* staatsfuncties, met name de verdediging van de territoriale integriteit van de staat, de handhaving van de openbare orde en de bescherming van de nationale veiligheid" (cursivering van mij).

52. Deze benadering lijkt in overeenstemming met het uitleggingsbeginsel dat uitzonderingen op Unieregels van algemene strekking, zoals aan de orde in het onderhavige beroep, restrictief moeten worden uitgelegd. [19]

2) Afbreuk

53. Wat de in punt 43 hiervoor genoemde voorwaarde iii) betreft, zijn op grond van de eigenlijke bewoordingen van artikel 15, leden 2 en 3, van richtlijn 2014/24 drie opmerkingen op hun plaats.

54. Ten eerste maakt de tekst van de bepaling, waarin de nadruk wordt gelegd op de beoordelingsmarge van de lidstaat („acht", „heeft besloten"), duidelijk dat een lidstaat geen positief en onweerlegbaar bewijs hoeft te leveren dat toepassing van richtlijn 2014/24 met betrekking tot bepaalde overheidsopdrachten daadwerkelijk afbreuk zou doen aan de bescherming van zijn essentiële veiligheidsbelangen. Het volstaat dat een lidstaat aan de hand van specifieke en geloofwaardige elementen uiteenzet [20] waarom hij redelijke gronden heeft aan te nemen [21] dat de toepassing van de aanbestedingsregels met betrekking tot bepaalde overheidsopdrachten zijn essentiële veiligheidsbelangen [22] zou kunnen ondermijnen.

55. Ten tweede volgt uit het voorgaande ook dat de door een lidstaat aangevoerde bedreiging van de veiligheidsbelangen niet echt bestaand of zeker behoeft te zijn: het mogen volgens mij potentiële risico's zijn. [23] Deze risico's kunnen echter niet louter speculatief of hypothetisch zijn, maar moeten wel *reëel* zijn.

56. Ten derde wijst de tekst van artikel 15, leden 2 en 3, van richtlijn 2014/24 („de bescherming […] niet kan worden gewaarborgd", „openbaarmaking in strijd […] met", „de essentiële belangen niet kunnen worden gewaarborgd") er ook op dat de (daadwerkelijke of potentiële) veiligheidsbedreigingen een minimumniveau van ernst moeten hebben. Ik vind het moeilijk om de bewoordingen van deze bepaling zo op te vatten dat hieronder gebeurtenissen of situaties vallen die door hun beperkte schaal, omvang en invloed geen *genoegzaam ernstige* bedreiging vormen voor het goede functioneren van de instellingen van een lidstaat en het algemene welzijn van zijn bevolking. [24]

57. Dit zijn elementen die naar mijn mening door een rechterlijke instantie kunnen worden getoetst. Volgens vaste rechtspraak van het Hof zijn maatregelen die de lidstaten in verband met de legitieme eisen van nationaal belang nemen, niet volledig aan de toepassing van het Unierecht onttrokken alleen omdat zij onder meer de openbare veiligheid dienen. [25] Met name kan noch

[19] Zie arrest Commissie/Oostenrijk, punt 77 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

[20] Het belang van de motiverings- en bewijsplicht van de lidstaten ter zake wordt benadrukt in de conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in de zaak Commissie/Duitsland (C-284/05, C-294/05, C-372/05, C-387/05, C-409/05, C-461/05 en C-239/06, EU:C:2009:76, punten 131, 142 en 160), en in de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Commissie/Oostenrijk, punt 48.

[21] Zie over de noodzaak om de vraag vanuit het oogpunt van de lidstaat te behandelen naar analogie de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Commissie/Griekenland (C-120/94, EU:C:1995:109, punt 58).

[22] Zie naar analogie arrest van 16 september 1999, Commissie/Spanje (C-414/97, EU:C:1999:417, punt 24).

[23] Zie in die zin en naar analogie de conclusie van advocaat-generaal Cosmas in de zaak Albore (C-423/98, EU:C:2000:158, punt 31).

[24] Zie in die zin arresten van 13 juli 2000, Albore (C-423/98, EU:C:2000:401, punt 22), en 14 maart 2000, Église de scientologie (C-54/99, EU:C:2000:124, punt 17 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[25] Zie de uitspraak in het arrest Commissie/Oostenrijk, punt 76 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

artikel 15, leden 2 en 3, van richtlijn 2014/24 noch artikel 346, lid 1, onder a), VWEU aldus worden uitgelegd dat zij de lidstaten de bevoegdheid verlenen om louter met een beroep op die belangen van de bepalingen van de richtlijn af te wijken. [26]

58. Gelet op de aanzienlijke speelruimte die de lidstaten op dit gebied wordt gelaten [27] moet het Hof volgens mij evenwel toetsen aan de maatstaf van de redelijkheid of aannemelijkheid. [28]

3) Evenredigheid van de maatregel

59. Ten slotte behelst de in punt 43 genoemde voorwaarde iv) het niet beschikbaar zijn van „minder ingrijpende maatregelen". Dit betekent dat een lidstaat, om rechtsgeldig een beroep te kunnen doen op de afwijkingen van artikel 15, leden 2 en 3, van richtlijn 2014/24, overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel moet aantonen dat de uitsluiting van de betrokken overheidsopdrachten van de aanbestedingsprocedures een maatregel is die *passend* en *noodzakelijk* is om de wezenlijke veiligheidsbelangen van die staat te beschermen.

60. Een bepaald punt kan in dit verband uitleg behoeven: de Poolse regering betoogt dat het de lidstaten volgens de litigieuze bepalingen vrij staat de mate van bescherming van hun veiligheidsbelangen vast te stellen op het niveau dat zij het meest passend achten. Bijgevolg kunnen de nationale maatregelen die zijn vastgesteld om dat beschermingsniveau te waarborgen, niet als onevenredig worden beschouwd, tenzij dat niveau ook met de beschikbare alternatieve maatregelen kan worden gewaarborgd. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat een lidstaat niet kan worden gedwongen een lager niveau van bescherming te aanvaarden dan hij zelf heeft gekozen omdat de alternatieve maatregelen minder beperkend zouden zijn voor de handel binnen de Unie.

61. Op de vraag ter terechtzitting of zij deze opvatting deelt, heeft de Commissie ontkennend geantwoord. Ik heb echter de indruk dat de Commissie moeite had haar standpunt te motiveren en dat zij in elk geval geen enkele bepaling van Unierecht heeft aangevoerd die de Europese Unie de bevoegdheid verleent om de keuzes van de lidstaten op dat punt te toetsen.

