CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL C. GULMANN van 30 juni 1993 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Sedert 1987 heeft de Commissie in samenwerking met de Spaanse autoriteiten een onderzoek ingesteld naar de Spaanse wetgeving op het gebied van de plaatsing van overheidsopdrachten, om te verifiëren of deze wetgeving in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht. Dit onderzoek leidde tot de onderhavige procedure, die bij ingebrekestelling van 19 december 1990 door de Commissie is ingeleid, en in het kader waarvan zij concludeert tot vaststelling van de onverenigbaarheid van een dertigtal Spaanse bepalingen met het gemeenschapsrecht en meer in het bijzonder met de artikelen 30 en 59 EEG-Verdrag en met richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (hierna: „richtlijn 71/305") [1] en richtlijn 77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (hierna: „richtlijn 77/62"). [2] De procedure betreft de richtlijnen in hun oorspronkelijke versie, dat wil zeggen zonder de substantiële wijzigingen die de Raad in 1989 ten aanzien van richtlijn 71/305 [3] en in 1988 ten aanzien van richtlijn 77/62 [4] heeft vastgesteld, welke wijzigingen uiterlijk op 1 maart 1992 in Spaans recht dienden te zijn omgezet.

2. De litigieuze Spaanse regelingen zijn in de eerste plaats opgenomen in de Ley de Contratos del Estado (wet betreffende overheidsopdrachten, hierna: „LCE") en het Reglamento General de Contratación del Estado (algemeen reglement betreffende overheidsopdrachten, hierna: „RGCE"). De LCE en het RGCE stellen de algemene regels vast voor de aanbesteding van overheidsopdrachten voor zowel uitvoering van werken en voor leveringen als voor diensten en hebben betrekking op zowel de centrale als de gedecentraliseerde aanbestedende diensten. Het geding heeft eveneens betrekking op andere nationale bepalingen die van invloed kunnen zijn op overheidswerken en aankopen door de overheid. [5]

3. In haar conclusie heeft de Commissie de door haar in strijd met het gemeenschapsrecht geachte Spaanse bepalingen opgedeeld in de volgende vijf hoofdcategorieën:

— bepalingen die een uitsluiting vormen van de werkingssfeer van de wetgeving betreffende overheidsopdrachten,

* Oorspronkelijke taal: Deens.

1 — PB 1971, L 185, blz. 5.

2 — PB 1977, L 13, blz. 1.

3 — Richtlijn 89/440/EEG van 18 juli 1989 (PB 1989, L 210, blz. 1). Richtlijn 71/305 is laatstelijk gewijzigd bij richtlijn 93/4/EEG van 8 februari 1993 (PB 1993, L 38, blz. 31).

4 — Richtlijn 88/295/EEG van 22 maart 1988 (PB 1988, L 127, blz. 1).

5 — Het gaat onder andere om de Texto Refundido del Régimen Local (Real Decreto Legislativo nr. 781/1986 van 18 april 1986), de wet van 24 november 1939 betreffende de organisatie en bescherming van de nationale industrie en Real Decreto 946/1978 van 14 april 1978 betreffende een evaluatie- en controleprocedure van pharmaceutische diensten.

— bepalingen die niet-openbare opdrachten toestaan,

— bepalingen betreffende voorschriften inzake de deelneming aan inschrijvingsprocedures en de kwalitatieve selectiecriteria,

— bepalingen betreffende technische voorschriften,

— bepalingen betreffende gunningscriteria voor opdrachten.

4. De onderhavige procedure heeft geen betrekking op de niet-omzetting in Spaans recht van de eerste twee belangrijke richtlijnen tot harmonisatie van de nationale wetgevingen op het gebied van overheidsopdrachten voor uitvoering van werken en voor leveringen. De LCE en het RGCE zijn in 1986 gewijzigd, ten einde de bepalingen hiervan aan de gemeenschapsrichtlijnen aan te passen. [6] Een nauwgezet onderzoek van het Spaanse recht door de Commissie heeft echter een aantal punten aan het licht gebracht die volgens de Commissie onvolkomen zijn omgezet.

Mijns inziens is er sprake van een aantal grieven ten aanzien waarvan de Commissie waarschijnlijk geen afzonderlijk beroep wegens niet-nakoming zou hebben ingesteld, en een aantal grieven ten aanzien waarvan de Spaanse regering haar conclusie tot verwerping van het beroep heeft gehandhaafd, hetgeen zij waarschijnlijk niet had gedaan indien niet andere punten werkelijk door partijen werden betwist.

Uit hetgeen volgt, blijkt dat de onderhavige zaak zijn oorsprong vindt in het feit, dat partijen op een aantal punten van mening verschillen over de uitlegging van de toepasselijke communautaire bepalingen en op andere punten over de strekking en de werking van het Spaanse recht.

Mijn conclusie dient noodzakelijkerwijs deze grieven elk afzonderlijk te behandelen. Door de aard van de verschillende grieven zal deze analyse erg technisch en niet altijd op gemakkelijk toegankelijke wijze kunnen worden uiteengezet.

5. Aangezien de Commissie meermaals heeft betoogd, dat de betrokken Spaanse wettelijke regeling tot rechtsonzekerheid leidt en derhalve niet beantwoordt aan de eisen die door het Hof zijn geformuleerd voor een juiste omzetting van richtlijnen in nationaal recht, kan het nuttig zijn om ter inleiding te herinneren aan de algemene eisen die met betrekking tot dit vraagstuk kunnen worden afgeleid uit de rechtspraak van het Hof.

Het Hof heeft verklaard:

— „dat de Lid-Staten (...) zorg (hebben) te dragen voor een volledige en nauwkeurige uitvoering van de bepalingen van iedere richtlijn" [7]

— dat „de beginselen van rechtszekerheid en rechtsbescherming met betrekking tot de materies die aan het gemeenschapsrecht zijn onderworpen, een ondubbelzinnige regeling van de Lid-Staten [vereisen], die de belanghebbenden op duidelijke en

6 — Zie respectievelijk Real Decreto Legislativo 931/86 van 2 mei 1986 en Real Decreto Legislativo 2528/86 van 28 november 1986.

7 — Zie onder andere arrest Hof van 18 maart 1980 (zaak 91/79, Jurispr. 1980, blz. 1099, r. o. 6).

nauwkeurige wijze in kennis stelt van hun rechten en plichten en de nationale rechter in staat stelt, deze te handhaven", [8]

— „dat voor de omzetting in intern recht van een richtlijn niet noodzakelijkerwijs vereist is, dat de bepalingen ervan formeel en letterlijk in een uitdrukkelijke, specifieke bepaling worden overgenomen, en dat een algemene juridische context daartoe voldoende kan zijn, wanneer deze daadwerkelijk de volledige toepassing van de richtlijn op voldoende bepaalde en duidelijke wijze verzekert", [9]

en

— dat de nationale derogerende bepalingen die op basis van de richtlijnen afwijken van de in die richtlijnen vermelde verboden, nauwgezet de grenzen en voorwaarden moeten naleven die met betrekking tot afwijkingen in de richtlijnen zijn vastgesteld. [10]

8 — Zie arrest Hof van 26 februari 1991 (zaak C-119/89, Commissie/Spanje, Jurispr. 1991, blz. I-641, r. o. 10). Zie onder andere eveneens de arresten Hof van 21 juni 1988 (zaak 257/86, Commissie/Italië, Jurispr. 1988, blz. 3249, r. o. 12); 23 mei 1985 (zaak 29/84, Commissie/Duitsland, Jurispr. 1985, blz. 1661, r. o. 23); 30 januari 1985 (zaak 143/83, Commissie/Denemarken, Jurispr. 1985, blz. 427, r. o. 10), en 6 mei 1980 (zaak 102/79, Commissie/België, Jurispr. 1980, blz. 1473, r. o. 11).

9 — Zie arrest Hof van 15 maart 1990 (zaak C-339/87, Commissie/Nederland, Jurispr. 1990, blz. I-851, r. o. 6). Zie onder andere eveneens de arresten Hof van 8 juli 1987 (zaak 247/85, Commissie/België, Jurispr. 1987, blz. 3029, r. o. 9), en 2 december 1986 (zaak 239/85, Commissie/België, Jurispr. 1986, blz. 3645, r. o. 7).

10 — Zie onder andere arresten van 8 juli 1987, (zaak 247/85, Commissie/België, Jurispr. 1987, blz. 3029, r. o. 28 en 34); 27 april 1988 (zaak 252/85, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1988, blz. 2243, r. o. 11), en 15 maart 1990 (zaak C-339/87, Commissie/Nederland, Jurispr. 1990, blz. I-851, r. o. 15 en 28).

Bepalingen die een uitsluiting vormen van de werkingssfeer van de wetgeving betreffende overheidsopdrachten

a. *Artikel 2, sub 3, LCE en artikel 2, sub 3 RGCE*

6. Deze bepalingen — de bepaling van het RGCE neemt slechts de bepaling van de LCE over — sluiten bepaalde opdrachten uit van de wetgeving betreffende overheidsopdrachten en luiden als volgt:

„Onverminderd de bepalingen van het vorige artikel, is deze wet niet van toepassing op de volgende overheidsopdrachten en rechtshandelingen van de overheid:

(...)

3. transacties van de overheid met particulieren betreffende goederen en rechten waarvan de verkoop krachtens de wet aan voorwaarden is verbonden (‚mediatización') of betreffende produkten die het voorwerp zijn van een overheidsinterventie (‚intervenidos'), een monopolie (‚estancados') of een verbod (‚prohibidos')."

7. De Commissie betoogt, dat

— deze bepaling zo algemeen en onduidelijk is geformuleerd, dat hierdoor rechtsonzekerheid ontstaat en er alleen al daarom sprake is van een onvolledige omzetting van richtlijn 77/62, en

— deze uitsluitingsbepaling bovendien in strijd is met de richtlijn, omdat deze in beginsel van toepassing is op alle overheidsopdrachten voor leveringen — voor zover deze niet uitdrukkelijk zijn uitgesloten — en omdat de Spaanse bepaling uitsluitingen toestaat van de werkingssfeer van de wettelijke regeling, die niet zijn opgenomen in de lijst van uitsluitingen van de richtlijn.

8. De Spaanse regering betoogt, dat

— de litigieuze bepaling een verwijzingsbepaling is die pas concrete rechtsgevolgen heeft vanaf het moment dat er andere wettelijke bepalingen bestaan die, in de zin van de bepaling, voorzien in een regeling betreffende de verkoop van goederen, of die bepalen dat het gaat om produkten die het voorwerp zijn van een overheidsinterventie, een monopolie, een verbod,

— de concrete gevallen die door verwijzing naar deze bepaling van de werkingssfeer van de wettelijke regeling zijn uitgesloten, uiteindelijk worden gerechtvaardigd door andere gemeenschapsbepalingen en in het bijzonder door de artikelen 36, 90, lid 2 en 223 EEG-Verdrag,

— het wezenlijke element van de wetten, waarnaar de bepaling verwijst en die het verhandelen van bepaalde produkten aan beperkingen onderwerpt, is gelegen in de toekenning van „bijzondere of exclusieve rechten met een publiek karakter", waardoor die opdrachten voor leveringen ter zake van de betrokken produkten door de overheid slechts aan een enkele leverancier kunnen worden gegund. Tot staving van haar opvatting, dat de bepaling derhalve verenigbaar is met richtlijn 77/62, beroept de regering zich op artikel 6, lid 1, sub b, van de richtlijn, krachtens hetwelk niet-openbare opdrachten kunnen worden geplaatst in geval van „leveringen waarbij de fabricage of de levering om technische, artistieke redenen of wegens de bescherming van exclusieve rechten, slechts aan een enkele bepaalde leverancier kan worden toevertrouwd".

9. Het lijkt mij meteen al duidelijk, dat het Hof dient vast te stellen, dat de litigieuze bepaling in strijd is met het gemeenschapsrecht.

Volgens mij lijdt geen enkele twijfel, dat de bepaling in het geheel niet voldoet aan de vereisten van duidelijkheid en nauwkeurigheid, waaraan krachtens de rechtspraak van het Hof nationale bepalingen tot omzetting van gemeenschapsrichtlijnen moeten voldoen.

Ik ben in de eerste plaats van mening, dat de Spaanse regering er in de loop van de procedure niet in is geslaagd, duidelijkheid te verschaffen omtrent de werkingssfeer van de litigieuze bepaling, en in de tweede plaats, dat zij niet heeft kunnen aantonen, dat de bepaling — zelfs bij restrictieve uitlegging — in algemene zin op het gemeenschapsrecht is gebaseerd.

10. De situatie van het Spaanse recht is zo onduidelijk en de litigieuze bepaling is zo moeilijk te begrijpen, dat ik van mening ben, dat het Hof niet behoeft te onderzoeken of de litigieuze bepaling kan worden geacht betrekking te hebben op opdrachten die

volgens het gemeenschapsrecht rechtmatig van de werkingssfeer van de wettelijke regeling kunnen worden uitgesloten.

De Spaanse regering is verplicht te zorgen voor een wetgeving die voldoende duidelijk is. De formulering van de litigieuze bepaling staat het Hof niet toe, zich uit te spreken over de vraag, of de werkingssfeer hiervan verenigbaar is met het gemeenschapsrecht. De onderhavige zaak is derhalve niet het geschikte kader om te preciseren, in welke mate richtlijn 77/62 afwijkingen van haar eigen voorschriften toelaat.

11. Wat de argumenten van de Spaanse regering betreft, kan volgens mij worden volstaan met de navolgende opmerkingen.

12. De regering heeft uiteraard gelijk, wanneer zij stelt dat de litigieuze bepaling slechts rechtsgevolgen met zich brengt, indien er wetten bestaan die, volgens een van de in deze bepaling opgenomen modaliteiten, regelingen vaststellen die van toepassing zijn op het verhandelen van de betrokken produkten. Zoals de Commissie verklaart, betekent dit evenwel niet, dat de bepaling geen zelfstandige betekenis heeft. Indien er immers wetten bestaan die het verhandelen van produkten op een van de aangegeven wijzen regelen, heeft de litigieuze bepaling als rechtstreeks rechtsgevolg, dat overheidsopdrachten ter zake van deze produkten niet onder de bepalingen van de LCE en het RGCE vallen. De bepaling is derhalve meer dan een eenvoudige formele verwijzingsbepaling, aangezien zij zelf de uitsluitingscriteria vaststelt, volgens welke uitsluitingen van de werkingssfeer van de wettelijke regeling mogelijk zijn.

