wijze niet meer kan bevatten dan een eerste beknopte samenvatting van de bezwaren. Niets belet dus de Commissie om de grieven die zij in de schriftelijke ingebrekestelling in meer algemene termen heeft geformuleerd, in haar met redenen omkleed advies meer gedetailleerd uiteen te zetten.

2. In de zin van artikel 29, lid 1, van richtlijn nr. 71/305 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, onderstelt de gunning van het werk volgens de criteria voor de economisch gunstigste aanbieding, dat de aanbestedende dienst een discretionaire beslissing moet kunnen nemen op basis van variabele, op de ontwikkeling van de markt afgestemde kwalitatieve en kwantitatieve criteria en dus niet bij uitsluiting gebonden is aan het kwantitatieve criterium ontleend aan het gemiddelde der geboden prijzen.

3. Ingevolge artikel 5 EEG-Verdrag zijn de Lid-Staten verplicht, de Commissie de vervulling van haar taak te vergemakkelijken, die volgens artikel 155 van het Verdrag onder meer bestaat in het toezien op de toepassing van de bepalingen van het Verdrag en van de bepalingen welke de instellingen krachtens het Verdrag vaststellen.

   Wanneer een richtlijn de Lid-Staten daartoe een mededelingsplicht oplegt, teneinde de Commissie in staat te stellen na te gaan of de richtlijn werkelijk en volledig is uitgevoerd, maakt een Lid-Staat die niet aan die verplichting voldoet, zich schuldig aan een niet-nakoming, ook indien de Commissie langs andere weg kennis heeft gekregen van de door die Staat vastgestelde uitvoeringsbepalingen.

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL C. O. LENZ van 13 februari 1985 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

A. In deze zaak gaat het om de wijze waarop in Italië uitvoering is gegeven aan 's Raads richtlijn van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB 1971, L 185, blz. 5 e.v.).

Deze richtlijn speelde reeds een rol in zaak 10/76 (Commissie/Italië, arrest van 22 september 1976, Jurispr. 1976, blz. 1359). De inhoud der richtlijn werd bij die gelegenheid zo breedvoerig weergegeven, dat ik meen er thans zonder meer naar te mogen verwijzen.

Een eerste Italiaanse wet zag het licht op 2 februari 1973 en vormde de inzet van voormelde zaak, waarin op grond van het feit dat de richtlijn volgens haar artikel 32 uiterlijk op 29 juli 1972 had moeten zijn uitgevoerd, werd verklaard voor recht, dat de Italiaanse Republiek een krachtens het Verdrag op haar rustende verplichting niet was nagekomen door niet binnen de gestelde termijn (12 maanden na kennisgeving van

* Vertaald uit het Duits.

de richtlijn) de ter uitvoering van richtlijn nr. 71/305 nodige bepalingen vast te stellen.

Op 8 augustus 1977 kwam een nieuwe wet tot stand, waarbij, naar de Commissie verklaarde, de richtlijn op juiste wijze in Italiaans recht werd omgezet.

Maar daarbij bleef het niet; wet nr. 741 van 10 december 1981 wijzigde de situatie zodanig, dat de Commissie, toen zij ervan vernam, verschillende bepalingen van de Italiaanse regeling niet langer met de richtlijn in overeenstemming achtte.

De Italiaanse regering werd hierop bij telexbericht van 7 april 1982 gewezen, met verzoek te dezen haar standpunt te bepalen. Toen antwoord uitbleef, leidde de Commissie bij brief van 17 december 1982 een procedure ex artikel 169 EEG-Verdrag in: een aantal bepalingen van de Italiaanse wet van 10 december 1981 (met name de artikelen 9, 10, eerste, derde, vierde en vijfde alinea, 11, 13 en 15, tweede alinea) zouden onverenigbaar zijn met de voorschriften van de richtlijn; voorts zou artikel 33 van de richtlijn zijn geschonden, doordat de Italiaanse regering de tekst van genoemde wet niet ter kennis van de Commissie had gebracht.