62. Wat dat betreft ben ik geneigd het standpunt van de Poolse regering te onderschrijven. Tenzij een aangelegenheid van zodanige aard en omvang is dat zij de veiligheid *van de Europese Unie* raakt, en dus onder het gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid valt [29], heeft de Europese Unie geen speciale bevoegdheid met betrekking tot de nationale/openbare veiligheid *van de lidstaten*. De relevante bepalingen van het Verdrag zijn juist in wezen bedoeld om grenzen te stellen aan het optreden van de Europese Unie, ofwel in algemene zin [30] ofwel wanneer zij optreedt op bepaalde specifieke gebieden (zoals de interne markt [31] en de ruimte van vrijheid,

[26] Zie naar analogie arrest van 2 april 2020, Commissie/Polen, Hongarije en Tsjechië (Tijdelijk herplaatsingsmechanisme voor aanvragers van internationale bescherming) (C-715/17, C-718/17 en C-719/17, EU:C:2020:257, punt 145 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[27] Zie arrest van 30 september 2003, Fiocchi munizioni/Commissie (T-26/01, EU:T:2003:248, punt 58).

[28] Zie hierover meer in het algemeen mijn conclusie in de zaak ECB/Crédit Lyonnais (C-389/21 P, EU:C:2022:844, punten 41-74).

[29] Zie met name artikel 24, lid 1, VEU („De bevoegdheid van de Unie met betrekking tot het gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid bestrijkt […] alle vraagstukken die verband houden met de *veiligheid van de Unie*") en artikel 42, lid 1, VEU („Het *gemeenschappelijk veiligheids-* en defensiebeleid is een integrerend deel van het gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid"). Cursivering van mij.

[30] Zoals hierboven vermeld bepaalt artikel 4, lid 2, VEU onder meer dat de Europese Unie de essentiële staatsfuncties van de lidstaten eerbiedigt, „met name de verdediging van de territoriale integriteit van de staat, de handhaving van de openbare orde en de *bescherming van de nationale veiligheid*". Cursivering van mij.

[31] Zie de artikelen 36, 45, 52 en 65 VWEU.

veiligheid en recht [32]), wanneer dat de veiligheidsbelangen van de lidstaten kan aantasten. Zoals het Hof steeds heeft benadrukt, volgt uit artikel 4, lid 2, VEU dat „de nationale veiligheid […] uitsluitend de verantwoordelijkheid van elke lidstaat" blijft. [33]

c) Bewijslast

63. Vast staat dat het in het kader van een beroep krachtens artikel 258 VWEU aan de Commissie staat om het bestaan van de gestelde niet-nakoming aan te tonen. Die instelling dient het Hof de gegevens te verschaffen die het nodig heeft om uit te maken of er sprake is van niet-nakoming zonder dat zij zich daarbij op een rechtsvermoeden kan baseren. [34]

64. Zodra de Commissie voldoende bewijs heeft aangevoerd om de relevante feiten te onderbouwen, moet vervolgens de verwerende lidstaat het aldus overgelegde bewijs en de daaruit voortvloeiende gevolgen inhoudelijk en gedetailleerd betwisten. [35] Wanneer een lidstaat zich beroept op een in het Unierecht neergelegde afwijking, zoals in de onderhavige procedure, staat het met name aan die lidstaat om te bewijzen dat aan de relevante voorwaarden is voldaan. [36] Onder de op de verwerende lidstaat rustende verplichting valt het vereiste om de geschiktheid en de evenredigheid van de door hem genomen maatregel te onderzoeken en specifieke gegevens aan te dragen ter onderbouwing van zijn betoog. [37]

65. De bewijslast voor die lidstaat kan echter niet zo zwaar zijn dat deze positief moet aantonen dat dit doel met geen enkele andere voorstelbare maatregel onder dezelfde omstandigheden kan worden bereikt, aldus het Hof. [38] Dat betekent naar mijn mening dat de lidstaten vóór de vaststelling van afwijkingen van het Unierecht grondig moeten onderzoeken of het mogelijk is minder beperkende maatregelen te nemen [39], maar dat van hen niet kan worden verlangd dat zij elke alternatieve maatregel benoemen die hypothetisch in overweging zou kunnen worden genomen en dat zij uitleggen waarom die maatregelen alle moeten worden verworpen. Daaraan zou ik willen toevoegen dat van een lidstaat niet kan worden verlangd dat hij alternatieve maatregelen treft wanneer de haalbaarheid of doeltreffendheid van die maatregelen onzeker is of voor de betrokken lidstaat tot een onaanvaardbare (organisatorische of financiële) belasting zou leiden.

66. In het licht van dit analytische kader zal ik nu de argumenten van de partijen ten gronde onderzoeken.

[32] Zie de artikelen 71, 72 en 276 VWEU.

[33] Zie arrest van 5 april 2022, Commissioner of the Garda Síochána e.a., C-140/20, EU:C:2022:258, punt 57 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

[34] Zie onder meer arrest van 26 april 2018, Commissie/Bulgarije (C-97/17, EU:C:2018:285, punt 69 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[35] Zie in die zin arrest van 24 juni 2021, Commissie/Spanje (Achteruitgang van het natuurgebied Doñana) (C-559/19, EU:C:2021:512, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[36] Zie in die zin arrest van 21 januari 2016, Commissie/Cyprus (C-515/14, EU:C:2016:30, punt 54 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[37] Zie in die zin arrest van 23 januari 2014, Commissie/België (C-296/12, EU:C:2014:24, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[38] Zie arrest van 29 juli 2019, Commissie/Oostenrijk (Civiel ingenieurs, octrooigemachtigden en dierenartsen) (C-209/18, EU:C:2019:632, punt 82 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[39] Zie in die zin arrest van 21 december 2011, Commissie/Oostenrijk (C-28/09, EU:C:2011:854, punt 140 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

2. Analyse van de argumenten van de partijen

67. Om vast te stellen of de Republiek Polen in casu de krachtens richtlijn 2014/24 op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen, moet in de eerste plaats worden nagegaan of de belangen die de betrokken nationale regeling beoogde te beschermen, kunnen worden beschouwd als „*essentiële veiligheidsbelangen*" in de zin van artikel 15, leden 2 en 3, van die richtlijn. In de tweede plaats moet worden nagegaan of de betrokken lidstaat gegronde redenen had om aan te nemen dat de toepassing van de aanbestedingsregels op de betrokken overheidsopdrachten aanleiding zou kunnen zijn voor bedreigingen van de openbare veiligheid die reëel en voldoende ernstig zijn. In de derde plaats moet de evenredigheid van de betrokken nationale regeling worden onderzocht.