13. Zoals ik reeds opmerkte, heeft de poging van de Spaanse regering om duidelijkheid te verschaffen over de werkingssfeer van de bepaling, geen succes gehad. De Commissie merkt op, dat opdrachten ter zake van geneesmiddelen, postzegels, gezegeld papier, tabaksartikelen, elektriciteit en gas door toepassing van de litigieuze bepaling niet onder de wettelijke regeling betreffende overheidsopdrachten vallen. In haar dupliek heeft de Spaanse regering in zekere mate geprobeerd te verduidelijken, onder welke vorm van door de bepaling bedoelde wettelijke regeling de betrokken produkten vielen, maar heeft zij ook proberen aan te tonen, dat de wettelijke regelingen in wezen van dien aard zijn dat er slechts een mogelijke leverancier is.

Het is moeilijk te begrijpen, hoe de bepaling in die zin kan worden uitgelegd, dat zij zo'n beperkte werkingssfeer heeft als de Spaanse regering betoogt, en het is niet duidelijk, of alle aangehaalde concrete voorbeelden van uitgesloten opdrachten onder de aldus uitgelegde bepaling vallen.

14. Het is daarentegen niet moeilijk om vast te stellen, dat de litigieuze bepaling, in haar huidige formulering, in het algemeen niet met richtlijn 77/62 in overeenstemming kan zijn.

Artikel 2, lid 1, van de richtlijn bepaalt: „Voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen passen de aanbestedende diensten hun nationale procedures toe, aangepast aan de bepalingen van deze richtlijn." Uit de negende overweging van de considerans volgt dat „uitzonderingsgevallen dienen te worden vastgesteld waarin de maatregelen

tot coördinatie van de procedures niet toegepast behoeven te worden, doch dat deze gevallen tevens uitdrukkelijk beperkt dienen te worden". De richtlijn dient aldus te worden uitgelegd, dat de algemene uitzonderingen van de verplichting van de Lid-Staten tot aanbesteding van overheidsopdrachten voor leveringen overeenkomstig de voorschriften van de richtlijn uitputtend worden geregeld. Deze algemene uitzonderingen van de werkingssfeer van de richtlijn zijn vastgesteld in de artikelen 2, lid 2, en 3 van de richtlijn. [11] Het is duidelijk, dat de Spaanse litigieuze bepaling, in het algemeen gezien, niet onder deze uitzonderingen valt; de Spaanse regering betoogt dit overigens ook niet.

15. Het argument van de Spaanse regering met betrekking tot de artikelen 36, 90, lid 2, en 223 EEG-Verdrag is niet overtuigend. Zoals de Commissie heeft betoogd, moeten de bijzondere wettelijke regelingen, die van toepassing zijn op het verhandelen van produkten, en die ingevolge de aangehaalde verdragsbepalingen verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht, bij het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen vanzelfsprekend worden nageleefd. Dit kan echter niet voldoende rechtvaardigen, dat de voorschriften betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten in het algemeen niet van toepassing zijn. Wat meer in het bijzonder de produkten betreft waarvan de verkoop verboden is, zou het er op het eerste gezicht op kunnen lijken dat, zoals de Spaanse regering betoogt, de bepaling niet in strijd is met de richtlijn. Indien de verkoop van een produkt verboden is, kunnen geen opdrachten voor leveringen van dit produkt worden geplaatst en behoeft de richtlijn geen toepassing te vinden. Ook al heeft de vraag waarschijnlijk geen praktische betekenis, men kan desondanks niet voorbijgaan aan het feit dat indien de overheidsdiensten, ondanks een bestaand verbod, opdrachten moeten plaatsen voor leveringen van het betrokken produkt, hierbij de voorschriften van de richtlijn in beginsel moeten worden nageleefd. Een algemene uitzondering met die strekking is derhalve onverenigbaar met de richtlijn.

16. Het argument van de Spaanse regering betreffende artikel 6, lid 1, sub b, van de richtlijn is evenmin overtuigend. In de eerste plaats dient te worden ingestemd met de opvatting van de Commissie, dat uit artikel 4, lid 3 en artikel 6, lid 1, van de richtlijn volgt, dat opdrachten die onder de reeds aangehaalde bepaling van de richtlijn vallen, niet van de werkingssfeer van de richtlijn zijn uitgesloten maar daarentegen in de vorm van niet-openbare opdrachten moeten worden geplaatst, hetgeen betekent, dat artikel 7 van de richtlijn, betreffende gemeenschappelijke regels op technisch gebied, van toepassing is. In de tweede plaats dient de zienswijze van de Commissie te worden aanvaard, dat de litigieuze bepaling onverenigbaar is met artikel 6, lid 1, sub b, van de richtlijn, aangezien de bepaling niet uitdrukkelijke voorwaarden vaststelt die overeenkomen met de voorwaarden, die volgens de bepaling van de richtlijn moeten worden nageleefd.

17. Gelet op het voorafgaande, geef ik het Hof in overweging, vast te stellen dat artikel 2, sub 3, LCE en artikel 2, sub 3, RGCE onverenigbaar zijn met richtlijn 77/62.

11 — Artikel 2, lid 2, van de richtlijn bepaalt, dat zij niet van toepassing is op overheidsopdrachten voor leveringen, gegund door lichamen die vervoersdiensten beheren, of door de bedrijven op het gebied van water, energie en telecommunicatie. Artikel 3 betreft overheidsopdrachten die worden geplaatst krachtens een internationale overeenkomst, enz.

b. *Artikel 2, sub 8, LCE en artikel 2, sub 8, RGCE*

18. Deze bepalingen — de bepaling van het RGCE neemt slechts die van de LCE over — sluiten „opdrachten waarvoor bij wet uitdrukkelijk in een uitzondering is voorzien", uit van de wetgeving betreffende overheidsopdrachten.

19. Volgens de *Commissie* houdt deze bepaling een algemene uitsluiting in, die als zodanig in strijd is met beide toepasselijke communautaire richtlijnen. De Commissie betoogt, dat de Spaanse autoriteiten niet hebben gepreciseerd, op welke wetten, of op welk soort van overheidsopdrachten deze bepaling betrekking heeft. Verder wijst zij erop, dat alle in de richtlijn limitatief opgesomde uitsluitingen eveneens door andere bepalingen van de LCE of het RGCE zijn uitgesloten, zodat ingevolge deze bepaling andere, niet door de richtlijnen toegestane uitsluitingen mogelijk zijn. In dit verband wijst de Commissie erop, dat de bepaling een rechtsonzekerheid creëert, die in strijd is met het gemeenschapsrecht. Dienaangaande benadrukte de Commissie, dat „aangezien het Hof als eis heeft gesteld, dat de uitsluitingscriteria duidelijk moeten zijn en niet in strijd met die van de richtlijn mogen zijn, onmogelijk een uitsluitingsregel kan worden aanvaard die geen enkel criterium inhoudt".

20. Ik ben van mening, dat dient te worden ingestemd met de opvatting van de Spaanse regering, dat een verwijzingsbepaling van dit type niet strijdig is met het gemeenschapsrecht. De Lid-Staten beschikken over een zekere discretionaire bevoegdheid op het gebied van de omzetting van richtlijnen in nationaal recht en de door de Spaanse autoriteiten gebruikte wetgevingstechniek kan als zodanig niet in strijd met het gemeenschapsrecht worden geacht. De bepaling wil de aandacht vestigen op het feit, dat er andere uitzonderingen van de werkingssfeer van de wet kunnen zijn dan die welke uit de wet zelf voortvloeien, en vereist dat deze in een wettelijke regeling worden vastgelegd. Deze bepaling onderscheidt zich van die welke ik hierboven heb behandeld, door haar neutrale en strikt formele inhoud en door de duidelijke relatie tussen de verwijzingsbepaling en de wetten waarnaar zij verwijst, waarbij laatstgenoemde noodzakelijkerwijze een uitdrukkelijke bepaling moeten bevatten volgens welke de LCE en het RGCE niet van toepassing zijn. Voorts kan niet het argument van de Commissie worden aanvaard, dat alle uitzonderingen die hun grondslag in de richtlijn vinden, worden gedekt door de andere bepalingen van de LCE en het RGCE en dat de door de bepaling ontstane mogelijkheid van andere uitzonderingen derhalve een rechtsonzekerheid in het leven roept. De verwijzingsbepaling is namelijk niet overbodig, aangezien de LCE, zoals de Commissie zelf heeft geopperd, eveneens betrekking heeft op overheidsopdrachten die niet onder de richtlijnen vallen, en waarvoor deze richtlijnen derhalve niet de mogelijkheid van verdere uitzonderingen uitsluiten.

21. Gelet op het voorafgaande, geef ik het Hof in overweging, vast te stellen dat artikel 2, sub 8, LCE en artikel 2, sub 8, RGCE verenigbaar zijn met beide communautaire richtlijnen.

c. *Artikel 29 bis, lid 1, sub 1 en 3, LCE en artikel 93 ter, sub 1 en 3, RGCE*

22. Deze bepalingen — de bepaling van het RGCE neemt slechts de bepaling van de LCE over — verlenen vrijstelling van de in artikel 12 van richtlijn 71/305 bedoelde verplichting tot aankondiging in het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* voor opdrachten:

„1. betreffende industriële installaties van mechanische, elektrische en energie-opwekkende aard, behalve het gedeelte van deze installaties dat technisch onder de bouwkunde valt,

(...)

3. betreffende graafwerken, het boren van mijnschachten, baggerwerken, en de afvoer van weggegraven grond, verricht met het oog op de winning van delfstoffen (extractieve nijverheid)".

23. De Commissie wijst erop, dat deze opdrachten binnen de werkingssfeer van richtlijn 71/305 vallen, dat de richtlijn een uitputtende opsomming geeft van de mogelijke uitsluitingen van haar werkingssfeer, en dat het in strijd is met de richtlijn om de bovenvermelde opdrachten uit te sluiten.

24. De Spaanse regering betwist, dat deze opdrachten binnen de werkingssfeer van de richtlijn vallen. De richtlijn is van toepassing op overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en dit begrip wordt omschreven in artikel 1, sub a, van de richtlijn als opdrachten „die betrekking hebben op een der werkzaamheden als bedoeld in artikel 2 van de richtlijn van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de opheffing van de beperkingen van het vrij verrichten van diensten op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en van de gunning van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken door bemiddeling van agentschappen of filialen" (hierna: „richtlijn 71/304"). Richtlijn 71/304 is gelijktijdig met richtlijn 71/305 vastgesteld en vormt een van de destijds vastgestelde liberalisatierichtlijnen, hetgeen betekent dat zij de Lid-Staten verplicht tot het opheffen van beperkingen op het vrij verrichten van diensten op het genoemde gebied.

Artikel 2 van de richtlijn luidt als volgt:

„1. De bepalingen van deze richtlijn zijn van toepassing op de anders dan in loondienst verrichte werkzaamheden die zijn vermeld in bijlage I van het Algemene Programma voor de opheffing van de beperkingen van de vrijheid van vestiging, klasse 40. Deze werkzaamheden komen overeen met die welke zijn opgesomd in klasse 40 van de ‚Systematische indeling van de industrietakken van de Europese Gemeenschappen' (N. I. C. E.); zij zijn weergegeven in de bijlage van deze richtlijn.

2. De richtlijn is niet van toepassing op:

a) industriële installaties, van mechanische, elektrische en energie-opwekkende aard, behalve het gedeelte van deze installaties dat technisch onder de bouwkunde valt;

b) (...)

c) graafwerken, het boren van mijnschachten, baggerwerken, en de afvoer van weggegraven grond, verricht met het oog op de winning van delfstoffen (extractieve nijverheid)."

25. Vastgesteld kan worden, dat de litigieuze Spaanse bepalingen een getrouwe weergave zijn van artikel 2, lid 2, sub a en c, van de richtlijn.

Aangezien richtlijn 71/305 de opdrachten waarop zij van toepassing is, omschrijft als de in artikel 2 van richtlijn 71/304 bedoelde opdrachten, en artikel 2 uitdrukkelijk de beide typen van opdrachten uitsluit, die ook door de litigieuze Spaanse bepalingen zijn uitgesloten, lijkt de opvatting van de Spaanse regering op het eerste gezicht juist te zijn.

26. De Commissie wijst er dienaangaande evenwel op, dat de verwijzing in artikel 1, sub a, van richtlijn 71/305 aldus moet worden opgevat, dat zij uitsluitend betrekking heeft op artikel 2, lid 1, van richtlijn 71/304, waarin volgens de Commissie de werkingssfeer van de richtlijn wordt omschreven, en niet op lid 2 van dit artikel, waarin de uitzonderingen van deze werkingssfeer worden opgesomd. Tot staving van deze opvatting voert de Commissie een aantal argumenten aan, onder andere dat richtlijn 71/304 verwijst naar het grondbeginsel van het vrij verrichten van diensten krachtens artikel 59 van het Verdrag, dat door het feit dat artikel 59 van het Verdrag na de overgangsperiode rechtstreeks van toepassing is geworden, artikel 2, lid 2, van richtlijn 71/304 geen nuttige werking meer heeft, dat het ondenkbaar is dat een richtlijn die het beginsel van het opheffen van beperkingen op het vrij verrichten van diensten bekrachtigt, de werkingssfeer beperkt van een richtlijn tot harmonisatie van wetgeving waarin de aan haar regeling onderworpen overheidsopdrachten limitatief zijn omschreven, en dat de beperkingen op het vrij verrichten van diensten die in de bepaling besloten liggen, in ieder geval verenigbaar moeten zijn met artikel 59 en volgende van het Verdrag.

27. Het betoog van de Commissie is moeilijk te volgen. Artikel 1, sub a, van richtlijn 71/305 spreekt uitdrukkelijk van „een der werkzaamheden als bedoeld in artikel 2" van richtlijn 71/304 en volgens mij lijdt het geen twijfel dat, zeker in het begin, de doelstelling hiervan was, de in artikel 2, lid 2 genoemde activiteiten buiten de werkingssfeer te doen vallen van de door richtlijn 71/305 aan de Lid-Staten opgelegde verplichtingen tot coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken.