De Italiaanse regering reageerde in een brief van 24 februari 1983, waarin de juistheid van de meeste argumenten der Commissie werd erkend en erop werd gewezen, dat men reeds een ontwerp tot wijziging van de gewraakte wet had voorbereid.

De Commissie, die men een afschrift van dat wetsontwerp had doen toekomen, kwam bij toetsing tot de slotsom, dat indien het ontwerp wet zou worden, de grond aan een aantal grieven zou ontvallen; aan andere grieven was evenwel in onvoldoende mate tegemoet gekomen. In ieder geval bracht zij, omdat de legislatieve procedure toen nog niet was afgesloten, op 2 augustus 1983 een met redenen omkleed advies uit als bedoeld in artikel 169 EEG-Verdrag. Voorts wendde zij zich, omdat wijziging van de rechtssituatie binnen de in het advies gestelde termijn was uitgebleven, op 10 december 1983 tot het Hof van Justitie met het verzoek om vast te stellen dat de Italiaanse Republiek met de krachtens het Verdrag op haar rustende verplichtingen in strijd had gehandeld door een aantal bepalingen ter uitvoering van richtlijn nr. 71/305 vast te stellen en door de belangrijkste bepalingen die in Italië met betrekking tot de plaatsing van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken waren vastgesteld, niet aan de Commissie mee te delen.

Tijdens de schriftelijke behandeling heeft verweerster een aantal grieven (namelijk die betreffende de artikelen 10, derde, vierde en vijfde alinea, en 13 van wet nr. 741) erkend. Omgekeerd heeft de Commissie in de verklaringen van de Italiaanse regering aanleiding gevonden te verklaren, dat zij enige grieven (betreffende artikel 11 en — ten dele — betreffende artikel 9 der wet) niet langer wilde handhaven.

Tijdens de mondelinge behandeling vernamen wij voorts dat op 8 oktober 1984 wet nr. 687 tot wijziging van wet nr. 741 en tot wijziging van de voorschriften betreffende de voorlopige waarborgsommen en de openbaarmaking is vastgesteld. De Commissie constateerde, dat de meeste nog overgebleven punten van geschil daardoor waren afgedaan. Een door de Italiaanse regering begane schending van verdragsverplichtingen zou derhalve nog slechts behoeven te worden vastgesteld met betrekking tot een gunningscriterium (dat in artikel 10, eerste alinea, van wet nr. 741 was geregeld en inge-

volge wet nr. 687 in de gewijzigde, doch inhoudelijk in hoofdzaak gelijke tekst van artikel 24, lid 1, b, van de wet van 8 augustus 1977 is teruggekeerd) alsook met betrekking tot de inbreuk op artikel 33 der richtlijn na de vaststelling van wet nr. 741.

De Italiaanse regering wil, als bekend, van een en ander niet weten.

B. Wij willen thans trachten te dezen ons standpunt te bepalen.

1. Wat het eerste punt van geschil betreft, heeft verweerster tijdens de *mondelinge behandeling* om te beginnen een *exceptie van niet-ontvankelijkheid* opgeworpen.

Het gewraakte artikel 10, eerste alinea, van wet nr. 741 (waarbij artikel 24 van de wet van 8 augustus 1977 inzake de bij de gunning te hanteren criteria in die zin werd aangevuld, dat gunning ook mogelijk is aan de inschrijver wiens aanbieding overeenkomt met het gemiddelde van de helft der offertes met de laagste prijzen, dan wel dat gemiddelde het dichtst benadert) zou volgens de Italiaanse regering in de schriftelijke ingebrekestelling alleen onverenigbaar zijn genoemd met artikel 29, lid 3, van de richtlijn, luidende:

„Het criterium van de prijs die volgens de geldende nationale regels wordt berekend (Italiaanse procedure van de geheime enveloppe), kan voor opdrachten voor een geraamd bedrag van niet meer dan 10 miljoen rekeneenheden gedurende een periode van 3 jaar, en voor opdrachten voor een geraamd bedrag van 1 tot 2 miljoen rekeneenheden gedurende een periode van 7 jaar, na het verstrijken van de in artikel 32 gestelde termijn verder worden toegepast."