68. In dit stadium zijn enkele inleidende opmerkingen echter op hun plaats.

a) Inleidende opmerkingen

69. Ik moet direct opmerken dat de juridische beoordeling in de onderhavige zaak soms ingewikkeld wordt gemaakt doordat beide partijen hun argumenten grotendeels op een algemene manier hebben gegeven, terwijl het bij de documenten en andere voorwerpen waarvan de vervaardiging in de betrokken nationale wetgeving van aanbesteding wordt uitgesloten gaat om een betrekkelijk grote en diverse reeks, zoals de Commissie terecht opmerkt.

70. Ik denk niet dat die documenten en voorwerpen in het kader van deze procedure kunnen worden behandeld alsof ze tot een homogene groep behoren. Zij bevatten geen vergelijkbare gegevens en vervullen niet dezelfde functie. Zij worden, althans tot op zekere hoogte, ook vervaardigd uit verschillende materialen en op basis van verschillende technieken. De redenen voor de uitsluiting van deze documenten van aanbestedingen variëren en het is onmiskenbaar dat die documenten uiteenlopen – zelfs aanzienlijk – qua gevoeligheid en qua vermogen om de veiligheidsbelangen van de Republiek Polen aan te tasten.

71. Het is dus nauwelijks verrassend dat de door een van de partijen naar voren gebrachte argumenten vaak wel een zekere overtuigingskracht hebben, maar alleen met betrekking tot *een deel* van de litigieuze documenten. Deze discrepantie tussen de juridische argumenten van partijen en de onderliggende feitelijke situatie heeft volgens mij aanzienlijke gevolgen voor het juridische onderzoek dat het Hof in de onderhavige zaak moet doen en, meer in het bijzonder, voor de wijze waarop dit geschil kan worden beslecht. Ik kom hier aan het einde van deze conclusie op terug.

b) Bescherming van essentiële veiligheidsbelangen

72. De Poolse regering stelt dat de vervaardiging van de litigieuze documenten een activiteit is die haar essentiële veiligheidsbelangen kan schaden in de zin van artikel 15, leden 2 en 3, van richtlijn 2014/24. Het hoofdargument van de Poolse regering is in wezen tweeledig. Ten eerste noemt zij het belang van de continuïteit van de afgifte van de benodigde documenten om te zorgen dat het overheidsapparaat goed en ononderbroken kan functioneren. Ten tweede benadrukt die regering dat voor het vervaardigen van de betrokken documenten vertrouwelijke (of geheime) informatie moet worden gebruikt die niet mag worden gelekt naar onbevoegden en waarvan de specifieke

technologieën en kennis niet in handen van zulke personen mogen komen. In dat verband verwijst de Poolse regering naar veiligheidsbedreigingen door verschijnselen als cyberoorlogsvoering, terrorisme, georganiseerde misdaad, mensenhandel en migrantensmokkel.

73. Ik ben van mening dat de beslissing om de continuïteit van de afgifte van de documenten die het ambtelijk apparaat nodig heeft om goed te kunnen functioneren, te beschouwen als een van de essentiële veiligheidsbelangen binnen de beoordelingsmarge van een lidstaat valt. Ik heb er geen moeite mee de opvatting van de Poolse regering te onderschrijven dat de bestrijding van cyberoorlogsvoering, terrorisme, georganiseerde misdaad, mensenhandel en migrantensmokkel niet alleen direct onder het begrip „nationale/openbare veiligheid" valt, maar ook kan worden beschouwd als een kernelement van – en dus „essentieel" voor – haar veiligheidsbeleid.

74. Ik moet in dat verband opmerken dat zowel in hun schriftelijke opmerkingen als ter terechtzitting de vraag is behandeld of het uitsluiten van bepaalde specifieke documenten van de aanbestedingsregels daadwerkelijk verband hield met de bestrijding van de bovengenoemde bedreigingen. Ik heb de indruk dat de Poolse regering op dit punt in haar antwoorden vaag was en ten slotte heeft verwezen naar andere doelstellingen die met de betrokken uitsluitingen zouden worden nagestreefd. Zij verwees met name naar de volgende maatschappelijke belangen: (i) bescherming van de consument en de volksgezondheid met betrekking tot de vergunningen om als arts of tandarts te werken, (ii) bescherming van de staatskas met betrekking tot accijnszegels, (iii) waarborging van de veiligheid van voertuigen met betrekking tot de documenten die gaan over de status van die voertuigen, en (iv) waarborging van het vertrouwen van het publiek in de uitslag van verkiezingen met betrekking tot stembiljetten en hologrammen op stemrechtcertificaten.

75. Hoewel ik het ermee eens ben dat het vertrouwen van het publiek in het eerlijke verloop van verkiezingen kan worden beschouwd als een van de essentiële veiligheidsbelangen van een lidstaat, vind ik de argumenten van de Poolse regering met betrekking tot de andere in het vorige punt van deze conclusie genoemde belangen niet overtuigend. Zoals gezegd kunnen er zeker omstandigheden zijn waarin bedreigingen van de volksgezondheid kunnen worden beschouwd als bedreigingen die essentiële veiligheidsbelangen negatief beïnvloeden. Ik zou evenmin willen uitsluiten dat in zeer uitzonderlijke omstandigheden bedreigingen voor de overheidsfinanciën van een zodanige omvang en ernst kunnen zijn dat zij kunnen worden geacht invloed te hebben op de essentiële veiligheidsbelangen van een lidstaat.[40] Het is echter niet eenvoudig om omstandigheden te bedenken waarin problemen op het gebied van consumentenbescherming of verkeersveiligheid onder het begrip „essentiële veiligheidsbelangen" zouden vallen.