Verder lijkt de kern van de argumentatie van de Commissie te zijn, dat het feit dat het Hof, na de vaststelling van beide richtlijnen, heeft verklaard dat de *verplichting tot liberalisatie* na het einde van de overgangsperiode een rechtstreeks gevolg was van artikel 59 van het Verdrag en dat richtlijn 71/304 aldus haar zelfstandige betekenis heeft verloren, betekent dat de toepassing van de *verplichtingen tot coördinatie* die voortvloeien uit richtlijn 71/305, zijn uitgebreid tot de in artikel 2, lid 2, sub a en c, van richtlijn 71/304 genoemde opdrachten.

De Commissie heeft geen argument aangevoerd, dat ons van de juistheid van een dergelijke conclusie kan overtuigen. In het begin waren er gronden aanwezig om de betrokken

opdrachten vrij te stellen van zowel de verplichting tot liberalisatie als de verplichte coördinatie. Deze gronden zijn niet uitdrukkelijk vermeld en het is derhalve onmogelijk om met enige zekerheid te zeggen in welke mate de uitvoering van de verplichting tot liberalisatie betekent, dat de redenen op grond waarvan de Raad heeft besloten dat de verplichtingen tot coördinatie niet op de betrokken opdrachten van toepassing zijn, eveneens zijn verdwenen. Mijns inziens staat vast, dat de door de Commissie verdedigde conclusie noodzakelijk, noch de meest voor de hand liggende is. Het in het Verdrag neergelegde verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en van alle andere ongerechtvaardigde en onevenredige beperkingen van het vrij verrichten van diensten is in beginsel op alle gebieden van toepassing. Daarentegen dient de Raad te beslissen, in hoeverre de verplichting tot liberalisatie die rechtstreeks voortvloeit uit het Verdrag, moet worden aangevuld door voorschriften die de Lid-Staten verplichten, hun nationale regels die niet in strijd zijn met het in het Verdrag bedoelde verbod, te coördineren. Derhalve dient de Raad eveneens de werkingssfeer van deze harmonisatieregels te bepalen.

De Raad heeft in 1971 de werkingssfeer van richtlijn 71/305 bepaald door te verwijzen naar artikel 2 van richtlijn 71/304. Deze afbakening is niet gewijzigd op grond van de later geconstateerde rechtstreekse toepasselijkheid van de in artikel 59 van het Verdrag opgenomen verbodsbepaling.

28. Daarentegen heeft de Raad bij de vaststelling, in 1989, van wijzigingen van richtlijn 71/305 artikel 1, sub a, aldus gewijzigd, dat de overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken voortaan in deze bepaling worden omschreven als opdrachten die betrekking hebben op werken in het kader van een van de in bijlage II bij de richtlijn vermelde werkzaamheden. Bijlage II komt overeen met klasse 50 van de „Systematische indeling van economische werkzaamheden in de Europese Gemeenschappen" (NACE), die in hoofdzaak overeenkomt met klasse 40 van de in artikel 2, lid 1, van richtlijn 71/304 bedoelde NICE.

29. Naar mijn mening zou het verkeerd zijn, indien het Hof het standpunt van de Commissie zou aanvaarden, dat de Spaanse wettelijke regeling, die de omzetting van de richtlijn in haar aanvankelijke versie tot doel heeft, niet rechtsgeldig de in artikel 2, lid 2, sub a en c, van richtlijn 71/304 opgesomde opdrachten van haar werkingssfeer kan uitsluiten.

30. Voorts wijst de Commissie erop, dat de litigieuze Spaanse regeling enkel in een vrijstelling voorziet van de verplichting tot aankondiging van opdrachten in het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* en dat de richtlijn een dergelijke mogelijkheid niet toelaat. Het is moeilijk te begrijpen, waarom het op zichzelf in strijd met de richtlijn zou zijn om een aantal van haar bepalingen toe te passen op opdrachten die niet in de richtlijn zijn opgenomen. Indien de betrokken opdrachten niet in de richtlijn zijn opgenomen, kunnen de Lid-Staten in beginsel zelf de procedures voor de aankondiging van opdrachten regelen en kan deze Lid-Staten bezwaarlijk worden verweten dat zij een aantal bepalingen van de richtlijn gebruiken, ofschoon het gemeenschapsrecht hen hiertoe niet verplicht.

31. Gelet op het voorafgaande, geef ik het Hof in overweging, vast te stellen dat artikel 29 bis, lid 1, sub 1 en 3, van de LCE

en artikel 93 ter, sub 1 en 3, van het RGCE verenigbaar zijn met richtlijn 71/305.

Bepalingen die niet-openbare procedures toestaan

32. De Commissie betoogt, dat een aantal Spaanse bepalingen die niet-openbare procedures toestaan, in strijd zijn met beide richtlijnen. De Commissie wijst erop, dat de richtlijnen een limitatieve lijst bevatten van de gevallen, waarin niet-openbare opdrachten zijn toegestaan, en dat volgens het arrest van het Hof van 10 maart 1987 (zaak 199/85, Commissie/Italië [12]) de betrokken bepalingen strikt dienen te worden uitgelegd.

De Spaanse regering heeft verklaard, dat een aantal van de litigieuze bepalingen betreffende niet-openbare opdrachten zal worden gewijzigd in het kader van een voor de LCE voorziene wijziging. Volgens de Commissie vormen de nieuwe bepalingen een juiste omzetting van de beide richtlijnen, doch zij handhaaft haar conclusie, omdat de nieuwe Spaanse bepalingen nog niet zijn vastgesteld en nog niet van kracht zijn.

33. De Spaanse regering, die niet betwist dat de litigieuze Spaanse bepalingen in elk geval op bepaalde punten derogeren aan de bepalingen van de richtlijn, merkt in het algemeen op, dat bij het onderzoek van een wettelijke bepaling allereerst alle redelijke mogelijkheden dienen te worden uitgeput om deze bepaling uit te leggen in overeenstemming met de bepaling van gemeenschapsrecht waaraan de bepaling wordt getoetst, en deze slechts onverenigbaar met de gemeenschapsrechtelijke bepaling moeten worden verklaard, indien een overeenkomstige uitlegging onmogelijk of onevenredig moeilijk is.

34. Deze opvatting is volstrekt onhoudbaar. Het is juist, dat de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties volgens het gemeenschapsrecht verplicht zijn, nationale voorschriften zodanig uit te leggen, dat zij zoveel mogelijk het gemeenschapsrecht in acht nemen. [13]

Dit betekent echter nog niet, dat het Hof in het kader van een beroep wegens niet-nakoming slechts de onverenigbaarheid van nationale bepalingen met het gemeenschapsrecht kan vaststellen, indien het onmogelijk blijkt, deze bepalingen zodanig uit te leggen dat zij verenigbaar zijn met de bepalingen van het gemeenschapsrecht. Zoals blijkt uit mijn eerder onderzoek van de rechtspraak van het Hof [14], vereist het beginsel van rechtszekerheid, dat de rechtsvoorschriften van de Lid-Staten ondubbelzinnig zijn geformuleerd, zodat burgers en ondernemingen op duidelijke en nauwkeurige wijze kennis kunnen nemen van hun rechten en plichten en de nationale rechters de naleving hiervan kunnen waarborgen. Hieruit volgt, dat het Hof — gelet op het beginsel van rechtszekerheid — die nationale bepalingen onverenigbaar met het gemeenschapsrecht moet verklaren, welke niet daadwerkelijk de volledige toepassing van de regels van de

12 — Jurispr. 1987, blz. 1039.

13 — Zie arresten Hof van 10 april 1984 (zaak 14/83, Von Colson en Kamann, Jurispr. 1984, blz. 1891, r. o. 26), en 13 november 1990 (zaak C-106/89, Marleasing, Jurispr. 1990, blz. I-4135, r. o. 8).

14 — Zie punt 5.

richtlijn op voldoende duidelijke en nauwkeurige wijze waarborgen. Aan deze criteria voor een juiste omzetting van richtlijnen is niet reeds voldaan, om de eenvoudige reden dat het mogelijk is de betrokken nationale bepalingen zodanig ruim uit te leggen, dat zij in overeenstemming met het gemeenschapsrecht kunnen worden toegepast.

35. Verder betoogt de Spaanse regering, dat aan het door de Commissie aangevoerde arrest in zaak 199/85, waarin een concrete uitlegging van de regels betreffende niet-openbare opdrachten centraal stond, uitleggingsbeginselen kunnen worden ontleend, die bruikbaar zijn voor de onderhavige zaak, die betrekking heeft op de rechtsgeldigheid van abstracte voorschriften.

36. Deze opvatting is eveneens onhoudbaar. In het arrest waar het hier om gaat, verklaarde het Hof met betrekking tot artikel 9, sub b en d, van richtlijn 71/305, dat deze „bepalingen, krachtens welke mag worden afgeweken van de regels die de doeltreffendheid van de door het Verdrag op het gebied van de overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken erkende rechten beogen te verzekeren, (...) strikt moeten worden uitgelegd, en dat degene die zich erop wil beroepen, [dient] te bewijzen dat de uitzonderlijke omstandigheden die afwijking rechtvaardigen, daadwerkelijk bestaan". [15] Naar mijn mening volgt hieruit in de eerste plaats, dat de in de richtlijnen opgenomen opsomming van de gevallen waarin niet-openbare opdrachten kunnen worden geplaatst, als limitatief moet worden beschouwd, en in de tweede plaats, dat ten aanzien van de omzetting van dergelijke derogatoire bepalingen in nationaal recht een zeer nauwgezette naleving van de door de betrokken bepalingen van de richtlijnen vastgestelde beperkingen en voorwaarden is vereist.

a. *Artikelen 37, lid 1, sub 1 en 87, lid 4, sub 1, LCE; artikelen 117, lid 1, sub 1 en 247, lid 4, sub 1, RGCE*

37. Artikel 37, lid 1, sub 1, LCE, dat wordt overgenomen in artikel 117, lid 1, sub 1, RGCE, bepaalt dat met betrekking tot overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, niet-openbare opdrachten kunnen worden geplaatst „voor werken, waarbij geen mededinging tussen de aanbiedingen mogelijk is, of waarbij om technische of bijzondere redenen mededinging niet opportuun is". Wat de opdrachten voor leveringen betreft, is een overeenkomende bepaling opgenomen in artikel 87, lid 4, sub 1, LCE, waaraan nochtans is toegevoegd: „zoals wanneer de opdracht betrekking heeft op produkten die worden beschermd door octrooien of auteursrechten, die modellen of kunstwerken vormen of die betrekking heeft op produkten die slechts een producent of bezitter hebben". Deze bepaling wordt overgenomen in artikel 247, lid 4, sub 1, RGCE.

38. De Commissie betoogt, dat richtlijn 71/305 en richtlijn 77/62 het niet toelaten dat in de door de litigieuze bepalingen beoogde gevallen gebruik wordt gemaakt van niet-openbare opdrachten. Zij wijst er in dit verband op, dat deze bepalingen de aanbestedende diensten een discretionaire bevoegdheid verlenen om te bepalen of er van zodanige omstandigheden sprake is dat het, om bijzondere redenen, niet mogelijk of opportuun is mededinging toe te laten.

15 — Zie r. o. 14.

39. De Spaanse regering voert aan, dat de litigieuze bepalingen aan de autoriteiten geen discretionaire bevoegdheid verlenen en dat zij onder artikel 9, sub b, van richtlijn 71/305 en artikel 6, sub b, van richtlijn 77/62 vallen.

40. Artikel 9, sub b, van richtlijn 71/305 bepaalt, dat de aanbestedende diensten niet-openbare opdrachten kunnen plaatsen „voor de werken waarvan de uitvoering om technische redenen, artistieke redenen of wegens de bescherming van exclusieve rechten, slechts aan een bepaalde ondernemer kan worden toevertrouwd". Het lijkt mij duidelijk, dat artikel 37, lid 1, sub 1, LCE niet met deze bepaling in overeenstemming is. Het is mogelijk, dat de uitdrukking „waarbij geen mededinging mogelijk is, of waarbij (...) mededinging niet opportuun is" zoals de Spaanse regering stelt, moet worden geacht, inhoudelijk overeen te komen met de in de richtlijn opgenomen voorwaarde, dat de uitvoering van werken „slechts aan een bepaalde ondernemer kan worden toevertrouwd". In de eerste plaats heeft de verwijzing in de bepaling naar „technische of bijzondere redenen" evenwel enkel betrekking op het tweede deel van de bepaling, dat de gevallen betreft, waarin mededinging niet opportuun is, hetgeen betekent dat het eerste deel van de bepaling de aanbestedende diensten kennelijk in algemene zin toestaat om niet-openbare opdrachten te plaatsen met een beroep op het feit dat „geen mededinging mogelijk is". In de tweede plaats is de verwijzing naar „bijzondere" redenen, in vergelijking met de door de richtlijn vereiste „technische redenen, artistieke redenen of wegens de bescherming van exclusieve rechten", te ruim en onbepaald.

41. Artikel 6, sub b, van richtlijn 77/62 komt in hoofdzaak overeen met artikel 9, sub b, van richtlijn 71/305. Het is juist, dat — zoals de Spaanse regering stelt — de in het tweede deel van artikel 87, lid 4, sub 1, LCE bedoelde criteria grotendeels lijken overeen te komen met die welke in artikel 6, sub b, van richtlijn 77/62 worden gebruikt. Het eerste deel van de bepaling, dat betrekking heeft op die gevallen waarin „mededinging tussen de opdrachten onmogelijk of niet opportuun is", is slechts door het voegwoord „zoals" met het tweede deel verbonden, waaruit mijns inziens blijkt, dat het tweede deel slechts een voorbeeld geeft en derhalve de plaatsing van niet-openbare opdrachten om andere dan de hierin genoemde redenen toelaat. Dit is onverenigbaar met de richtlijn die ten aanzien van dit punt uitputtend is.

