4. In alle gevallen waarin de bepalingen van een richtlijn inhoudelijk onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn, zijn particulieren gerechtigd, op deze bepalingen een beroep te doen tegenover de staat, wanneer deze hetzij verzuimt de richtlijn binnen de gestelde termijnen in het nationale recht ten uitvoer te leggen, hetzij dit op onjuiste wijze doet.

RAPPORT TER TERECHTZITTING
in zaak 31/87 *

I — Relevante rechtsregelingen

1. *Gemeenschapsrecht*

Richtlijn 71/305 van 26 juli 1971 beoogt door coördinatie van de nationale procedures en gelijktijdige opheffing van de beperkingen de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten te verzekeren op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken in de Lid-Staten voor rekening van de staat, van territoriale en van andere publiekrechtelijke lichamen.

De in deze zaak gestelde vragen hebben betrekking op de uitlegging van de bepalingen van de richtlijn waarin de personele werkingssfeer wordt vastgesteld, en de bepalingen betreffende de criteria voor de kwalitatieve selectie van de ondernemingen en de gunningscriteria, zoals neergelegd in titel IV, die de gemeenschappelijke regels inzake de deelneming bevat.

Met betrekking tot de werkingssfeer van de richtlijn bepaalt artikel 1, dat voor de toepassing van de richtlijn onder aanbestedende diensten worden verstaan: de staat, zijn territoriale lichamen en de publiekrechtelijke rechtspersonen welke in bijlage I zijn opgesomd.

Aangaande de voorwaarden waaronder ondernemingen op aanbestedingen kunnen inschrijven alsmede de gunningscriteria, zijn in casu de volgende bepalingen van de richtlijn aan de orde:

— artikel 26, bepalende dat de technische bekwaamheid van de aannemer kan worden aangetoond:

„b) door de lijst van de in de laatste vijf jaren uitgevoerde werken; deze lijst wordt voor de omvangrijkste werken gestaafd door verklaringen inzake de goede uitvoering...";

* Procestaal: Nederlands.

— artikel 29, dat bepaalt:

„1. De criteria aan de hand waarvan de aanbestedende diensten een opdracht gunnen, zijn:

— hetzij alleen de laagste prijs;

— hetzij, indien de gunning aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbieding plaatsvindt, verschillende criteria die variëren naar gelang van de aard van de opdracht, zoals prijs, uitvoeringstermijn, gebruikskosten, rentabiliteit, technische waarde.

2. In dit laatste geval vermelden de aanbestedende diensten in het bestek of in de aankondiging van de opdracht, alle gunningscriteria die, naar zij voorzien, zullen worden gehanteerd, zo mogelijk in afnemende volgorde van het belang dat er aan wordt gehecht.

3. ...

4. Lid 1 is niet van toepassing wanneer een Lid-Staat in het kader van voorschriften welke aan bepaalde inschrijvers, uit hoofde van steun, preferentie verlenen, voor de gunning van opdrachten van andere criteria uitgaat, mits de aangehaalde regeling verenigbaar is met het Verdrag en in het bijzonder met de artikelen 92 en volgende."

2. *Nationaal recht*

De voornaamste relevante bepalingen van nationaal recht zijn:

— artikel 51 van de Ruilverkavelingswet 1954, dat de aard en de functie van de plaatselijke commissies voor de ruilverkaveling regelt;

— het Koninklijk Besluit van 6 april 1973, dat is vastgesteld om uitvoering te geven aan richtlijn 71/305 en dat in artikel 6 verwijst naar het Uniform Aanbestedingsreglement voor openbare aanbestedingen;

— artikel 21 van het Uniform Aanbestedingsreglement, dat met betrekking tot de keuze van de aannemer bepaalt:

„1. De opdrachtgever is niet verplicht het werk op te dragen.

2. Voor de opdracht van het werk komen alleen inschrijvers in aanmerking omtrent wier geschiktheid om het werk uit te voeren naar het oordeel van de opdrachtgever zowel in technisch, in financieel-economisch als in organisatorisch opzicht geen twijfel bestaat.