76. Niettemin zie ik, afgezien van het voorgaande, geen specifieke bedreigingen of risico's voor de volksgezondheid, consumentenbescherming, verkeersveiligheid en overheidsfinanciën die in het onderhavige geval qua ernst de drempelwaarde zouden kunnen bereiken die nodig is om geloofwaardig te worden aangemerkt als „essentieel veiligheidsbelang", en ook de Poolse regering heeft die niet genoemd. De door die regering aangevoerde enkele feiten dat het kan voorkomen dat mensen als gevolg van valse medische certificaten worden behandeld door personen zonder de juiste medische kwalificaties, en dat valse accijnszegels kunnen leiden tot inkomstenderving voor de Poolse schatkist, zijn naar mijn mening bijvoorbeeld duidelijk ontoereikend om toepassing van de afwijkingen van artikel 15, leden 2 en 3, van richtlijn 2014/24 te rechtvaardigen.

[40] Vaste rechtspraak op dit gebied is zeer strikt: economische belangen vormen in beginsel geen wezenlijke veiligheidsbelangen. Zie in die zin arrest van 16 september 1999, Commissie/Spanje (C-414/97, EU:C:1999:417, punt 22).

77. Onder de litigieuze documenten zijn er bovendien een paar waarvan de Poolse regering het logische verband met de bescherming van haar veiligheidsbelangen niet heeft toegelicht. Ik zie voor deze documenten evenmin een dergelijk duidelijk verband. Om er een paar te noemen: legaliseringszegels en controlestickers uit de verkeerswetgeving, zeemansboekjes, documenten voor de burgerlijke stand, executoriale titels, vonnissen of beslissingen van rechterlijke instanties of gerechtsdeurwaarders, certificaten voor vliegtuigbemanningsleden, verklaringen van handicap, rijbewijzen, voertuigboekjes, tachograafkaarten en dienstkaarten van bepaalde ambtenaren zoals belasting- en douaneambtenaren of wegvervoersinspecteurs.

78. In het licht van het voorgaande mag de Republiek Polen zich in het onderhavige geval naar mijn mening rechtsgeldig op de litigieuze afwijkingen beroepen voor zover de uitsluitingen van aanbestedingsregels zich richten op: (i) bescherming van die lidstaat tegen de dreiging die uitgaat van cyberoorlogsvoering, terrorisme, georganiseerde misdaad, mensenhandel en migrantensmokkel, (ii) waarborgen van het vertrouwen van de burger in de uitslag van verkiezingen, en (iii) garanderen van de afgifte van voor het functioneren van het openbaar bestuur benodigde documenten. De andere aangevoerde risico's voor de veiligheid van de Republiek Polen – zoals die voor de volksgezondheid, consumentenbescherming, verkeersveiligheid en de overheidsfinanciën – zijn mijns inziens daarentegen niet van dien aard dat zij de toepassing van de litigieuze afwijkingen kunnen rechtvaardigen.

c) Afbreuk aan de veiligheidsbelangen

79. Wat de waarschijnlijkheid en de ernst van de afbreuk aan de betrokken veiligheidsbelangen betreft, ben ik van mening dat de Poolse regering zich redelijkerwijs op het standpunt kan stellen dat de vervaardiging van de litigieuze documenten, indien zij wordt toevertrouwd aan een onderneming die niet aan hoge veiligheidsnormen voldoet, zowel reële als aanzienlijke bedreigingen voor haar essentiële veiligheidsbelangen kan opleveren.

80. Zoals de Poolse regering betoogt en de Commissie erkent, zou de schade die uit het uitlekken kan voortvloeien in bepaalde omstandigheden vrijwel onomkeerbaar kunnen zijn. De schade zou inderdaad blijvend kunnen zijn en moeilijk te herstellen: de vervalste documenten kunnen nog enige tijd blijven circuleren en nieuwe kunnen gemakkelijk worden vervaardigd. Het valt niet uit te sluiten dat in extreme omstandigheden bepaalde wijzigingen nodig zijn in de voor de afgifte van een aantal litigieuze documenten gebruikte procedures en technieken om meer bedreigingen in de toekomst te voorkomen.

81. Ik betwijfel echter of een eventuele verstoring van de vervaardiging van elk afzonderlijk document op de betrokken lijst kan worden beschouwd als een verstoring die een voldoende ernstige bedreiging vormt voor het goede functioneren van het Poolse overheidsapparaat. De noodzaak om de continuïteit van de afgifte te verzekeren kan mijns inziens slechts geldig worden ingeroepen met betrekking tot documenten die ten aanzien van essentiële taken van de Staat voor het overheidsapparaat strikt noodzakelijk en onvervangbaar zijn, waarbij zelfs een relatief kleine vertraging in de afgifte van deze documenten niet kan worden toegestaan. Het overgrote deel van de litigieuze documenten lijkt mij niet aan die criteria te voldoen.

d) Evenredigheidsbeginsel

82. Ten derde moet worden nagegaan of het besluit van de Poolse regering om de betrokken overheidsopdrachten uit te sluiten van de toepassing van de aanbestedingsregels in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel. Om de bevoegdheid van de lidstaten op het gebied van nationale/openbare veiligheid te eerbiedigen, lijkt het mij in het licht van de formulering van de betrokken bepalingen [41] evenwel dat voor een evenredigheidstoets slechts twee stappen nodig zijn [42]. Dat betekent dat het Hof alleen maar hoeft na te gaan of de betrokken nationale regeling geschikt is om het gestelde doel te verwezenlijken en niet verder gaat dan voor dat doel strikt noodzakelijk is.

1) Geschiktheid van de maatregel

83. Met betrekking tot de vraag of de uitsluiting geschikt is om het vastgestelde doel te bereiken kan de beoordeling relatief simpel zijn: het is voor mij duidelijk dat door de centralisering van de vervaardiging van de litigieuze documenten bij één enkele entiteit die volledig in handen is van de Staat en rechtstreeks onder diens zeggenschap valt, en die actief is op Pools grondgebied, het risico kan afnemen dat i) onbevoegd personeel toegang krijgt tot gevoelig materiaal en vertrouwelijke (of geheime) informatie en aldus de betrokken documenten kan vervalsen of de daarvoor vereiste technologie en kennis kan kopiëren [43], en ii) de onderneming in financiële moeilijkheden komt, wat een gevaar kan vormen voor de continuïteit van de afgifte van de litigieuze documenten.