42. Gelet op het voorafgaande, geef ik het Hof in overweging, vast te stellen dat artikel 37, lid 1, sub 1, LCE en artikel 117, lid 1, sub 1, RGCE onverenigbaar zijn met richtlijn 71/305, en dat artikel 87, lid 4, sub 1, LCE en artikel 247, lid 4, sub 1, RGCE onverenigbaar zijn met richtlijn 77/62.

b. *Artikelen 37, lid 1, sub 2, 87, lid 4, sub 2, LCE; artikelen 117, lid 1, sub 2, en 247, lid 4, sub 2, RGCE*

43. Artikel 37, lid 1, sub 2, LCE, dat wordt overgenomen in artikel 117, lid 1, sub 2, RGCE, bepaalt dat wat de opdrachten voor

de uitvoering van werken betreft, niet-openbare opdrachten kunnen worden geplaatst „voor werken die als urgent worden erkend, als gevolg van dringende behoeften, die een onmiddellijke uitvoering verlangen, die niet kan worden verwezenlijkt in het kader van de in artikel 26 van de onderhavige wet geregelde spoedprocedure en na akkoordverklaring door de aanbestedende dienst". [16] Wat de opdrachten voor leveringen betreft, kent artikel 87, lid 4, sub 2, LCE een gelijkluidende bepaling, die wordt overgenomen in artikel 247, lid 4, sub 2, RGCE.

44. De vraag is, of deze bepalingen in overeenstemming zijn met artikel 9, sub d, van richtlijn 71/305 en met artikel 6, sub d, van richtlijn 77/62. Beide laatstgenoemde bepalingen, die dezelfde strekking hebben, houden in, dat de aanbestedende diensten hun opdrachten voor de uitvoering van werken kunnen plaatsen zonder de bepalingen van de richtlijnen toe te passen — met uitzondering van voorschriften op technisch gebied — „in strikt noodzakelijke gevallen waarin de bij de uitvoering van een werk te betrachten dringende spoed, voortvloeiende uit voor de aanbestedende diensten onvoorziene gebeurtenissen, onverenigbaar is met de inachtneming van de termijnen behorende bij andere procedures". [17]

45. De Spaanse regering betwist het argument van de Commissie, dat de formulering van de litigieuze Spaanse bepalingen ruimer is dan die van de richtlijnen. De regering wijst erop, dat de Spaanse regelingen de drie in de richtlijnen vastgelegde voorwaarden bevatten. Wat de voorwaarde van de richtlijnen ten aanzien van *dringende spoed* betreft, betoogt de regering dat de begrippen „necesidades apremiantes" en „urgencia imperiosa" in beginsel dezelfde betekenis hebben, aangezien beide doelen op een noodzaak die geen enkel uitstel gedoogt. Wat de voorwaarde van de richtlijnen ten aanzien van *voor de aanbestedende diensten onvoorziene gebeurtenissen* betreft, wijst de regering erop, dat uit de rechtspraak van het Spaanse Constitutionele Hof voortvloeit, dat de onvoorzienbaarheid van gebeurtenissen onlosmakelijk met het begrip spoed is verbonden, zodat deze voorwaarde niet uitdrukkelijk behoeft te worden gepreciseerd. Ten slotte is in de voorwaarde van de richtlijnen, dat de betrokken gebeurtenissen *onverenigbaar zijn met de inachtneming van de termijnen behorende bij andere procedures*, uitdrukkelijk in de Spaanse wettelijke regeling voorzien.

46. Mijns inziens stelt de Spaanse wettelijke regeling op de eerste gezicht voorwaarden vast die min of meer overeenkomen met de door de richtlijnen vereiste *dringende spoed.* Weliswaar wordt — zoals de Commissie opmerkt — in de Spaanse bepalingen gesproken van urgentie als gevolg van „dringende behoeften", hetgeen op zichzelf niet volledig overeenkomt met een dringende spoed, maar er zij aan herinnerd dat deze „dringende behoeften" door de Spaanse bepalingen nader worden omschreven als behoeften die „een onmiddellijke uitvoering verlangen". Een voorwaarde die inhoudt, dat de urgentie moet voortvloeien uit dringende behoeften die een onmiddellijk handelen vereisen, heeft mijns inziens dezelfde restrictieve betekenis

16 — In het Spaans luidt deze bepaling als volgt: „Las de reconocida urgencia, surgida como consecuencia de *necesidades apremiantes* que demandaran una pronta ejecución que no pueda lograrse por medio de la tramitación urgente regulada en el articulo 26 de esta Ley, y previo acuerdo del órgano de contratación" (cursivering van mij).

17 — In het Spaans luiden deze bepalingen als volgt: „En la medida estrictamente necesaria, cuando una *imperiosa urgencia* resultante de acontecimientos imprevistos para los poderes adjudicadores no sea compatible con los plazos requeridos por otros procedimientos" (cursivering van mij).

als de eis van de richtlijnen, welke inhoudt dat het om dringende spoed moet gaan.

Naar mijn mening behoeft deze vraag echter niet diepgaand te worden behandeld. Het is volgens mij namelijk duidelijk, dat de Spaanse bepalingen niet beantwoorden aan de toepasselijke bepalingen van de richtlijnen, voor zover deze laatste de aanwezigheid van *voor de aanbestedende diensten onvoorziene gebeurtenissen* eisen. Niet wordt betwist, dat de Spaanse voorschriften geen uitdrukkelijke voorwaarde van deze strekking bevatten, en het staat buiten kijf dat het hierbij gaat om een zelfstandige voorwaarde die van belang is voor de toepassing van de bepaling. [18] De verklaring van de Spaanse regering, dat het Spaanse Constitutionele Hof in twee arresten heeft verklaard dat „het begrip spoed verband houdt met de noodzaak tot het ingrijpen in een situatie die, *om moeilijk te voorziene redenen,* een onmiddellijk ingrijpen vereisen", geeft mijns inziens een onvoldoende zekere waarborg voor de naleving van de voorwaarde van de richtlijn, dat het *voor de aanbestedende diensten onvoorziene gebeurtenissen* dienen te zijn.

47. Gelet op het voorafgaande, geef ik het Hof in overweging, vast te stellen dat artikel 37, lid 1, sub 2, LCE en artikel 117, lid 1, sub 2, RGCE onverenigbaar zijn met richtlijn 71/305, en dat artikel 87, lid 4, sub 2, LCE en artikel 247, lid 4, sub 2, RGCE onverenigbaar zijn met richtlijn 77/62.

18 — Zie dienaangaande arrest Hof van 18 maart 1992 (zaak C-24/91, Commissie/Spanje, Jurispr. 1992, blz. I-1989), waarin het Hof in rechtsoverweging 13 verklaarde, dat aan alle voorwaarden voor de toepassing van artikel 9, sub d, van richtlijn 71/305 cumulatief moet zijn voldaan.

c. *Artikelen 37, lid 1, sub 7, en 87, lid 4, sub 5, LCE; artikelen 117, lid 1, sub 7, en 247, lid 4, sub 5, RGCE*

48. Artikel 37, lid 1, sub 7, LCE, dat wordt overgenomen in artikel 117, lid 1, sub 7, RGCE, bepaalt dat, wat de opdrachten voor de uitvoering van werken betreft, niet-openbare opdrachten kunnen worden geplaatst „wanneer de aanbesteder niet de vereiste voorwaarden vervult om de overeenkomst te formaliseren (‚formalización'), mits de niet-openbare procedure in overeenstemming met de basisvoorwaarden plaats vindt en de prijs niet hoger is dan de prijzen die tot stand zijn gekomen na de openbare aanbesteding". Wat de opdrachten voor leveringen betreft, is een gelijkluidende bepaling opgenomen in artikel 87, lid 4, sub 5, LCE, waaraan echter is toegevoegd: „tenzij de overheidsdienst besluit, een nieuwe inschrijving te houden onder voorwaarden die in elk concreet geval worden vastgesteld". Deze bepaling wordt overgenomen in artikel 247, lid 4, sub 5, RGCE.

49. De Spaanse regering verklaart, dat de Spaanse wetgeving een verschil maakt tussen „adjudicación" of gunning van de opdracht en „formalización" die de uitvoering hiervan mogelijk maakt, en dat de litigieuze bepalingen „zijn ingegeven door de bijzondere situatie, waarin de dienst zich kan bevinden, wanneer zij na een gunning gebonden is door een definitief en rechtsgeldig contract, dat echter niet kan worden uitgevoerd, omdat de aannemer, op grond van hem toe te rekenen redenen, de verwezenlijking van de opdracht verhindert".

50. De Commissie wijst erop, dat richtlijn 71/305 en richtlijn 77/62 geen bepalingen van deze strekking bevatten, en dat de Spaanse bepalingen derhalve onverenigbaar met deze richtlijnen zijn. De Commissie betoogt, dat het probleem dat door de in de bepalingen bedoelde situatie ontstaat, waarbij de opdracht niet kan worden verwezenlijkt op grond van aan de aannemer toe te rekenen redenen, in beginsel moet worden opgelost door het starten van een nieuwe procedure door de aanbestedende diensten. De aanbestedende diensten hebben in een dergelijke situatie de mogelijkheid om in geval van spoed niet-openbare opdrachten te plaatsen, maar dienen in elk afzonderlijk geval na te gaan, of aan de voorwaarden voor een beroep op deze derogatie is voldaan.

51. De Spaanse regering betoogt, dat de door de Spaanse bepalingen bedoelde situatie wordt gekenmerkt door dringende spoed als gevolg van onvoorzienbare gebeurtenissen, als bedoeld in artikel 9, sub d, van richtlijn 71/305 en in artikel 6, sub d, van richtlijn 77/62, die een niet-openbare procedure kan rechtvaardigen. [19]

Verder verklaart zij, dat in de Spaanse bepalingen strikte voorwaarden zijn vastgelegd, die niet zijn opgenomen in de bepalingen van de richtlijn, namelijk dat de basisvoorwaarden voor de oorspronkelijke openbare aanbesteding moeten worden nageleefd en dat de uiteindelijke aanbesteding niet dient plaats te vinden tegen een prijs die hoger is dan die van de oorspronkelijke openbare aanbesteding. Bovendien wordt voor de in artikel 37, lid 2, LCE opgenomen procedure voor de plaatsing van niet-openbare opdrachten als voorwaarde gesteld, dat met ten minste drie ondernemingen wordt onderhandeld. Op grond hiervan betoogt de regering, dat de litigieuze bepalingen een „voordeliger" oplossing bevatten dan de oplossingen die de Commissie bepleit.

Ten slotte wijst de regering erop, dat de litigieuze bepalingen een situatie behandelen die erg lijkt op die van artikel 9, sub a, van richtlijn 71/305, door de Spaanse regering omschreven als „de procedure zonder resultaat, die tot geen enkele aanbesteding leidt", en dat er des te meer redenen zijn om niet-openbare procedures toe te laten in de betrokken situatie, die ernstiger is, omdat de procedure in „een later stadium is afgebroken".

52. De opvatting van de Commissie in dezen krijgt mijn volledige ondersteuning. Het is niet mogelijk om in algemene zin vast te stellen, dat het in casu gaat om gevallen zoals die, welke zijn opgenomen in de bepalingen van de richtlijnen inzake spoed. De vraag, of er in dit soort van situaties sprake is van spoed moet, zoals de Commissie betoogt, in elk concreet geval afzonderlijk worden beoordeeld.

Het is dienaangaande niet van belang, dat het Spaanse recht in striktere voorwaarden voor de niet-openbare procedure voorziet. Evenmin van belang is, dat artikel 9, sub a, van richtlijn 71/305 de niet-openbare procedure toelaat, wanneer na afloop van de openbare procedure geen aanvaardbare inschrijvingen zijn ontvangen. Deze situatie verschilt van die in deze zaak, waarin het, zoals de Commissie stelt, juist wel mogelijk is om de

19 — De Spaanse regering voegt hieraan toe, dat indien, normaal gesproken, de reeds verstreken termijnen van uitvoering niet via de gewone procedures kunnen worden gehaald, artikel 87, lid 4, sub 5, LCE uitdrukkelijk in een dergelijke mogelijkheid voorziet.

opdracht aan de een na laagste inschrijver te gunnen of waarin er hoe dan ook geen concrete redenen zijn voor de vrees dat een nieuwe aanbestedingsprocedure niet tot aanvaardbare inschrijvingen zal leiden. [20]

53. Gelet op het voorafgaande, geef ik het Hof in overweging, vast te stellen dat artikel 37, lid 1, sub 7, LCE en artikel 117, lid 1, sub 7, RGCE onverenigbaar met richtlijn 71/305, en dat artikel 87, lid 4, sub 5, LCE en artikel 247, lid 4, sub 5, RGCE onverenigbaar zijn met richtlijn 77/62.

d. *Artikel 37, lid 1, sub 8, LCE en artikel 117, lid 1, sub 8, RGCE*

54. Artikel 37, lid 1, sub 8, LCE, dat wordt overgenomen in artikel 117, lid 1, sub 8, RGCE, bepaalt, dat wat de opdrachten voor de uitvoering van werken betreft, niet-openbare procedures mogelijk zijn „voor werken ter voltooiing van werken, waarvan de contracten onder de in het voorgaande lid genoemde voorwaarden zijn ontbonden, onverminderd de toepassing, in voorkomend geval, van de bepalingen sub 2 van dit artikel (spoed)".

55. De Commissie wijst erop, dat deze bepaling onverenigbaar is met richtlijn 71/305 en verwijst dienaangaande naar de argumenten die zij met betrekking tot het vorige punt naar voren heeft gebracht.

56. De Spaanse regering betoogt enkel, dat zij ter rechtvaardiging van deze bepaling niet een even heldere verklaring kan aanvoeren als in het voorgaande geval, en dat de bepaling in het kader van een toekomstige wijziging van de LCE zal worden ingetrokken.

57. Gelet op het voorafgaande, geef ik het Hof in overweging, vast te stellen dat artikel 37, lid 1, sub 8, LCE en artikel 117, lid 1, sub 8, RGCE onverenigbaar zijn met richtlijn 71/305.

e. *Artikel 120, lid 1, sub 1, 2 en 6, van de Texto Refundido del Régimen Local*

58. De Commissie verklaart, dat artikel 120, lid 1, sub 1, 2 en 6, van Real Decreto Legislativo 781/1986 inzake lagere publiekrechtelijke lichamen de gevallen opsomt, waarin niet-openbare procedures zijn toegestaan, die vergelijkbaar zijn met de hierboven besproken bepalingen van de LCE en het RGCE en zij wijst erop, dat deze bepalingen derhalve eveneens is strijd zijn met de richtlijnen.