3. Onverminderd het bepaalde in het tweede lid, geschiedt de opdracht van het werk aan de inschrijver wiens aanbieding de opdrachtgever het meest aannemelijk voorkomt.

4. ..."

II — Het hoofdgeding

De plaatselijke commissie voor de ruilverkaveling „Waterland" hield op 21 juni 1984

een openbare aanbesteding in het kader van een ruilverkaveling. In het bestek voor die aanbesteding werd vermeld, dat zou worden aanbesteed overeenkomstig het Uniform Aanbestedingsreglement (hierna: UAR). In het bestek werden geen specifieke kwalitatieve criteria aangegeven.

De opdracht werd niet gegund aan de laagste inschrijver, Beentjes, maar aan de onderneming die voor het een na laagste bedrag had ingeschreven. Als motivering voor deze keuze gaf de plaatselijke commissie op, dat het Beentjes aan specifieke ervaring voor het betrokken werk ontbrak, dat de aanbieding van Beentjes haar minder aannemelijk voorkwam en dat Beentjes niet in staat leek, te geraken tot de inzet van langdurig werklozen, waarover het bestek specifieke bepalingen bevatte.

Beentjes sprak daarop de Staat der Nederlanden in rechte aan, in het bijzonder wegens niet-naleving door de plaatselijke commissie van richtlijn 71/305 van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken. Volgens Beentjes was de plaatselijke commissie rechtens gelijk te stellen met een orgaan van de centrale overheid en was de staat in elk geval aansprakelijk voor de handelingen van een dergelijke commissie. Laatstgenoemde had dan ook de bepalingen van richtlijn 71/305 moeten toepassen, die op de betrokken aanbesteding van toepassing waren op grond van het Koninklijk Besluit van 6 april 1973 houdende regelen voor het plaatsen van opdrachten tot de uitvoering van werken. Geen van de argumenten van de commissie om het werk niet aan Beentjes te gunnen, strookte echter met de bepalingen inzake de gunningscriteria voor overheidsopdrachten zoals neergelegd in de richtlijn, waarop de onderneming zich voor de verwijzende rechter mocht beroepen.

De Staat der Nederlanden verzette zich tegen de vordering van Beentjes met het argument, dat de plaatselijke commissie niet kon worden aangemerkt als een onderdeel van de staat en dat in elk geval een aanbesteding die overeenkomstig de procedure van het UAR plaatsvond, aan de vereisten van richtlijn 71/305 voldeed. In het bijzonder was artikel 21, lid 2, UAR altijd verenigbaar geacht met de richtlijn. Dit artikel bepaalt, dat „alleen inschrijvers in aanmerking (komen) omtrent wier geschiktheid om het werk uit te voeren naar het oordeel van de opdrachtgever zowel in technisch, in financieel-economisch als in organisatorisch opzicht geen twijfel bestaat".

III — Prejudiciële vragen

Oordelende dat de uitkomst van het geding afhing van de uitlegging van richtlijn 71/305, heeft de Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1) Is een lichaam met de karakteristieken van een plaatselijke commissie als bedoeld in de Ruilverkavelingswet 1954, zoals aangeduid in r. o. 5.3. van dit vonnis, voor de toepassing van de richtlijn van de Raad van 26 juli 1971 (PB 1971, L 185, blz. 5), al dan niet aan te merken als ‚de Staat' dan wel een van ‚zijn territoriale lichamen' ?

2) Laat de onder 1 bedoelde richtlijn al dan niet toe dat een inschrijver wordt uitgesloten op grond van overwegingen als in dit vonnis onder 6.2. bedoeld, indien bij de aanbesteding zelf ter zake geen kwalitatieve criteria zijn geformuleerd (maar is volstaan met een verwijzing naar algemene voorwaarden, waarin een algemeen voorbehoud als door de Staat in casu ingeroepen, is vervat) ?

3) Komt aan justitiabelen, zoals Beentjes, in een civielrechtelijk geding als het onderhavige een beroep toe op bepalingen uit de genoemde richtlijn die aangeven in welke gevallen en onder welke voorwaarden een inschrijver op kwalitatieve gronden kan worden uitgesloten van de aanbesteding, ook indien bij de incorporatie van die bepalingen van de richtlijn in de nationale wetgeving aan de opdrachtgever ruimere bevoegdheden tot weigering van verlening van de opdracht zijn toegekend dan uit hoofde van de richtlijn is toegelaten ?"