84. De overheid kan tenslotte ingrijpen en eventueel het laatste woord hebben bij alle door de entiteit gemaakte belangrijke keuzes (op operationeel, commercieel, technisch, personeelsgebied enzovoort). De controlebevoegdheden (bijvoorbeeld over de bedrijfspanden of het personeel van de entiteit) kunnen in voorkomend geval ook worden uitgeoefend door gebruik te maken van aan politiediensten verleende bevoegdheden. Het feit dat de opdrachtnemer volledig in handen is van de Staat (en dat het nationale recht bepaalde beperkingen stelt ten aanzien van de verkoop van zijn aandelen) is ook een garantie dat de eigendom van de opdrachtnemer niet „in verkeerde handen kan vallen", hetgeen zich wel zou kunnen voordoen bij ondernemingen met beursgenoteerde aandelen. De overheidscontrole zou de bevoegde autoriteiten bovendien in staat moeten stellen gemakkelijker en sneller situaties op te merken waarin de onderneming het financieel moeilijk heeft, waardoor zij in staat zijn tijdig passende bijsturingsmaatregelen te treffen.

85. Bijgevolg lijkt de betrokken nationale regeling een zinvolle bijdrage te kunnen leveren aan de bescherming van de door de Republiek Polen aangevoerde veiligheidsbelangen.

2) Noodzaak van de maatregel

86. Het tweede aspect, dat van de noodzaak van de maatregel, roept naar mijn mening complexere vragen op.

41 Zie de punten 8 en 59 hierboven.

42 De volledige evenredigheidstoets houdt in dat het Hof nagaat of de nationale maatregel een goed evenwicht biedt tussen de betrokken belangen: het belang dat de staat met de betrokken maatregel nastreeft en het belang van de door deze maatregel benadeelde personen. Zie in die zin arrest van 6 oktober 2020, Commissie/Hongarije (Hoger onderwijs) (C-66/18, EU:C:2020:792, punten 178 en 179 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

43 Zo ook de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Commissie/Oostenrijk, punt 56.

87. De cruciale vraag is of de Poolse regering heeft aangetoond dat toepassing van de litigieuze afwijkingen *noodzakelijk* was om haar wezenlijke veiligheidsbelangen te beschermen. Daartoe diende die regering aan te tonen dat in de behoefte aan de bescherming van die belangen *niet had kunnen worden voorzien* in het kader van een oproep tot mededinging als bedoeld in richtlijn 2014/24. [44]

88. In dit verband mag niet uit het oog worden verloren dat het door de Poolse regering gekozen niveau van bescherming van de betrokken belangen te oordelen naar haar betoog in deze procedure bijzonder hoog is. Zoals vermeld in de punten 60 tot en met 62 hierboven is dit een element waarmee rekening moet worden gehouden bij de beoordeling of er minder beperkende maatregelen bestaan.

89. De Commissie voert in wezen aan dat een combinatie van strenge technische specificaties (krachtens artikel 42 van richtlijn 2014/24 [45]) en selectiecriteria (krachtens artikel 58 van richtlijn 2014/24 [46]) net zo doeltreffend zou zijn voor de bescherming van de door de Poolse regering aangevoerde belangen als de uitsluiting van aanbestedingen. De Commissie wijst ook op de bepalingen op grond waarvan aanbestedende diensten in bepaalde omstandigheden overheidsopdrachten kunnen wijzigen (artikel 72 van richtlijn 2014/24 [47]) en beëindigen (artikel 73 van richtlijn 2014/24 [48]).

90. Volgens mij heeft de Commissie tot op zekere hoogte een steekhoudend argument. Wat het waarborgen van de continuïteit van de afgifte betreft, is er zeker geen reden om aan te nemen dat particuliere ondernemingen per definitie minder garanties bieden. Zoals ter terechtzitting door de Poolse regering is bevestigd, is PWPW een *spółką akcyjną*, dat wil zeggen een vennootschap op aandelen die – althans formeel – vergelijkbaar is met vele andere vennootschappen met particulier kapitaal. Als zodanig kan die vennootschap in financieel zwaar weer terecht komen en, ingeval haar financiële situatie ernstig verslechtert, zelfs failliet gaan.

91. Natuurlijk begrijp ik dat de Poolse regering haar uiterste best zou doen om die vennootschap financieel levensvatbaar te houden en haar zo nodig van een faillissementsprocedure te redden. Zoals de Commissie terecht opmerkt, kunnen er echter grenzen zijn aan de mogelijkheden van die overheid om dat te doen. Met name Uniewetgeving inzake toezicht op staatssteun zou van toepassing kunnen zijn. In dit verband mag niet worden vergeten dat PWPW actief is op

[44] Zie in die zin arrest Commissie/Oostenrijk, punten 78 en 79 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

[45] Met name artikel 42, lid 1, van richtlijn 2014/24 luidt: „De technische specificaties […] worden uitgeschreven in de aanbestedingsstukken. In de technische specificaties worden de voor een werk, dienst of levering gestelde kenmerken voorgeschreven."

[46] Artikel 58 van richtlijn 2014/24, met als opschrift „Selectiecriteria", bepaalt in het eerste lid dat de selectiecriteria betrekking kunnen hebben op: a) geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen; b) de economische en financiële draagkracht; en c) de technische en beroepsbekwaamheid. In het derde lid van die bepaling staat te lezen dat „[m]et betrekking tot de economische en financiële draagkracht, […] de aanbestedende diensten eisen [kunnen] stellen om ervoor te zorgen dat ondernemers over de nodige economische en financiële draagkracht beschikken om het contract uit te voeren". In het vierde lid van deze bepaling staat voorts: „[m]et betrekking tot de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid kunnen aanbestedende diensten eisen opleggen opdat ondernemers over de noodzakelijke personele en technische middelen en ervaring beschikken om de opdracht volgens een passende kwaliteitsnorm uit te voeren. De aanbestedende diensten kunnen met name eisen dat de ondernemers een voldoende mate van ervaring hebben die kan worden aangetoond met geschikte referenties inzake in het verleden uitgevoerde opdrachten."

[47] Volgens artikel 72, lid 1, onder c), van richtlijn 2014/24 kunnen opdrachten en raamovereenkomsten zonder nieuwe aanbestedingsprocedure worden gewijzigd wanneer onder meer aan een aantal cumulatieve voorwaarden is voldaan. Een van die voorwaarden [punt i)] is dat „de behoefte aan wijziging […] het gevolg [is] van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien".