59. Een en ander wordt door de Spaanse regering niet betwist en het Hof kan derhalve de conclusie van de Commissie dienaangaande aanvaarden.

60. Partijen verschillen daarentegen van mening omtrent de gevolgen van de onverenigbaarheid. De Spaanse regering stelt, dat wijziging van het Decreto Legislativo inzake

20 — Ten slotte kan geen doorslaggevende betekenis worden gehecht aan het feit, dat artikel 87, lid 4, sub 5, LCE de mogelijkheid van een gewone procedure toelaat, aangezien de aanbestedende diensten hierbij een discretionaire bevoegdheid hebben en niet een verplichting die ontstaat, wanneer in een concreet geval de voorwaarden inzake spoed niet zijn vervuld.

lagere publiekrechtelijke lichamen niet vereist is, aangezien de plaatsing van niet-openbare opdrachten door lagere publiekrechtelijke lichamen rechtstreeks wordt geregeld door de relevante bepalingen van de LCE en het RGCE. De Spaanse regering verklaart dienaangaande, dat volgens de eerste slotbepaling van het Real Decreto, vastgesteld tot aanpassing van de LCE en het RGCE aan de richtlijnen, de bepalingen van de LCE en het RGCE het karakter van een basiswet bezitten.

61. Het Hof kan, volgens een vaststaand beginsel, in het onderhavige arrest enkel vaststellen dat de betrokken bepalingen in strijd zijn met de verplichtingen die krachtens het gemeenschapsrecht op Spanje rusten, waarna het aan Spanje staat om de noodzakelijke conclusies uit een dergelijke vaststelling te trekken.

Het kan echter nuttig zijn te vermelden, dat intrekking van de betrokken bepaling de oplossing is die het meest met de vereisten van het gemeenschapsrecht in overeenstemming is. Indien deze voorschriften niet worden ingetrokken, bestaat er in het nationale recht de mogelijkheid van een onjuiste toepassing van de wetgeving, en de daaruit voortvloeiende rechtsonzekerheid is op zichzelf in strijd met het gemeenschapsrecht.

62. Gelet op het voorafgaande, geef ik het Hof in overweging, vast te stellen dat artikel 120, lid 1, sub 1, 2 en 6, van het Decreto Legislativo inzake lagere publiekrechtelijke lichamen onverenigbaar is met richtlijn 77/62 en richtlijn 71/305.

Bepalingen betreffende de voorschriften inzake deelneming en de kwalitatieve selectiecriteria

63. De Commissie concludeert, dat een reeks van Spaanse bepalingen betreffende de deelneming aan inschrijvingsprocedures alsmede de kwalitatieve selectiecriteria in strijd zijn met het gemeenschapsrecht. Het lijkt mij nuttig, om bij wijze van inleiding een kort overzicht te geven van de relevante bepalingen van beide richtlijnen, alsmede van de rechtspraak van het Hof op dit gebied.

Blijkens artikel 20 van richtlijn 71/305 en artikel 17 van richtlijn 77/62 vindt de gunning van overheidsopdrachten in twee fasen plaats. Allereerst vindt de selectie plaats van aannemers of leveranciers die de nodige kwalificaties bezitten om aan de aanbesteding te kunnen deelnemen. Dit onderzoek naar de geschiktheid van de inschrijvers houdt in de eerste plaats in, dat wordt nagegaan of de inschrijvers van deelneming aan de aanbesteding moeten worden uitgesloten op grond van insolvabiliteit of onbetrouwbaarheid. In de tweede plaats worden de economische en financiële draagkracht en de technische bekwaamheid van de inschrijvers onderzocht. Wanneer de selectie van inschrijvers die kunnen deelnemen aan de aanbesteding heeft plaatsgevonden, wordt de opdracht gegund in overeenstemming met de criteria die zijn vastgelegd in artikel 29 van richtlijn 71/305 en artikel 25 van richtlijn 77/62, dat wil zeggen in beginsel hetzij op basis van de laagste prijs, hetzij op basis van de economisch voordeligste aanbieding.

64. De criteria voor de kwalitatieve selectie van inschrijvers zijn opgenomen in de artikelen 23 tot en met 28 van richtlijn 71/305 en

de artikelen 20 tot en met 24 van richtlijn 77/62, welke in hoofdzaak gelijkluidend zijn.

Artikel 23 van richtlijn 71/305 en artikel 20 van richtlijn 77/62 geven een opsomming van omstandigheden inzake *de betrouwbaarheid* en *de solvabiliteit* van inschrijvers, welke hun uitsluiting van deelneming aan een opdracht kunnen rechtvaardigen. De bepalingen bevatten eveneens een lijst van documenten en verklaringen, waarvan de overlegging door de aanbestedende diensten kan worden verlangd ten bewijze dat de ondernemer niet in een van de genoemde omstandigheden verkeert. Artikel 24 van richtlijn 71/305 en artikel 21 van richtlijn 77/62 bepalen, dat iedere aannemer of leverancier die aan een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken of voor leveringen wenst deel te nemen, kan worden verzocht aan te tonen dat hij is ingeschreven in het *beroepsregister* van het land waar hij is gevestigd. Artikel 25 van richtlijn 71/305 en artikel 22 van richtlijn 77/62 bepalen, op welke wijze de inschrijvers hun *financiële* en *economische* draagkracht kunnen aantonen. Artikel 26 van richtlijn 71/305 en artikel 23 van richtlijn 77/62 bepalen op welke wijze de inschrijvers hun *technische bekwaamheid* kunnen aantonen. Artikel 27 van richtlijn 71/305 en artikel 24 van richtlijn 77/62 bepalen, dat de aanbestedende diensten kunnen verlangen dat de leverancier de overgelegde getuigschriften en bescheiden *aanvult of nader toelicht*, maar dat een en ander dient te geschieden binnen de grenzen gesteld in respectievelijk de artikelen 23 tot en met 26 van richtlijn 71/305 en de artikelen 20 tot en met 23 van richtlijn 77/62. Ten slotte bevat artikel 28 van richtlijn 71/305 regels betreffende de inschrijving op in bepaalde Lid-Staten bestaande *officiële lijsten van erkende aannemers*, en bepaalt het onder andere, in hoeverre een aannemer de inschrijving op een dergelijke lijst kan gebruiken om aan te tonen dat hij voldoet aan de in de artikelen 23 tot en met 26 van de richtlijn neergelegde criteria van geschiktheid.

65. Het Hof heeft twee arresten gewezen, die belangrijke uitleggingsgegevens bevatten voor de toepassing van deze bepalingen. Het betreft de arresten van het Hof van 10 februari 1982 (zaak 76/81, Transporoute [21]) en 20 september 1988 (zaak 31/87, Beentjes [22]). De uitlegging van het Hof betrof de relevante bepalingen van richtlijn 71/305, maar kan evenzeer bij wijze van analogie op de overeenkomstige bepalingen van richtlijn 77/62 worden toegepast. Uit beide arresten kan worden afgeleid,

— dat de aanbestedende diensten de geschiktheid van de aannemers die niet zijn uitgesloten om redenen betreffende hun eigen situatie, enkel kunnen beoordelen op basis van criteria die verband houden met hun economische en financiële draagkracht en technische bekwaamheid [23],

— dat de in de richtlijnen opgesomde lijst van referenties die kunnen worden ver-

21 — Jurispr. 1982, blz. 417.

22 — Jurispr. 1988, blz. 4635.

23 — Zie r. o. 17 van het arrest Beentjes, waarin het Hof verklaarde: „Artikel 20 bepaalt, dat de aanbestedende diensten de geschiktheid van de aannemers onderzoeken overeenkomstig de in de artikelen 25 tot en met 28 vermelde criteria betreffende de economische, financiële en technische capaciteit. Deze artikelen beogen niet de bevoegdheid van de Lid-Staten af te bakenen om het niveau te bepalen van de voor de deelneming aan de overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken vereiste economische en financiële draagkracht; zij strekken er slechts toe vast te stellen, door welke referenties of bewijsmiddelen de financiële en economische draagkracht en technische bekwaamheid van de aannemers kan worden aangetoond (...). Niettemin volgt uit deze bepalingen, dat *de aanbestedende diensten de geschiktheid van de aannemers enkel kunnen beoordelen op basis van criteria die verband houden met hun economische en financiële draagkracht en technische bekwaamheid*" (cursivering van mij).

langd als bewijs voor de betrouwbaarheid etc. en technische bekwaamheid van de inschrijvers limitatief is, en zich derhalve niet ertegen verzet dat de aanbestedende diensten andere dan in de richtlijnen vermelde bewijzen verlangen, voor zover het gaat om het aantonen van de vereiste financiële en economische draagkracht van de inschrijvers. [24]

66. De aanbestedende diensten behouden de mogelijkheid om voor de plaatsing van overheidsopdrachten andere voorwaarden te stellen dan die betreffende het onderzoek van de geschiktheid van aannemers op basis van hun technische bekwaamheid alsmede hun financiële en economische draagkracht, of betreffende de criteria voor gunning van de betrokken opdracht. In zijn arrest in de zaak Beentjes heeft het Hof verklaard, dat aanvullende contractuele clausules op zichzelf niet onverenigbaar met richtlijn 71/305 zijn. [25] Het Hof heeft evenwel ook verklaard, dat dergelijke contractuele clausules slechts verenigbaar met de richtlijn zijn, indien zij in de eerste plaats alle relevante bepalingen van het gemeenschapsrecht eerbiedigen en met name de verboden die voortvloeien uit de in het Verdrag neergelegde beginselen inzake het recht van vestiging en het vrij verrichten van diensten, en dat zij moeten worden toegepast met inachtneming van alle procedurevoorschriften van de richtlijn, in het bijzonder de bepalingen inzake bekendmaking. [26]

67. De conclusie van de Commissie betreffende de niet-naleving van de bepalingen inzake deelneming en de kwalitatieve selectiecriteria dient in deze samenhang te worden bezien.

24 — In r. o. 9 van het arrest Transporoute verklaarde het Hof: „Zo preciseert artikel 27 dat de aanbestedende diensten de aannemer slechts binnen de grenzen gesteld in de artikelen 23 en 26 van de richtlijn kan verzoeken, de overgelegde getuigschriften en bescheiden aan te vullen. *Ingevolge deze artikelen mogen de Lid-Staten slechts andere dan de uitdrukkelijk in de richtlijn vermelde referenties vragen bij de beoordeling van de financiële en economische draagkracht van de ondernemingen*, waarvan sprake is in artikel 25 van de richtlijn" (cursiveringen van mij).
In deze zaak ging het om de vraag, of de eis dat de aannemer in het bezit dient te zijn van een vestigingsvergunning van de Lid-Staat waar de gunning plaatsvindt, verenigbaar was met de richtlijn. In r. o. 10 verklaarde het Hof: „Daar de betrokken vestigingsvergunning (...) niet is bedoeld om de financiële en economische draagkracht van de ondernemingen, maar om *de vakbekwaamheid en de betrouwbaarheid* van hun bestuurders vast te stellen, valt zij (...) *buiten de in de richtlijn limitatief toegestane bewijsmiddelen*" (cursiveringen van mij).
Gelet op het voorgaande, verklaarde het Hof voor recht: „'s Raads richtlijn nr. 71/305 moet aldus worden uitgelegd, dat zij zich ertegen verzet dat een Lid-Staat van een in een andere Lid-Staat gevestigde inschrijver verlangt dat hij de vervulling van de in de artikelen 23-26 van deze richtlijn genoemde criteria van betrouwbaarheid en vakbekwaamheid bewijst met andere middelen, zoals een vestigingsvergunning, dan in die bepalingen zijn vermeld."
De opvatting dat de richtlijnen geen limitatieve opsomming bevatten van de documenten die kunnen worden verlangd als bewijs van de economische en financiële geschiktheid van inschrijvers, is aanvaard in het arrest van het Hof van 9 juli 1987 (gevoegde zaken 27/86-29/86, Bellini, Jurispr. 1987, blz. 3347, r. o. 10, 11 en 17).

25 — Het Hof kwam tot dit resultaat onder andere op grond van de overweging, dat „de richtlijn geen eenvormige en uitputtende communautaire regeling behelst, doch dat de Lid-Staten binnen het kader van de gemeenschappelijke regels die zij bevat, vrij blijven om materiële en procedureregels inzake aanbesteding van openbare werken te handhaven of vast te stellen, mits zij daarbij alle relevante bepalingen van het gemeenschapsrecht eerbiedigen (...)" (r. o. 20).

26 — Zie r. o. 28-31 van het arrest Beentjes. Zie met betrekking tot deze praktijk voorts de mededeling van de Commissie van 22 september 1989, getiteld „Overheidsopdrachten, regionale en sociale aspecten" (PB 1989, C 311, blz. 7, punten 43-64).
Zie ook arrest Hof van 3 juni 1992 (zaak C-360/89, Commissie/Italië, Jurispr. 1992, blz. I-3401), dat een Italiaanse wettelijke regeling betrof, volgens welke bij de keuze, krachtens de bepalingen betreffende niet-openbare procedures overeenkomstig artikel 22 van richtlijn 71/305, door de aanbestedende dienst van de voor inschrijving uitgenodigde kandidaten „de voorkeur dient te worden gegeven aan tijdelijke verenigingen en consortiums waaraan ondernemingen deelnemen die hun hoofdactiviteit uitoefenen in de regio waar de werken worden uitgevoerd". Het Hof beperkte zich tot de vaststelling, dat een dergelijk selectiecriterium niet in de artikelen 23 tot en met 26 wordt genoemd en derhalve in strijd is met artikel 22 van de richtlijn. Hoewel het Hof in zijn analyse niet is ingegaan op de vraag, of het betrokken criterium verenigbaar was met de richtlijn, gelet op de in het arrest Beentjes vastgestelde beginselen, lijkt het er niet op dat de rechtspraak met dit arrest een andere weg inslaat.

a. *Artikel 24, lid 1, sub 1, en artikel 25, lid 1, sub 1 en 3, RGCE*

68. Artikel 24, lid 1, sub 1, RGCE bepaalt:

„Buiten de in artikel 23 van het onderhavige reglement gestelde voorwaarden dienen buitenlandse ondernemingen voor het sluiten van overeenkomsten met de administratie te voldoen aan de volgende voorwaarden:

1. onbeperkt rechtsbevoegd zijn om overeenkomsten te sluiten en verbintenissen aan te gaan krachtens de wetgeving van hun land".