Ter voorlichting van het Hof merkt de verwijzende rechter op, dat de uitvoering van ruilverkavelingen geschiedt door een plaatselijke commissie, die wordt benoemd door Gedeputeerde Staten van de betrokken provincie, dat een plaatselijke commissie in beginsel bestaat uit ten hoogste vijf leden, dat de staat de nakoming garandeert van de uit de rechtshandelingen van de plaatselijke commissie voortvloeiende verplichtingen, dat voor de plaatselijke commissie een instructie geldt, vastgesteld door een bij Koninklijk Besluit ingestelde centrale commissie, waarvan de leden door de Kroon worden benoemd, en dat de plaatselijke commissie geen eigen rechtspersoonlijkheid heeft.

IV — De procedure voor het Hof

Het verwijzingsvonnis is op 3 februari 1987 ter griffie van het Hof ingeschreven.

Krachtens artikel 20 van 's Hofs Statuut-EEG zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur R. Wainwright en door R. Barents, lid van haar juridische dienst, en door de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door P. G. Ferri, avvocato dello stato.

Het Hof heeft, op rapport van de rechter-rapporteur en gehoord de advocaat-generaal, besloten de zaak naar de Vierde kamer te verwijzen en zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan.

V — Samenvatting van de bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen

1. *De eerste vraag*

De Italiaanse regering gaat niet in op de eerste vraag, omdat het uitleggingsprobleem dat daarin aan de orde komt, uitsluitend betrekking heeft op de toepassing van de richtlijn in de Nederlandse rechtsorde.

In tegenstelling tot hetgeen de Staat der Nederlanden in het hoofdgeding met een beroep op een arrest van de Hoge Raad uit 1984 heeft gesteld, is de Commissie van mening dat de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord.

De Commissie baseert zich voor deze conclusie in de eerste plaats op de verdragsbepalingen inzake het recht van vestiging en

het vrije dienstenverkeer; de doelstelling hiervan verlangt dat onder de staat ook worden begrepen lichamen die weliswaar niet tot de overheidsadministratie worden gerekend, maar die voor hun samenstelling en functioneren zowel organisatorisch als financieel geheel van de staat afhankelijk zijn.

In de tweede plaats doet de Commissie haar standpunt steunen op het arrest van het Hof van 24 november 1982 (zaak 249/81, Commissie/Ierland, Jurispr. 1982, blz. 4005), waarin het Hof Ierland verantwoordelijk achtte voor handelingen in strijd met artikel 30 EEG-Verdrag, die waren verricht door een privaatrechtelijk lichaam dat echter in grote mate door de overheid werd gecontroleerd. Deze redenering dient ook op te gaan voor de bepalingen inzake de vrije vestiging en het vrij verrichten van diensten.

Ten slotte somt de Commissie een aantal kenmerken van de plaatselijke commissie op, waaruit blijkt dat zij een veel sterkere band met de staat heeft dan het orgaan bedoeld in bovengenoemd arrest, te weten: de plaatselijke commissie is geen privaatrechtelijk lichaam, maar heeft een wettelijke status; haar leden worden door Gedeputeerde Staten benoemd; zij is in haar functioneren geheel afhankelijk van de centrale commissie, waarvan de leden door de Kroon worden benoemd; de door haar aanbestede werken worden door de overheid gefinancierd en de nakoming van haar verplichtingen wordt gegarandeerd door de staat.

De Commissie meent dan ook, dat een lichaam met de kenmerken van de plaatselijke commissie voor de ruilverkaveling dient te vallen onder het begrip „staat" in de zin van artikel 1, sub b, van de richtlijn.

2. *De tweede vraag*

De Commissie en de Italiaanse regering stellen, dat de tweede vraag van de verwijzende rechter ontkennend moet worden beantwoord.