[48] Artikel 73 van richtlijn 2014/24 betreft de omstandigheden waarin de aanbestedende diensten de mogelijkheid hebben om een overheidsopdracht te beëindigen tijdens de looptijd.

uiteenlopende gebieden (grafische vormgeving, vervaardiging en personalisatie van diverse documenten, aanbod van IT-oplossingen enzovoort) en op verscheidene geografische markten (zowel binnen als buiten de Europese Unie) en concurreert met andere ondernemingen.

92. Volgens mij kan gemakkelijk worden voorzien in een aantal maatregelen om de door de Poolse regering aangevoerde risico's voor de continuïteit van de afgifte tot een minimum te beperken. Zo staat niets eraan in de weg dat die regering van inschrijvers/opdrachtnemers verlangt dat zij onder meer: (i) voldoen aan strenge financiële criteria voor deelname aan de aanbesteding, (ii) periodiek gedetailleerde financiële overzichten en verslagen indienen zodat de overheid de „gezondheid" van de onderneming kan controleren, en (iii) zich ertoe verbinden om in geval van faillissement (of wanneer zij niet in staat blijken de overeenkomst naar behoren uit te voeren) de vervaardiging over te dragen.

93. Daarom ben ik van mening dat de betrokken nationale regeling, voor zover zij tot doel heeft de continuïteit van de afgifte van de litigieuze documenten te verzekeren, verder gaat dan nodig is om te waarborgen dat de door de Poolse regering aangevoerde essentiële veiligheidsbelangen worden beschermd. Eenzelfde niveau van bescherming van die belangen zou ook kunnen worden bereikt indien de vervaardiging van de betrokken documenten via een aanbestedingsprocedure aan een of meer ondernemingen zou worden toevertrouwd.

94. Daartegenover staat dat de door de Commissie voorgestelde maatregelen om te voorkomen dat informatie of technologie uitlekt volgens mij niet zo doeltreffend zijn als de uitsluiting van aanbestedingen. Met andere woorden, naar mijn mening zou met die alternatieve maatregelen niet het niveau van bescherming worden bereikt waarvoor de Poolse regering heeft gekozen.

95. Om te beginnen is het mij duidelijk dat de enkele toevoeging aan de overeenkomst van regels betreffende tuchtrechtelijke of financiële aansprakelijkheid en schadevergoeding in geval van lekken of andere inbreuken op de veiligheidsvoorschriften, niet net zo effectief is: de gedachte achter het uitsluiten van bepaalde opdrachten van aanbestedingen is juist het risico dat de schade zich voordoet tot een minimum beperken. Een financiële compensatie achteraf door de opdrachtnemer of het opleggen van disciplinaire sancties aan de betrokken personen lijkt voor de Republiek Polen weinig nut te hebben en derhalve geen goed alternatief voor krachtiger maatregelen vooraf waarmee inbreuken kunnen worden voorkomen. Ik ben mij er uiteraard van bewust dat clausules voor schadevergoeding en aansprakelijkheid ook bedoeld zijn om potentiële inbreukmakers te ontmoedigen. Wanneer het erom gaat personen met mogelijke banden met bijvoorbeeld terroristische groeperingen, buitenlandse geheime diensten of machtige criminele organisaties ervan te weerhouden om te proberen toegang te krijgen tot zeer gevoelige informatie, lijkt de preventieve werking van dergelijke clausules echter beperkt.

96. Om het vermogen van de Poolse regering te waarborgen om in voorkomend geval gebruik te maken van de overheidsbevoegdheden van politiediensten ter controle van de betrokken onderneming en haar personeel, heeft de Commissie voorgesteld om de opdrachtnemer te verplichten om zijn werkzaamheden in Polen uit te voeren. In dat verband wijst de Commissie op het feit dat andere in Polen gevestigde ondernemingen al over de vereiste veiligheidscertificaten beschikken om activiteiten als die van PWPW uit te voeren.

97. Een aantal argumenten van de Commissie heeft een bepaald gezag. De opdrachtnemer zou immers kunnen worden gevraagd om de gevoeligste documenten in Polen te vervaardigen, waardoor doeltreffender kan worden gecontroleerd en in voorkomend geval door de overheid kan worden gehandhaafd.

98. De Poolse regering kan het echter van belang achten, wat mij betreft terecht, om invloed te kunnen uitoefenen op of toezicht te kunnen houden op een aantal belangrijke door de onderneming genomen beslissingen die directe of indirecte gevolgen zouden kunnen hebben voor de veiligheid van de door die onderneming uitgevoerde activiteiten (aannemen van personeel, om maar een voorbeeld te noemen). Het lijdt geen twijfel dat de interventiemogelijkheden die de overheid kan inzetten bij een overheidsbedrijf groter zijn dan bij een particulier bedrijf, ongeacht de clausules en waarborgen die eventueel in de overeenkomst kunnen worden opgenomen. Zoals ik al meerdere malen heb vermeld, staat het in beginsel aan de Republiek Polen om het passende niveau te kiezen voor de bescherming van de betrokken belangen.

99. Dezelfde overwegingen kunnen van overeenkomstige toepassing zijn op de vervaardiging van stembiljetten en hologrammen op stemrechtcertificaten.

100. Ik ben bijgevolg van mening dat de Republiek Polen zich kan beroepen op artikel 15, leden 2 en 3, van richtlijn 2014/24, voor zover de uitsluitingen van aanbestedingen betrekking hebben op documenten waarvan de vervalsing negatieve gevolgen kan hebben voor haar strijd tegen cyberoorlogsvoering, terrorisme, mensenhandel, migrantensmokkel en georganiseerde misdaad, alsmede op documenten die gevolgen kunnen hebben voor de juistheid en eerlijkheid van verkiezingen (of de maatschappelijke perceptie daarvan).

3. Conclusies: afdoening van de onderhavige zaak

101. Bovenstaande analyse leidt mij tot de volgende conclusies.

102. Ten eerste kan een aantal van de door de Poolse regering in de onderhavige procedure aangevoerde belangen worden beschouwd als „essentiële veiligheidsbelangen” in de zin van artikel 15, leden 2 en 3, van richtlijn 2014/24. Ik doel op de behoeften om i) cyberoorlogsvoering, terrorisme, mensenhandel, migrantensmokkel en georganiseerde misdaad te bestrijden, ii) de continuïteit van de afgifte van de documenten die nodig zijn voor het functioneren van het openbaar bestuur te waarborgen, en iii) het vertrouwen van de burger in een eerlijke verkiezingsuitslag te waarborgen. In het onderhavige geval heb ik daarentegen geen enkel element gevonden dat rechtvaardigt dat belangen op het gebied van volksgezondheid, consumentenbescherming, verkeersveiligheid en bescherming van de overheidsfinanciën worden behandeld als „essentiële veiligheidsbelangen” in de zin van richtlijn 2014/24.