Dit is, naar ik aan genoemde brief van de Commissie meen te mogen aflezen, kennelijk gebeurd omdat in artikel 4 van wet nr. 14 van 2 februari 1973 (waaraan in het gewraakte artikel 10 wordt gerefereerd) wederom wordt verwezen naar artikel 1, d, van de wet van 2 februari 1973, waarin sprake is van een vergelijking van *geheime* aanbiedingen met de gemiddelde waarden als bedoeld in artikel 4. In haar met redenen omkleed advies (en ten processe) zou de Commissie zich evenwel uitsluitend op het standpunt hebben gesteld, dat het genoemde gunningscriterium aan geen der in artikel 29, *lid 1*, der richtlijn bedoelde criteria beantwoordt en derhalve onverenigbaar is met deze bepaling, die luidt als volgt:

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

— hetzij alleen de laagste prijs;

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

Dit zou volgens de bestaande rechtspraak niet mogelijk zijn. Deze houdt in, dat de schriftelijke ingebrekestelling het onderwerp van het geschil dient te bepalen, opdat de betrokken Lid-Staat zich tijdig kan verdedigen. In een later stadium van de procedure zou men dus niet met een nieuwe causa petendi kunnen komen aandragen, anders gezegd: aan een grief kan niet alsnog een andere norm ten grondslag worden gelegd. Wanneer de Commissie het petitum in dier voege wijzigt, dus een conclusie formuleert die in die vorm niet in de schriftelijke ingebrekestelling te vinden is, dan zou zij nietontvankelijk moeten worden verklaard, en blijkens de rechtspraak zou een dergelijke handelwijze ook niet gedekt kunnen worden door de omstandigheid dat de betrokken Lid-Staat zich in een debat over de — in het met redenen omkleed advies gewijzigde — grief heeft begeven.

Men moge dit standpunt overdreven streng en formalistisch vinden, het schijnt steun te vinden in de rechtspraak, volgens welke in een procedure ex artikel 169 EEG-Verdrag de schriftelijke ingebrekestelling voor de feitelijke en juridische afgrenzing van de processtof van wezenlijke betekenis is. Doel van die ingebrekestelling is, de betrokken Lid-Staat gelegenheid te geven zich te verweren. Slechts wanneer die gelegenheid — zowel wat de feitelijke als wat de rechtspunten betreft — er was, kan men spreken van een correcte precontentieuze procedure — die voorwaarde is voor een beroep op het Hof — en daarom kan het in de gerechtelijke procedure alleen gaan om wat in de precontentieuze fase reeds ter discussie is geweest.

In deze zaak kan men alleen maar vaststellen dat de Commissie de gewraakte Italiaanse regeling, in de ingebrekestelling als *factum* genoemd, daar enkel aan artikel 29, *lid 3*, van de richtlijn heeft getoetst en dat de Italiaanse regering in haar antwoord ook alleen op lid 3 is ingegaan. De voor het eerst in het met redenen omkleed advies geformuleerde grief dat artikel 29, *lid 1*, van de richtlijn niet is nageleefd, levert ten duidelijkste een heel ander petitum op, waarover de Italiaanse regering zich tijdens de precontentieuze procedure niet heeft kunnen uitlaten, juist omdat de Commissie alleen artikel 29, lid 3, ter sprake had gebracht. Daar de precontentieuze procedure dus niet volgens de regels is verlopen, kan de Commissie niet worden ontvangen in haar verzoek om vast te stellen, dat artikel 10, eerste alinea, van wet nr. 741 onverenigbaar is met artikel 29, lid 1, van de richtlijn.