De Italiaanse regering wijst erop, dat het onderzoek naar de geschiktheid van de aannemer en de beoordeling van de offerte twee verschillende, zelfstandige en op elkaar volgende handelingen vormen. Dit blijkt uit artikel 20 van de richtlijn, dat bepaalt dat de gunning plaatsvindt „*nadat* de geschiktheid van de aannemers... is nagegaan". De geschiktheid van de inschrijver moet dus worden vastgesteld in een besluit dat voorafgaat aan en vooruitloopt op het gunningsbesluit aan de hand van de criteria genoemd in artikel 29.

Een aanbestedingsprocedure als de onderhavige, waarbij het ongunstige oordeel over een van de inschrijvende ondernemers werd uitgesproken nadat zijn offerte als de beste naar voren was gekomen, strookt niet met artikel 20 van de richtlijn, omdat het oordeel over de geschiktheid niet is voorafgegaan aan de beoordeling van de offerte. Zij is ook onverenigbaar met artikel 29 van de richtlijn, aangezien de opdracht is gegund op grond van subjectieve en niet van objectieve criteria, de enige criteria die dit artikel van de richtlijn toelaat.

De Commissie merkt met betrekking tot de criteria voor kwalitatieve selectie op dat indien in de aankondiging geen referenties als bedoeld in de artikelen 25 en 26 worden verlangd, een aannemer niet op grond van overwegingen die betrekking hebben op zijn financiële en economische draagkracht of technische bekwaamheid, van gunning mag

worden uitgesloten. Wat de gunningscriteria betreft, moet de opdracht ingevolge artikel 29 van de richtlijn worden gegund aan de inschrijver met de laagste offerte, tenzij in de aankondiging van de opdracht expliciet is aangegeven dat de opdracht zal worden gegund aan de inschrijver met de economisch voordeligste offerte, en er criteria zijn vastgesteld op grond waarvan zal worden bepaald, welke offerte economisch het voordeligst is.

Uit het bovenstaande volgt dat wanneer de aankondiging van de opdracht voor de vaststelling van de kwalitatieve selectiecriteria of de gunningscriteria volstaat met een verwijzing naar een algemene bepaling van een aanbestedingsreglement, de opdracht aan de laagste inschrijver dient te worden gegund indien noch in de aankondiging noch in de documenten waarnaar de aankondiging verwijst, de referenties voor de kwalitatieve selectie of de gunningscriteria zijn gespecificeerd.

3. *De derde vraag*

De Commissie en de Italiaanse regering zijn eenstemmig van oordeel, dat de derde vraag bevestigend moet worden beantwoord.

De Italiaanse regering merkt op, dat voor de beantwoording van de vraag of bepalingen van een richtlijn een zodanige werking hebben, dat particulieren er zich rechtstreeks op kunnen beroepen, volgens vaste rechtspraak van het Hof moet worden nagegaan of deze bepalingen inhoudelijk duidelijk, nauwkeurig bepaald en onvoorwaardelijk zijn. De voorschriften van richtlijn 71/305 strekken niet enkel tot harmonisatie van wettelijke regelingen. Door de beslissingsvrijheid ter zake van de deelneming aan een aanbestedingsprocedure te beperken en de doorzichtigheid van die beslissingen te waarborgen, beogen deze bepalingen immers de ondernemers van de EEG gelijke toegang tot de werkzaamheden te verschaffen, zonder open of verkapte discriminaties.

De Italiaanse regering concludeert dan ook, dat de derde vraag bevestigend moet worden beantwoord voor zover een particulier zich op bovengenoemde bepalingen van richtlijn 71/305 beroept ter bescherming van zijn recht op deelneming aan de aanbesteding, dat hem op grond van met die bepalingen strijdige nationale voorschriften wordt ontzegd.

Volgens de Commissie blijkt uit het arrest van 10 februari 1982 (zaak 76/81, Transporoute, Jurispr. 1982, blz. 417), dat particulieren voor de nationale rechter een beroep kunnen doen op de bepalingen van de richtlijn betreffende de kwalitatieve selectie van de inschrijvers en de gunning van de opdracht.

G. C. Rodríguez Iglesias
rechter-rapporteur