103. Ten tweede ben ik van mening dat de Republiek Polen gegronde redenen heeft om zich op het standpunt te stellen dat de bedreiging die zij met de betrokken nationale regeling wil voorkomen of wil minimaliseren, reëel en voldoende ernstig is. Ik zie niet dat een dergelijk gevaar dreigt wanneer de documenten waarvan de Republiek Polen de continuïteit van de afgifte wil waarborgen, niet onvervangbaar of onmisbaar zijn voor het goede functioneren van het overheidsapparaat.

104. Ten derde voldoet de betrokken nationale regeling slechts gedeeltelijk aan het evenredigheidsbeginsel, doordat de vervaardiging van de litigieuze documenten is ondergebracht bij één enkele entiteit die volledig in handen is van en rechtstreeks onder diens zeggenschap valt. Meer in het bijzonder kan de regeling enkel als noodzakelijk worden beschouwd om het door de Poolse regering gekozen passende beschermingsniveau te bereiken in geval van documenten waarvan de vervalsing de strijd van de Republiek Polen tegen cyberoorlogsvoering, terrorisme, mensenhandel, migrantensmokkel of georganiseerde misdaad daadwerkelijk kan schaden, of het

vertrouwen van de burger in het resultaat van de verkiezingen kan ondermijnen. Daartegenover staat dat er alternatieve, minder ingrijpende maatregelen bestaan om de door die regering aangevoerde risico's voor de continuïteit van de afgifte van de litigieuze documenten af te wenden.

105. Al het bovenstaande betekent volgens mij dat zowel de Commissie als de Republiek Polen in de onderhavige procedure deels in het gelijk en deels in het ongelijk moet worden gesteld. Als dat zo is, wordt de cruciale vraag uiteraard in hoeverre dit beroep gegrond of ongegrond moet worden verklaard.

106. Om deze vraag te beantwoorden, moet ik nu terugkomen op de problematiek die ik in mijn inleidende opmerkingen heb behandeld: zowel de Commissie als de Poolse regering hebben hun argumenten voor het grootste deel op een algemene manier uiteengezet, terwijl de documenten en andere voorwerpen die in de betrokken nationale regeling van aanbesteding zijn uitgesloten, een betrekkelijk grote en diverse reeks vormen. [49]

107. Op de vraag ter terechtzitting of zij meenden naar behoren rekening te hebben gehouden met de specifieke kenmerken van elk document waren beide partijen van mening dat zij daartoe niet verplicht waren. De Poolse regering herhaalde haar standpunt dat alle litigieuze documenten van cruciaal belang zijn voor de bescherming van haar veiligheidsbelangen en dat zij bijgevolg allemaal van aanbesteding kunnen worden uitgesloten. De Commissie stelde van haar kant dat de Poolse regering tot dusver had geweigerd hierover een zinvolle discussie te voeren en dat het in ieder geval aan die regering was om het Hof de specifieke kenmerken van ieder document toe te lichten.

108. Ik kan niet verbloemen dat ik gefrustreerd was toen ik die antwoorden ontving. Door die benadering van de partijen en ondanks een zorgvuldige beoordeling van de middelen van de Commissie en de bezwaren van de Republiek Polen, en een onderzoek van het door beide partijen overgelegde bewijsmateriaal, kan ik namelijk niet precies „een lijn trekken" tussen de documenten die met recht van de aanbestedingsregels kunnen worden uitgesloten, en de documenten waarbij dat niet het geval is.

109. In de context van een rechtstreeks beroep levert het verzuim van een partij om haar vorderingen te onderbouwen doorgaans geen groot procedureel probleem op: het Hof kan met behulp van de beginselen inzake de verdeling van de bewijslast [50] uitspraak doen over de verschillende geschilpunten. In het onderhavige geval vind ik het echter bijzonder moeilijk om met betrekking tot sommige aspecten van het geschil vast te stellen welke partij een bepaald feit moet bewijzen (of weerleggen). Met dit procedurele pingpongspel waarbij de bewijslast telkens wordt verlegd wanneer een partij prima facie haar gelijk aantoont, kan het soms moeilijk zijn om – figuurlijk gesproken – te bepalen wie er heeft gescoord.

110. Bovendien voel ik me er ongemakkelijk bij om het Hof voor te stellen het onderhavige geschil te beslechten op basis van een automatische (en dus, als ik dat mag zeggen, blinde) toepassing van de regels voor de bewijslast. Het staat aan een partij om zorgvuldig haar processtrategie te kiezen, aangezien de keuzes die zij in dat kader maakt, vaak grote gevolgen hebben. Wanneer een rechterlijke instantie in een zaak een definitieve uitspraak doet en er geen voorziening tegen deze uitspraak openstaat, gaat die uitspraak in kracht van gewijsde en kan er dus niet verder worden geprocedeerd.

[49] Zie de punten 9, 10, 69 en 70 hierboven.

[50] De belangrijkste beginselen ter zake zijn in de punten 63-65 hierboven ter tafel gekomen.

111. Zodra een gerechtelijke procedure voorbij is, neemt de procedurele realiteit dus de plaats in van elke andere „alternatieve” realiteit.

112. Hoewel dat normaal gesproken kan worden beschouwd als de realiteit, aarzel ik echter om in het kader van een niet-nakomingsprocedure een vergaande toepassing van deze benadering – die er in het uiterste geval toe zou kunnen leiden dat de rechters hun gezond verstand laten varen en onredelijke beslissingen nemen – te onderschrijven.

113. Volgens vaste rechtspraak van het Hof is het in het kader van dergelijke procedures zijn taak om de gestelde niet-nakoming vast te stellen, zelfs wanneer de verweerder ze niet betwist.[51] Naar mijn mening kan dit worden gerechtvaardigd door de mogelijk verstrekkende gevolgen die voor een lidstaat kunnen voortvloeien uit een krachtens artikel 258 of 259 VWEU genomen ongunstige beslissing: die lidstaat moet de bestreden nationale maatregel wijzigen. Dat geldt ongeacht of hij met een beter verweer had kunnen aantonen dat die maatregel feitelijk in overeenstemming was met het Unierecht.[52] Als de lidstaat de bestreden nationale maatregel niet wijzigt, kan hij te maken krijgen met financiële sancties[53] en maatregelen op het gebied van aansprakelijkheid[54].