Artikel 25, lid 1, sub 1, RGCE bepaalt:

„De hoedanigheid van persoon van de aannemers wordt tegenover de overheidsdienst op de volgende wijze aangetoond:

1. Indien de aannemer rechtspersoonlijkheid bezit, door middel van overlegging van de rechtsgeldig in het Handelsregister ingeschreven akte van oprichting of wijziging. Individuele aannemers dienen een nationaal identiteitsbewijs over te leggen of, in voorkomende geval, een document dat wettelijk hiervoor in de plaats kan treden.

(...)

3. Buitenlandse aannemers dienen een officiële vertaling van hun oprichtingsdocumenten over te leggen in het Castilliaans of, in voorkomende geval, in de taal van de Communidad Autonome, op het grondgebied waarvan de aanbestedende dienst is gevestigd, alsmede een door de Spaanse ambassade in het betrokken land afgegeven verklaring, inhoudende dat de aannemer krachtens de wetgeving van het betrokken land bevoegd is overeenkomsten te sluiten of verbintenissen aan te gaan."

69. De Commissie betoogt, dat de bovenvermelde, verplichte bewijsstukken niet worden genoemd in de richtlijnen 71/305 en 77/62 en dat zij, gelet op het uitputtend karakter van de richtlijnen, derhalve niet de uitsluiting van deelneming aan opdrachten kunnen rechtvaardigen van een aannemer die niet aan deze vereisten voldoet. Volgens de Commissie hebben de aanbestedende diensten voldoende mogelijkheden om te verifiëren of de buitenlandse aannemers rechtsbevoegdheid en de status van rechtspersoon bezitten, aangezien zij van de inschrijvers het bewijs kunnen eisen dat zij in het beroepsregister van hun land van herkomst staan ingeschreven, en dat zij niet in een van de in artikel 23 van richtlijn 71/305 en artikel 20 van richtlijn 77/62 bedoelde omstandigheden verkeren. De Commissie heeft ter terechtzitting gepreciseerd, dat het stellen van de eis dat de inschrijvers rechtsbevoegd zijn, op zichzelf verenigbaar is met het gemeenschapsrecht.

70. De Spaanse regering voert aan, dat een vereiste betreffende de rechtsbevoegdheid logischerwijze vooraf gaat aan de vereisten van de richtlijn op het gebied van de economische en financiële draagkracht, de technische bekwaamheid alsmede de betrouwbaarheid, dat dit vereiste noodzakelijk is om de aannemers te kunnen aanspreken, en dat dit vereiste geen onderscheid maakt tussen Spaanse en buitenlandse inschrijvers. Ter aanvulling van het voorafgaande benadrukte

de Spaanse regering, dat artikel 24, lid 1, sub 1, RGCE inschrijvers niet de verplichting oplegt om bepaalde documenten over te leggen, maar enkel een abstracte voorwaarde betreffende de rechtsbevoegdheid stelt. Voor het overige is de Spaanse regering van mening, dat de richtlijnen onvoldoende voorschriften bevatten omtrent het bewijs van de rechtsbevoegdheid van aannemers en hun status van rechtspersoon, zodat in artikel 25, lid 1, sub 1 en 3, RGCE opgenomen bepalingen gerechtvaardigd zijn. [27]

71. Zoals reeds ter inleiding is opgemerkt, volgt uit de rechtspraak van het Hof, dat bij de beoordeling van de wettigheid van de uitsluitingscriteria, die de deelneming aan aanbestedingen voor overheidsopdrachten verhinderen, in de eerste plaats het karakter van de voorwaarde in geding moet worden vastgesteld.

Men kan uiteraard van mening verschillen over de vraag of een vereiste met betrekking tot de rechtsbevoegdheid deel uitmaakt van de criteria in de bepalingen van de richtlijnen betreffende de kwalitatieve selectie van inschrijvers. Het is daarentegen moeilijk denkbaar, dat dit vereiste een ander doel heeft dan te garanderen dat het gaat om een betrouwbare inschrijver die in staat is de opdracht uit te voeren en in het voorkomende geval kan worden aangesproken bij niet-uitvoering van de opdracht. Mijns inziens betreft het derhalve een vereiste dat daadwerkelijk deel uitmaakt van het gebied, waarbinnen de richtlijnen limitatief de bewijzen wensten op te sommen die kunnen worden gevraagd. [28]

Deze opmerkingen dienen van een belangrijk voorbehoud te worden voorzien. Het gemeenschapsrecht verzet er zich uiteraard niet tegen, dat aanbestedende diensten weigeren om opdrachten te gunnen aan aannemers die niet rechtsbevoegd zijn. In die zin is het in artikel 24, lid 1, sub 1, bedoelde vereiste niet onwettig. De richtlijnen verzetten zich er echter wel tegen, wanneer in algemene zin wordt geëist dat aannemers hun rechtsbevoegdheid aantonen. Praktisch gezien, is het immers overbodig om specifieke eisen ten aanzien van het bewijs van de rechtsbevoegdheid van aannemers te stellen, aangezien van de aannemer kan worden verlangd dat hij aantoont dat hij staat ingeschreven in het beroepsregister van zijn land van herkomst en dat hij zich niet in een situatie van insolvabiliteit bevindt. Een dergelijke eis betreffende het bewijs, die volgens de aan ons verstrekte informatie niet wordt gesteld

27 — Partijen verschillen van mening omtrent het belang dat moet worden gehecht aan het feit, dat artikel 24 van richtlijn 71/305 slechts de beroepsregisters van zes Lid-Staten, en artikel 21 van richtlijn 77/62 slechts de beroepsregisters van negen Lid-Staten opsomt. De Commissie wijst erop, dat artikel 24 van richtlijn 71/305 is aangevuld bij de Toetredingsakten van 1972, 1979 en 1985 en dat artikel 21 van richtlijn 77/62 met betrekking tot de drie andere Lid-Staten gemakkelijk op analoge wijze kan worden toegepast. Ik kan mij geheel vinden in de opvatting van de Commissie dienaangaande en ik stel voor dit punt niet nader te onderzoeken.

28 — Mijns inziens bevat het arrest van het Hof in de zaak Transporoute elementen ter ondersteuning van deze uitlegging. In dit arrest verklaarde het Hof dat het vereiste van een vestigingsvergunning tot doel heeft de „vakbekwaamheid en de betrouwbaarheid van (...) bestuurders" vast te stellen en dat dit vereiste bijgevolg in strijd was met richtlijn 71/305, welke een uitputtende opsomming bevat van de bewijsmiddelen die kunnen worden verlangd om deze bekwaamheid aan te tonen. Het Hof heeft echter niet nader gepreciseerd, waarom een vestigingsvergunning als de onderhavige moet worden geacht de betrouwbaarheid van inschrijvers te betreffen. Hieruit leid ik af, dat alle documenten die niet enkel de betrouwbaarheid en de solvabiliteit stricto sensu van inschrijvers betreffen, maar hun algemene bekwaamheid tot het overeenkomen van overheidsopdrachten verenigbaar moeten zijn met de limitatieve opsomming van bewijsmiddelen in artikel 23, juncto artikel 24, betreffende de inschrijving in het beroepsregister van het land van oorsprong van de aannemer.

aan Spaanse inschrijvers, brengt voor buitenlandse inschrijvers een last met zich, die in alle redelijkheid niet kan worden gerechtvaardigd door de aan deze eis ten grondslag liggende doelstelling.

72. Voorts stelt de Commissie, dat de bepalingen van artikel 25, lid 1, sub 1 en 3, RGCE, voor zover deze van toepassing zijn op overheidsopdrachten voor uitvoering van werken, in strijd zijn met artikel 59 EEG-Verdrag betreffende het vrij verrichten van diensten.

73. Voor zover reeds is vastgesteld dat de litigieuze Spaanse bepalingen in strijd zijn met de richtlijnen, is de vaststelling dat zij in strijd zijn met artikel 59 van het Verdrag, van betrekkelijk weinig belang. Volstaan kan worden met de constatering dat de documenten die worden vereist naast de documenten die op basis van de richtlijnen van de aannemers kunnen worden verlangd, overbodig zijn, aangezien dergelijke eisen voor de betrokkenen een onnodige last met zich brengen. Dit gezegd zijnde, kan ook zonder meer artikel 59 EEG-Verdrag de strijd met worden vastgesteld.

74. Het is vaste rechtspraak van het Hof, dat artikel 59 EEG-Verdrag onder andere de opheffing beoogt van elke vorm van discriminatie van dienstverrichters op grond van hun nationaliteit of van de omstandigheid dat zij zijn gevestigd in een andere Lid-Staat dan waar de diensten moeten worden verricht. Nationale wettelijke bepalingen die niet zonder onderscheid van toepassing zijn op dienstverrichtingen, welke de oorsprong daarvan ook moge zijn, zijn uitsluitend verenigbaar met het gemeenschapsrecht, indien zij onder een uitdrukkelijke afwijkende bepaling kunnen vallen, zoals artikel 56 EEG-Verdrag, dat betrekking heeft op de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid. [29] Beperkingen op het vrij verrichten van diensten kunnen evenwel ook het gevolg zijn van de toepassing van nationale wettelijke bepalingen, die eenieder raken die op het nationale grondgebied is gevestigd, op dienstverrichters die op het grondgebied van een andere Lid-Staat zijn gevestigd en die reeds aan de wettelijke voorschriften van die staat moeten voldoen. Volgens vaste rechtspraak van het Hof zijn dergelijke beperkingen slechts verenigbaar met artikel 59 EEG-Verdrag, indien zij worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang waaraan niet reeds is voldaan op grond van de regels waaraan die dienstverrichters onderworpen zijn in de Lid-Staat waarin zij zijn gevestigd, en die dienstig zijn ter bereiking van het ermee beoogde doel, hetgeen inhoudt dat hetzelfde resultaat niet kan worden bereikt met minder vergaande maatregelen. [30]

75. De in artikel 25, lid 1, sub 1 en 3, opgesomde eisen die het overleggen van bepaalde documenten voorschrijven als voorwaarde voor het sluiten van contracten betreffende overheidsopdrachten, vormen beperkingen van het vrij verrichten van diensten. Mijns inziens dient de opvatting van de Commissie te worden aanvaard, dat het algemeen belang — ongeacht het beoogde doel — voldoende wordt gewaarborgd door de mogelijkheid, overlegging van de in richtlijn 71/305 opgesomde documenten te verlangen. De in het geding zijnde bepalingen zijn onverenigbaar met artikel 59 EEG-Verdrag, aangezien zij niet als objectief noodzakelijk kunnen worden beschouwd voor de bescherming van het

29 — Zie laatstelijk arrest Hof van 4 mei 1993 (zaak C-17/92, Federación de Distribuidores Cinematográficos, Jurispr. 1993, blz. I-2239, r. o. 13 en 16).

30 — Zie arrest Hof van 25 juli 1991 (zaak C-288/89, Collectieve Antennevoorziening Gouda, Jurispr. 1991, blz. I-4035, r. o. 12-15).

belang, respectievelijk de belangen die zij beogen te garanderen.

76. Gelet op het voorafgaande, geef ik het Hof in overweging, vast te stellen dat artikel 25, lid 1, sub 1 en 3, RGCE zowel onverenigbaar is met richtlijn 71/305 en richtlijn 77/62, als met artikel 59 EEG-Verdrag.

b. *Artikel 284, lid 5, RGCE*

77. Artikel 28 van richtlijn 71/305 heeft betrekking op de officiële lijsten van erkende aannemers die in een aantal Lid-Staten bestaan (zogenaamde classificatiestelsel) en bepaalt welk gebruik aannemers kunnen maken van de classificatiecertificaten, ten einde te kunnen aantonen dat zij voldoen aan bepaalde in de richtlijnen ten behoeve van hun selectie gestelde criteria.

78. Artikel 284, lid 5, bepaalt:

„Ten einde een beroep te kunnen doen op de bepalingen van lid 3 van het onderhavige artikel (dat wil zeggen om een beroep te kunnen doen op het recht om hun geschiktheid op andere wijzen dan door classificatie te bewijzen), dienen de buitenlandse aannemers van de Lid-Staten van de Europese Economische Gemeenschap door middel van een door het Raadgevend Comité inzake overheidsopdrachten afgegeven certificaat aan te tonen, dat zij niet staan ingeschreven op een lijst, of dat hun inschrijving niet is geschorst of geannuleerd."

Indien ik de mij ter beschikking staande informatie goed begrijp, moet deze bepaling in die zin worden begrepen, dat naar Spaans recht aannemers hun classificatiecertificaat moeten gebruiken en dat zij hun kwalificaties enkel op andere wijze kunnen aantonen, indien zij een door een Spaanse instantie afgegeven certificaat overleggen waaruit blijkt dat zij niet op de Spaanse lijst staan ingeschreven [31], of dat hun inschrijving niet is geschorst of geannuleerd.

79. De Commissie betoogt, dat uit richtlijn 71/305 [32] een recht voor aannemers kan worden afgeleid om naar keuze hun geschiktheid door middel van een classificatiecertificaat of op andere wijze aan te tonen. Het vereiste van een bijzonder certificaat als voorwaarde om op andere wijze dan door overlegging van een classificatiecertificaat zijn geschiktheid te kunnen aantonen, is derhalve volgens de Commissie in strijd met het stelsel van de richtlijn. Bovendien betoogde de Commissie, dat sprake is van een met artikel 59 EEG-Verdrag strijdige, ongerechtvaardigde en onevenredige beperking van het vrij verrichten van diensten.