114. Wanneer niet geheel duidelijk is wie wat moest bewijzen, omdat beide partijen verantwoordelijk lijken voor de onvolledigheid van het dossier, ben ik derhalve van mening dat het verstandig kan zijn voor het Hof om zich niet uit te spreken over die punten die niet strikt noodzakelijk zijn voor de beslechting van het geschil. Dat lijkt mij van bijzonder belang in een geval als het onderhavige, waar het gegrond verklaren van een argument van verzoekster of van verweerster onmiddellijk zijn weerslag kan hebben op de bescherming van bepaalde essentiële veiligheidsbelangen van een lidstaat.

115. Tegen deze achtergrond meen ik dat het Hof in beginsel twee mogelijkheden heeft.

116. Ten eerste zou het Hof een *voorlopige uitspraak* kunnen doen, zoals het heeft gedaan in een aantal eerdere zaken waarin het oordeelde dat het op basis van de door beide partijen verstrekte informatie niet mogelijk was de kwestie waar het om ging voldoende nauwkeurig te beoordelen. In dergelijke uitspraken heeft het Hof partijen opgedragen aan de hand van de aanwijzingen in die uitspraak bepaalde geschilpunten opnieuw te onderzoeken en het Hof vóór een bepaalde datum verslag uit te brengen, waarna het een eindarrest zou wijzen.[55]

117. Ten tweede zou het Hof eenvoudigweg kunnen vaststellen dat de Republiek Polen, door de vervaardiging van bepaalde documenten, drukwerk en zegels uit te sluiten van de aanbestedingsregels van richtlijn 2014/24, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 1, leden 1 en 3, en artikel 15, leden 2 en 3, van die richtlijn, gelezen in samenhang met artikel 346, lid 1, onder a), VWEU. Uit mijn analyse is immers gebleken dat in de betrokken nationale regeling ontegenzeggelijk een (waarschijnlijk groot) aantal documenten waarop de afwijkingen van artikel 15, leden 2 en 3, van richtlijn 2014/24 niet van toepassing zijn, van de aanbestedingsregels zijn uitgesloten.

[51] Zie bijvoorbeeld arrest van 16 januari 2014, Commissie/Spanje (C-67/12, EU:C:2014:5, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[52] In dit verband mag niet worden vergeten dat er in het kader van een niet-nakomingsprocedure sprake is van rechtspraak in één instantie: de partijen hebben dus slechts één kans bij de Unierechter.

[53] Zie artikel 260, lid 2, VWEU.

[54] Zie in dit verband arresten van 5 maart 1996, Brasserie du pêcheur en Factortame (C-46/93 en C-48/93, EU:C:1996:79, punt 57), en 13 maart 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, punt 120).

[55] Zie bijvoorbeeld arresten van 27 februari 1980, Commissie/Verenigd Koninkrijk (170/78, EU:C:1980:53), en 17 december 1980, Commissie/België (149/79, EU:C:1980:297).

118. Omwille van de proceseconomie geef ik de voorkeur aan de tweede optie. Gelet op de conclusies van de Commissie [56] zou ik in dat verband willen benadrukken dat het Hof niet over meer, maar ook niet over minder dan het gevorderde zou moeten oordelen. Tegelijkertijd zou de uitspraak van het Hof de Poolse regering voldoende aanwijzingen moeten geven over de wijze waarop de betrokken nationale wetgeving moet worden gewijzigd om te bewerkstelligen dat zij voldoet aan het Unierecht. Er dient immers op te worden gewezen dat volgens vaste rechtspraak het dictum van het arrest, waarin de door het Hof krachtens artikel 258 VWEU vastgestelde niet-nakoming wordt omschreven, moet worden begrepen in het licht van de motivering van het arrest. [57]

119. Voorts zou een eventueel geschil in de toekomst tussen de Commissie en de Republiek Polen over de vraag of de Republiek Polen erin is geslaagd het arrest van het Hof volledig uit te voeren, in voorkomend geval kunnen worden beslecht i) in het kader van een niet-nakomingsprocedure krachtens artikel 260, lid 2, VWEU en, mocht het ook daarna voortduren, ii) in het kader van een door de Republiek Polen krachtens artikel 263 VWEU ingesteld beroep tot nietigverklaring van elk besluit van de Commissie waarbij de noodzaak en het bedrag van de door die lidstaat verschuldigde sancties worden vastgesteld. [58]

120. Om al deze redenen geef ik het Hof in overweging vast te stellen dat de betrokken nationale regeling, zoals deze thans geldt, niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 15, leden 2 en 3, van richtlijn 2014/24 en dus in strijd is met de bepalingen van die richtlijn.

VI. Kosten

121. Overeenkomstig artikel 138, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof draagt elke partij, indien zij gedeeltelijk in het gelijk en gedeeltelijk in het ongelijk wordt gesteld, haar eigen kosten, tenzij het Hof het gelet op de omstandigheden van de zaak gerechtvaardigd acht dat een partij naast haar eigen kosten ook een deel van de kosten van de andere partij draagt.

122. In dit geval hebben zowel de Commissie als de Republiek Polen gevorderd dat de andere partij in de kosten wordt veroordeeld en zijn zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk gesteld. Bijgevolg acht ik het juist dat partijen ieder hun eigen kosten dragen.

VII. Conclusie

123. In het licht van het voorgaande geef ik het Hof in overweging:

„– te oordelen dat de Republiek Polen, door de vervaardiging van bepaalde documenten, drukwerk en zegels uit te sluiten van de aanbestedingsregels van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 1, leden 1 en 3, en artikel 15, leden 2 en 3, van deze richtlijn, gelezen in samenhang met artikel 346, lid 1, onder a), VWEU, en

[56] Zie punt 18 hierboven.

[57] Zie onder meer arrest van 22 oktober 2013, Commissie/Duitsland (C-95/12, EU:C:2013:676, punten 37, 40 en 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[58] Volgens artikel 51, onder c), van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, zoals onlangs gewijzigd, zijn deze beroepen voorbehouden aan het Hof.

– de Europese Commissie en de Republiek Polen elk te verwijzen in hun eigen kosten.”