80. De Spaanse regering voert aan, dat deze bepaling tot doel heeft, fraude in het stelsel van classificatie te voorkomen, welke fraude voor de aannemers van andere Lid-Staten bestaat in het ontduiken van de gevolgen van de schorsing of annulering van een eerdere inschrijving door gebruik te maken van de mogelijkheid hun geschiktheid door middel

31 — Volgens de Commissie stelt deze bepaling de voorwaarde van een „negatief" certificaat betreffende het feit dat de aannemer niet op de lijst van *in Spanje* ingeschreven aannemers staat ingeschreven. Deze uitlegging van de bepaling wordt niet door de Spaanse regering betwist.

32 — In haar verzoekschrift stelt de Commissie, dat de litigieuze bepaling krachtens artikel 109 LCE eveneens van toepassing is op overheidsopdrachten voor leveringen. De Spaanse regering wijst er evenwel op, dat de classificatievoorschriften zich in feite niet uitstrekken tot overheidsopdrachten voor leveringen. Na deze tegenwerping en in antwoord op een vraag hierover van het Hof, heeft de Commissie gepreciseerd, dat zij niet concludeert dat de bepalingen van richtlijn 77/62 zijn geschonden door artikel 284, lid 5, RGCE.

van andere bewijsstukken aan te tonen. Volgens de regering gaat het hierbij om een simpele formaliteit, waaraan eenvoudig kan worden voldaan en die niet als onredelijk of objectief ongerechtvaardigd kan worden beschouwd in verhouding tot de duidelijke en eenvoudige doelstelling van het voorkomen dat een opdracht wordt gegund aan een aannemer die niet aan de economische, technische en de financiële voorwaarden voor inschrijving op de lijst van erkende aannemers voldoet.

81. Ik deel het standpunt van de Commissie, dat de Lid-Staten niet het recht van aannemers kunnen beperken, om het bewijsmiddel te kiezen dat zij wensen te gebruiken om hun geschiktheid aan te tonen. De richtlijn gaat uit van de vrijheid van keuze [33], en de bepalingen van de richtlijn betreffende de bewijsmiddelen (zie de artikelen 23-26) bevatten geen machtiging voor het voorschrijven van een formaliteit als die welke in deze zaak wordt betwist. Verder moet de opvatting van de Commissie worden aanvaard, dat er sprake is van een belemmering van het vrij verrichten van diensten die niet kan worden gerechtvaardigd door de overwegingen, waarop de Spaanse regering zich beroept. In aanmerking genomen dat het onverenigbaar is met richtlijn 71/305 om te eisen dat aannemers voorkomen op de officiële lijst van aannemers in de Lid-Staat van de aanbesteding [34], kan eveneens geen belang worden gehecht aan de omstandigheid dat een dergelijke inschrijving op een gegeven moment is geschorst of geannuleerd. Doorslaggevend is enkel, dat aannemers op het ogenblik van de aankondiging van de aanbesteding kunnen aantonen, de vereiste geschiktheid te bezitten. Dit moet worden geacht voldoende te zijn gewaarborgd door de mogelijkheid om van inschrijvers de overlegging van de in richtlijn 71/305 opgesomde bewijsstukken te eisen.

82. Gelet op het voorafgaande, geef ik het Hof in overweging, vast te stellen dat artikel 284, lid 5, RGCE zowel onverenigbaar is met richtlijn 71/305 als met artikel 59 EEG-Verdrag.

c. *Artikel 287, lid 2, RGCE*

83. Artikel 287, lid 2, RGCE, betreffende de classificatie van aannemers in Spanje luidt als volgt:

„Daartoe worden bij voorrang de personele, de materiële en de financiële middelen beoordeeld, waarover de aannemers permanent op het Spaanse grondgebied beschikken."

84. De Commissie betoogt, dat deze bepaling in strijd is met richtlijn 71/305 [35] en met artikel 59 EEG-Verdrag.

85. De Spaanse regering is van mening, dat deze bepaling geen concrete rechtsgevolg heeft, aangezien zij de daarin bedoelde voorrang niet preciseert, en zij is om deze reden overigens van plan, de bepaling in te trekken.

33 — Zie arrest Bellini, reeds aangehaald, Jurispr. 1987, r. o. 24 en 25.

34 — Zie arrest Transporoute, reeds aangehaald, r. o. 12 en 13.

35 — In haar verzoekschrift betoogt de Commissie, dat de litigieuze bepaling krachtens de artikelen 320 en 330 RGCE eveneens van toepassing is op overheidsopdrachten voor leveringen. Zoals reeds eerder opgemerkt, wijst de Spaanse regering er evenwel op, dat de classificatievoorschriften zich niet uitstrekken tot overheidsopdrachten voor leveringen. Na deze tegenwerping en in antwoord op een vraag van het Hof heeft de Commissie gepreciseerd dat zij niet concludeert dat artikel 284, lid 5, RGCE onverenigbaar is met de bepalingen van richtlijn 77/62.

Voorts wijst de Spaanse regering erop, dat voor het geval de bepaling rechtsgevolg heeft, zij door artikel 26, sub c en d, van richtlijn 71/305 wordt gerechtvaardigd.

86. Artikel 28, lid 4, van richtlijn 71/305 bepaalt, dat voor „de inschrijving van aannemers op (...) [de officiële] lijst [van erkende aannemers] (...) geen andere bewijzen en verklaringen [mogen] worden verlangd dan die welke van de nationale aannemers worden gevraagd, en in geen geval andere bewijzen en verklaringen dan die welke in de artikelen 23 tot en met 26 zijn vermeld". Zoals de Commissie terecht opmerkt, is het ingevolge deze bepalingen niet toegestaan om van aannemers van andere Lid-Staten inlichtingen te verlangen betreffende de in artikel 287, lid 2, RGCE vermelde feiten. Artikel 26, sub c en d, van de richtlijn bepaalt, dat van de aannemer een verklaring kan worden verlangd, welke onder andere de outillage vermeldt, waarover de aannemer voor de uitvoering van het werk beschikt, alsmede een verklaring welke de gemiddelde jaarlijkse personeelsbezetting van de onderneming gedurende de laatste drie jaren vermeldt. Doorslaggevend bij de beoordeling van de litigieuze bepaling is nochtans, dat de richtlijn geen basis biedt voor het verlangen van nadere inlichtingen betreffende de personeelsbezetting, de outillage en de economische middelen *op het Spaanse grondgebied.* Artikel 287, lid 2, RGCE is derhalve onverenigbaar met richtlijn 71/305.

87. De Commissie heeft eveneens gelijk, wanneer zij betoogt dat de litigieuze bepaling een belemmering voor het vrij verrichten van diensten vormt. Deze bepaling moet aldus worden begrepen, dat de omstandigheid dat een aannemer niet (of slechts in geringe mate) over de outillage enzovoort op het Spaanse grondgebied beschikt, van belang kan zijn voor de inschrijving in Spanje, hetgeen op haar beurt gevolgen kan hebben voor de mogelijkheid van de betrokken aannemer om diensten in Spanje te verrichten. Hoewel formeel zowel op buitenlandse als op Spaanse aannemers van toepassing, lijkt mij deze bepaling in werkelijkheid Spaanse aannemers te bevoordelen; deze hebben immers veel meer mogelijkheden om over personeel en outillage op het Spaanse grondgebied te beschikken. [36] Anders gezegd betreft het een verkapte discriminatie op grond van nationaliteit, die geen grondslag vindt in een van de overwegingen die dergelijke bepalingen volgens het Verdrag kunnen rechtvaardigen.

88. Gelet op het voorafgaande, geef ik het Hof in overweging, vast te stellen dat artikel 287, lid 2, RGCE zowel onverenigbaar is met richtlijn 71/305, als met artikel 59 EEG-Verdrag.

d. *Artikel 312, lid 2, RGCE*

89. Dit artikel, dat bepaalt, welke bewijskracht door de autoriteiten van andere Lid-Staten afgegeven vergelijkbare verklaringen en documenten hebben, gelet op een reeks van Spaanse eisen op het gebied van het bewijs, is volgens de Commissie op bepaalde punten in strijd met artikel 28, lid 3, van richtlijn 71/305, dat voorziet in een regeling betreffende de bewijskracht van in andere

36 — Zie arrest Hof van 3 juni 1992 (zaak C-360/89, Commissie/Italië, Jurispr. 1992, blz. I-3401, r. o. 10, 11 en 12).

Lid-Staten afgegeven bewijzen van inschrijving. Dit wordt niet betwist door de Spaanse regering, die heeft meegedeeld, dat deze bepaling in de kader van een toekomstige wijziging van de LCE zal worden aangepast. Gelet op het voorafgaande, geef ik het Hof in overweging de conclusie van de Commissie dienaangaande toe te wijzen.

c. *Artikel 320, lid 3, sub 5, RGCE*

90. Dit artikel bepaalt, op welke wijze een leverancier zijn technische bekwaamheid kan aantonen, en verklaart onder andere dat dit bewijs kan worden geleverd door middel van certificaten die zijn opgesteld door de met de kwaliteitscontrole belaste, officiële Spaanse instituten of diensten betreffende de artikelen waar het om gaat. Naar het oordeel van de Commissie is deze bepaling in strijd met artikel 23, lid 1, sub e, van richtlijn 77/62, volgens hetwelk weliswaar de overlegging van kwaliteitscertificaten kan worden verlangd, maar niet dat deze worden opgesteld door een orgaan van de staat, waar de aanbestedende diensten zijn gevestigd. De Commissie betoogt tevens, dat dit vereiste een met artikel 30 EEG-Verdrag strijdige belemmering van het vrije verkeer van goederen vormt. Dit wordt niet betwist door de Spaanse regering, die heeft meegedeeld dat deze bepaling in het kader van een toekomstige wijziging van de LCE zal worden aangepast. De Spaanse regering voert enkel als argument aan, dat het een onjuiste formulering betreft, hetgeen door een niet-letterlijke uitlegging van de betrokken bepaling kan worden verholpen. Dit argument kan niet worden aanvaard. Gelet op het voorafgaande, geef ik het Hof in overweging, de conclusie van de Commissie toe te wijzen.

f. *Artikel 341 RGCE*

91. Artikel 341 RGCE luidt als volgt:

„Krachtens de vierde slotbepaling van de LCE kan de regering, indien zij dit wenselijk acht, aannemers die een bepaalde classificatie van het Ministerie van Financiën hebben verkregen, vrijstellen van het stellen van een voorlopige waarborg in geval van inschrijvingen bij opdrachten voor uitvoering van werken."

92. De Commissie wijst erop, dat deze mogelijkheid nader is uitgewerkt bij Real Decreto 1883/1979 van 1 juni 1979, ingevolge hetwelk de aanbestedende diensten in de bestekken mogen voorzien in een vrijstelling van de verplichting om een voorlopige waarborg te stellen, alsmede bij ministerieel besluit van 23 oktober 1979, dat in de mogelijkheid voorziet om een vrijstelling op te nemen in de bestekken van het Ministerie van Openbare Werken en Stadsplanning en zijn autonome organen.

93. De Commissie betoogt, dat artikel 341 RGCE onverenigbaar is met richtlijn 71/305 en artikel 59 EEG-Verdrag. De Commissie voert aan, dat de mogelijkheid om in te schrijven zonder te zijn geclassificeerd een recht van de aannemer is en dat de uitoefening van dat recht niet kan worden belemmerd op basis van de door de Spaanse autoriteiten aangevoerde gronden. De vrijstelling van de verplichting om een voorlopige waarborg te stellen, welke geldt voor geclassificeerde aannemers, vormt een financiële stimulans tot classificatie en leidt in de praktijk tot een beperking van het recht om in te schrijven op een aanbesteding zonder te zijn geclassificeerd.

De Commissie voegt hieraan toe, dat zij geen moeilijkheden ziet om het voordeel van vrijstelling van de voorlopige waarborg eveneens toe te kennen aan inschrijvers die hun bekwaamheid door andere middelen dan classificatie aantonen. Met behulp van bijvoorbeeld de hieronder uiteengezette bepalingen van artikel 23, eerste alinea, sub d en g, van richtlijn 71/305 beschikken de aanbestedende diensten volgens de Commissie over voldoende middelen om aan „onverantwoordelijke inschrijvers" een sanctie op te leggen.

94. De Spaanse regering wijst erop, dat de Spaanse bepalingen buitenlandse aannemers de mogelijkheid bieden om onder dezelfde voorwaarden als voor Spaanse aannemers gelden, twee typen van waarborgen te stellen voor een correcte uitvoering van de opdracht. Aannemers kunnen kiezen tussen het stellen van een voorlopige waarborg of het verkrijgen van een classificatie bij het Spaanse Ministerie van Financiën. Hieruit volgt, dat buitenlandse aannemers op dezelfde wijze als Spaanse aannemers verplicht kunnen worden, een voorlopige waarborg te stellen. In geval van niet-uitvoering van de opdracht kunnen de aanbestedende diensten deze niet-uitvoering bestraffen door hetzij de voorlopige waarborg verbeurd te verklaren, hetzij de classificatie te schorsen. De Spaanse regering voert aan, dat beide vormen van garantie voorkomen in artikel 16, sub i, van richtlijn 71/305, dat de aanbestedende diensten verplicht tot het opnemen in de aankondiging van de openbare procedure van „bepalingen inzake eventueel te storten borgsommen en alle andere te stellen waarborgen die (...) kunnen worden verlangd".

De Spaanse regering wijst erop, dat de aanbestedende diensten geen enkele mogelijkheid hebben om doeltreffende sancties op te leggen in het geval van niet-uitvoering van de opdracht, indien de vrijstelling van het stellen van een waarborg ook wordt verleend aan buitenlandse aannemers die hun economische en financiële draagkracht en hun technische bekwaamheid op een andere wijze dan door middel van classificatie hebben aangetoond.

95. Zoals uit het voorgaande blijkt, benadrukt de Spaanse regering de noodzaak van het verzekeren van een goede uitvoering van de opdrachten. Met deze doelstelling wordt in voldoende mate rekening gehouden door het vereiste van een voorlopige waarborg, dat door artikel 16, sub i, van richtlijn 71/305 gerechtvaardigd moet worden geacht. Mijns inziens biedt een classificatie bij het Spaanse Ministerie van Financiën daarentegen geen bijzondere waarborg voor een goede uitvoering van de overeengekomen opdracht. Volgens de Spaanse regering is deze waarborg gelegen in de „dreiging" dat in het geval van niet-uitvoering van de opdracht de classificatie wordt geschorst, met alle moeilijkheden van dien om naderhand in aanmerking te komen voor opdrachten. Een dergelijke „dreiging" met uitsluiting van toekomstige aankondigingen van inschrijvingen bestaat evenwel onafhankelijk van de vraag van de classificatie in Spanje. Zoals de Commissie opmerkt, bepaalt artikel 23, sub d en g, van de richtlijn, dat de aanbestedende diensten iedere aannemer van deelneming aan een overheidsopdracht kunnen uitsluiten, „die bij zijn beroepsuitoefening een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken" of „die zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan de afgifte van valse verklaringen bij het verstrekken van de inlichtingen die (...) kunnen worden verlangd" overeenkomstig het hoofdstuk betreffende de kwalitatieve selectiecriteria. Deze bepalingen bieden de aanbestedende diensten in elk geval de mogelijkheid om een opzettelijke niet-uitvoering van de overeengekomen opdracht te bestraffen — ook met betrekking tot de buitenlandse aannemers die hun economische en financiële draagkracht en hun

technische bekwaamheid op een andere wijze dan door classificatie hebben aangetoond — en deze mogelijkheid biedt mijns inziens dezelfde zekerheid voor de uitvoering van overeengekomen opdrachten, namelijk een „dreiging" met uitsluiting van toekomstige aanbestedingen, als de Spaanse regering door middel van het vereiste van classificatie beoogde.

Onder deze omstandigheden komt de Spaanse eis van classificatie bij het Spaanse Ministerie van Financiën als voorwaarde voor de vrijstelling van het stellen van een voorlopige waarborg in feite erop neer, dat buitenlandse ondernemers die niet in Spanje zijn ingeschreven, een bijzondere economische last wordt opgelegd. [37] Zoals de Commissie opmerkt, mogen aannemers ingevolge richtlijn 71/305 echter hun geschiktheid aantonen door overlegging van de in de artikelen 23 tot en met 26 van richtlijn 71/305 genoemde bewijsstukken of door overlegging van een bewijs van inschrijving in een andere Lid-Staat. Men kan niet verlangen, dat de aannemers staan ingeschreven in de Lid-Staat van de aanbesteding. [38] Het verbinden van economische lasten aan niet-inschrijving in Spanje is derhalve onverenigbaar met de richtlijn.

96. Een economisch last, opgelegd aan buitenlandse aannemers die niet staan ingeschreven in Spanje, vormt een belemmering van het vrij verrichten van diensten uit hoofde van artikel 59 EEG-Verdrag. Het argument van de Spaanse regering betreffende de noodzaak om de juiste uitvoering van de opdrachten te waarborgen, kan, zoals gezegd, niet worden aanvaard en het lijkt erop dat er geen andere redenen van algemeen belang zijn aan te voeren, die een bepaling als de onderhavige kunnen rechtvaardigen.

97. Gelet op het voorafgaande, geef ik het Hof in overweging, vast te stellen dat artikel 341 RGCE zowel onverenigbaar is met richtlijn 71/305, als met artikel 59 EEG-Verdrag.

Bepalingen op technisch gebied

98. De Commissie concludeert, dat wordt vastgesteld dat artikel 244 RGCE, waarin bepalingen betreffende technische voorschriften zijn opgenomen, in strijd is met artikel 7 van richtlijn 77/62.

99. Artikel 7, lid 1, van de richtlijn bepaalt onder andere, dat de technische specificaties opgesteld in het kader van overheidsopdrachten voor leveringen, met name met verwijzing naar ter zake passende normen moeten worden omschreven en dat het in dat geval aanbeveling verdient — in volgorde van voorkeur — te verwijzen naar communautaire normen, Europese normen, internationale normen, nationale normen en tot slot iedere andere norm. De Commissie wijst erop, dat de bepalingen betreffende de volgorde van voorkeur niet bij de litigieuze bepaling van het RGCE zijn omgezet.

100. De Spaanse regering erkent, dat de in artikel 7, lid 1, van richtlijn 77/62 vastgestelde volgorde van voorkeur niet is omgezet

37 — Wat de Spaanse aannemers betreft, blijkt de voorwaarde van classificatie verplicht te zijn. De Spaanse regering wijst erop, dat de voorwaarde van certificatie verplicht is voor overheidsopdrachten waarvan de waarde meer dan 20 miljoen PTA bedraagt en dat de mogelijkheid om de technische bekwaamheid en financiële draagkracht op een andere wijze dan door classificatie aan te tonen, niet voor Spaanse aannemers geldt. Ik begrijp deze uitlatingen aldus, dat voor opdrachten waarvan de waarde hoger is dan de bovengenoemde som, uitsluitend buitenlandse aannemers kunnen kiezen tussen classificatie en het stellen van een voorlopige waarborg.

38 — Zie arrest Transporoute, reeds aangehaald, r. o. 12 en 13.

in de Spaanse wetgeving, die enkel bepaalt dat de technisch specificaties met verwijzing naar nationale en internationale normen kunnen worden vastgesteld. De regering wijst er evenwel op, dat artikel 7 substantieel is gewijzigd bij artikel 8 van richtlijn 88/295 en dat het onder deze omstandigheden niet gepast en redelijk is om te eisen dat de Spaanse wetgeving aan richtlijn 77/62 wordt aangepast, of dat richtlijn 88/295 voor afloop van de omzettingstermijn is omgezet. Dienaangaande benadrukt de regering, dat aan Spanje een aanvullende termijn voor de omzetting van richtlijn 88/295 is gegund. De Spaanse regering voert aan, dat de conclusie van de Commissie in deze zaak onverenigbaar is met de verplichting, het de Lid-Staten zo gemakkelijk mogelijk te maken om de krachtens het Verdrag op hen rustende verplichtingen te vervullen, en zij verwijst dienaangaande naar artikel 5 EEG-Verdrag en naar de rechtspraak van het Hof, onder andere naar het arrest van 21 maart 1991 (zaak C-303/88, Italië/Commissie). [39]

101. De argumenten van de Spaanse regering kunnen niet worden aanvaard. Aan de verplichting tot omzetting van richtlijnen binnen de daartoe voorgeschreven termijnen wordt niet afgedaan door de omstandigheid dat deze richtlijnen naderhand zijn gewijzigd en noch uit artikel 5 EEG-Verdrag, betreffende de wederzijdse verplichting tot loyale samenwerking tussen de Lid-Staten en de instellingen van de Gemeenschap, noch uit de rechtspraak van het Hof valt af te leiden, dat de Commissie bevoegd is, vrijstelling te verlenen met betrekking tot de vastgestelde omzettingstermijn. Het moet derhalve bewezen worden geacht, dat het Koninkrijk Spanje de verplichtingen niet is nagekomen die op hem rusten krachtens artikel 7, lid 1, van richtlijn 77/62, aangezien het niet de door deze bepaling voorgeschreven volgorde van voorkeur binnen de voor de omzetting van de richtlijn voorziene termijnen ten uitvoer heeft gelegd.

102. De Commissie betoogt voorts, dat artikel 244, lid 2, RGCE in strijd is met artikel 7, lid 2, van richtlijn 77/62.

Artikel 244, lid 2, bepaalt onder andere:

„Tenzij het voorwerp van de aankondiging van inschrijving dit vereist, vermelden de technische specificaties geen produkten van een bepaald fabrikaat of bepaalde herkomst, dan wel bijzondere werkwijzen, waardoor bepaalde inschrijvers worden begunstigd of uitgeschakeld. Wanneer de aanbestedende dienst het voorwerp van de aankondiging van inschrijving niet op andere wijze met voldoende nauwkeurige en voor alle betrokkenen volkomen begrijpelijke specificaties kan omschrijven, kan hij verwijzen naar merken, octrooien of typen, mits een dergelijke verwijzing vergezeld gaat met de vermelding ‚of daarmee overeenstemmend'."

Artikel 7, lid 2, van richtlijn 77/62 luidt als volgt:

„Tenzij dergelijke specificaties door het voorwerp van de opdracht worden gerechtvaardigd, verbieden de Lid-Staten het opnemen in de contractsclausules die voor een bepaalde opdracht gelden, van technische specificaties die produkten van een bepaald fabrikaat of bepaalde herkomst, dan wel bijzondere werkwijzen vermelden, (...). Het is

39 — Jurispr. 1991, blz. I-1433.

onder meer verboden merken, octrooien of typen, of een bepaalde oorsprong of produktie aan te duiden; een dergelijke aanduiding, vergezeld van de vermelding ‚of daarmee overeenstemmend' is evenwel toegestaan wanneer het doel van de opdracht niet anders met voldoende nauwkeurige voor alle betrokkenen volkomen begrijpelijke specificaties omschreven kan worden."

103. De Commissie betoogt dienaangaande, dat artikel 244, lid 2, RGCE de mogelijkheid biedt om „een bepaalde herkomst of produktie" aan te duiden, zonder dat deze aanduidingen vergezeld gaan van de mededeling „of daarmee overeenstemmend".

104. De Spaanse regering voert aan, dat deze bepaling in de eerste plaats een algemeen verbod behelst, waarvan de formulering nagenoeg overeenkomt met de eerste volzin van artikel 7, lid 2, van richtlijn 77/62, en in de tweede plaats een uitzondering, welke in die zin verschilt van de overeenkomstige bepaling van artikel 7, lid 2, dat zij restrictiever is, aangezien zij met betrekking tot de technische specificaties geen aanduiding van een bepaalde herkomst of produktie toestaat, ook al gaat dit vergezeld van de mededeling „of daarmee overeenstemmend".

105. Het staat vast, dat artikel 7, lid 2, van de richtlijn de aanduiding verbiedt van zowel een *bepaalde herkomst* of een *bepaalde produktie* als de aanduiding van *merken*, *octrooien* of *typen*. Ook is het duidelijk, dat al deze aanduidingen zijn toegestaan, indien noodzakelijk en onder strikte voorwaarden, en indien zij vergezeld gaan van de vermelding „of daarmee overeenstemmend". Artikel 244, lid 2, RGCE vermeldt daarentegen de beide eerste aanduidingen in zijn eerste alinea en de drie laatste aanduidingen in zijn laatste alinea. Hierdoor wordt de bepaling onduidelijk. Bij een eerste, op haar letterlijke tekst gebaseerde lezing krijgt men de indruk, dat de aanduiding van een bepaalde herkomst of produktie mogelijk is, mits het voorwerp van de aankondiging van inschrijving dit rechtvaardigt, zonder dat hierbij de toevoeging van de vermelding „of daarmee overeenstemmend" is vereist; dat de aanduiding van merken, octrooien of typen mogelijk is, mits de aanbestedende diensten geen beschrijving van het voorwerp van de aankondiging van inschrijving middels andere specificaties kunnen geven, en deze aanduidingen vergezeld gaan van de vermelding „of daarmee overeenstemmend". Zoals gezegd, betoogt de Spaanse regering, dat deze uitlegging onjuist is, daar deze bepaling volstrekt niet de aanduiding van de herkomst van een artikel of zijn produktie toestaat. De uitlegging van de regering, die deze bepaling in overeenstemming met de richtlijn zou maken, is evenwel, zeker gelet op de formulering van de bepaling, onvoldoende zeker en derhalve moet de rechtssituatie op dit gebied als onduidelijk worden beschouwd, hetgeen op zichzelf in strijd is met de eisen van het gemeenschapsrecht inzake een juiste omzetting van richtlijnen.

106. Gelet op het voorafgaande, geef ik het Hof in overweging, vast te stellen dat artikel 244 RGCE onverenigbaar is met richtlijn 77/62.

Bepalingen betreffende gunningscriteria voor opdrachten

107. De door de Commissie in haar verzoekschrift neergelegde conclusie strekt ertoe, dat wordt verklaard, dat de wet van 24 november 1939 betreffende de organisatie en bescherming van de nationale industrie en

Real Decreto 946/1978 van 14 april 1978 betreffende pharmaceutische diensten onverenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht. De Spaanse regering heeft ter terechtzitting opgemerkt, dat deze bepalingen zijn ingetrokken. Onder deze omstandigheden heeft de Commissie haar conclusie ingetrokken.

De kosten

108. In het bovenstaande heb ik geconcludeerd tot verwerping van het beroep ter zake van de artikelen 2, sub 8, en 29 bis, leden 1, sub 1 en 3, LCE, en de artikelen 2, lid 8, 24, lid 1, sub 1, en 93 ter, sub 1 en 3, RGCE.

Evenwel in aanmerking genomen dat mijns inziens de conclusies van de Commissie op de wezenlijke punten dienen te worden toegewezen, geef ik het Hof in overweging, Spanje in de kosten te verwijzen.

Conclusie

Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging:

vast te stellen dat het Koninkrijk Spanje de verplichtingen niet is nagekomen die op hem rusten krachtens de artikelen 30 en 59 EEG-Verdrag, richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, en richtlijn 77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, door

— enige bepalingen te handhaven die een uitsluiting vormen van de werkingssfeer van de wetgeving inzake overheidsopdrachten, te weten artikel 2, sub 3, van de Ley de Contratos del Estado en artikel 2, sub 3, van het Reglamento General de Contratación del Estado;

— enige bepalingen te handhaven die niet-openbare procedures toestaan, te weten de artikelen 37, lid 1, sub 1, 2, 7 en 8, en 87, lid 4, sub 1, 2 en 5, van de Ley de Contratos del Estado; de artikelen 177, lid 1, sub 1, 2, 7 en 8, en 247, lid 4, sub 1, 2, en 5, van het Reglamento General de Contratación del Estado, alsmede artikel 120 van de Texto Refundido del Régimen Local;

— enige bepalingen te handhaven betreffende voorschriften inzake de deelneming en kwalitatieve selectiecriteria, te weten de artikelen 25, lid 1, sub 1 en 3, 284, lid 5, 287, lid 2, 312, lid 2, 320, lid 3, sub 5, en 341 van het Reglamento General de Contratación del Estado, en

— enige bepalingen te handhaven betreffende technische voorschriften, te weten artikel 244 van het Reglamento General de Contratación del Estado;

het beroep voor het overige te verwerpen, en

het Koninkrijk Spanje te verwijzen in de kosten.