Ik heb ook niet de indruk, dat het door de Commissie aangevoerde arrest van 3 oktober 1984 (zaak 254/83, Commissie/Italië, Jurispr. 1984, blz. 3395) de rechtspraak wezenlijk heeft gewijzigd, ook al had het Hof in zijn arrest (in overeenstemming met het met redenen omkleed advies), ongeacht het feit dat in de schriftelijke ingebrekestelling slechts bezwaar was gemaakt tegen het feit dat de te nemen maatregelen niet aan de Commissie waren *meegedeeld*, zowel het niet treffen van de nodige maatregelen alsook het achterwege laten van de mededeling van zulke maatregelen met het Verdrag in strijd bevonden. Het mocht er immers in ieder geval voor worden gehouden, dat de ingebrekestelling, haar bewoordingen ten spijt, *stilzwijgend* ook het achterwege blijven van de niet-meegedeelde maatregelen betrof. Toen eenmaal was gebleken dat de vereiste maatregelen niet alleen niet waren meegedeeld, maar in het geheel niet waren vastgesteld, zou het al te dwaas zijn geweest indien het Hof zich in zijn uitspraak beperkt zou hebben tot de achterwege gebleven mededeling, die zonder eerstbedoeld verzuim als het ware in de lucht kwam te hangen.

Waar het hier om de ontvankelijkheid gaat, zou het Hof dit ook ambtshalve hebben moeten vaststellen; dat de Italiaanse regering hierop pas tijdens de mondelinge behandeling heeft gewezen en ook eerst toen een exceptie van niet-ontvankelijkheid heeft opgeworpen, is dan ook van geen enkel belang.

2. Na aldus met betrekking tot een der beide resterende punten van geschil tot deze slotsom te zijn gekomen, zou ik thans subsidiair nog betrekkelijk kort willen stilstaan bij de vraag of de door de Commissie ten aanzien van artikel 10, eerste alinea, van wet nr. 741 opgeworpen grief juist is, dan wel of de Italiaanse regering het gelijk aan

haar zijde heeft wanneer zij stelt dat die bepaling (die in de wet van 8 oktober 1984 in hoofdzaak werd overgenomen, maar dat is thans niet aan de orde) zich met artikel 29, lid 1, van richtlijn nr. 71/305 verdraagt.

Zoals reeds gereleveerd, is in die eerste alinea, naast de in artikel 24 van de wet van 8 augustus 1977 sub a, onderscheidenlijk sub b, genoemde gunningscriteria van de laagste prijs en de economisch voordeligste aanbieding, het criterium geïntroduceerd van de gemiddelde prijs, resulterende uit de helft van de laagste aanbiedingen (de methode, vermeld in artikel 4 van de wet van 2 februari 1973).

De Commissie acht dit evenwel, omdat het hierbij niet om de *laagste* prijs gaat, met het in artikel 29, lid 1, als eerste genoemde criterium al evenmin in overeenstemming als met het aldaar als tweede genoemde criterium van de economisch voordeligste aanbieding, waaronder in beginsel alleen kwalitatieve en geen zuiver kwantitatieve criteria kunnen worden gebracht; voor zover de prijs te dezen al een rol zou kunnen spelen, dan alleen als één van *meerdere* criteria, die in een discretionair besluitvormingsproces tegen elkander moeten worden afgewogen.

De Italiaanse regering heeft hiertegen ingebracht, dat men in de gewraakte regeling in feite niet, zoals de Commissie meent, een derde gunningscriterium heeft geïntroduceerd; de regeling zou het kader van artikel 29, lid 1, tweede streepje, niet te buiten gaan: omdat daar ook de „uitvoeringstermijn" wordt genoemd, zou het geenszins noodzakelijk zijn alleen met *kwalitatieve* criteria te werken. Ook de prijs wordt als een der in aanmerking komende elementen genoemd, en niet wel zou zijn in te zien waarom de prijs alleen in combinatie met andere elementen relevant kan zijn. In werkelijkheid zou men in de gewraakte regeling een criterium ter bepaling van de economisch voordeligste aanbieding hebben vastgelegd, daar de prijs hierbij een andere rol speelt dan in het bestek van artikel 29, lid 1, eerste streepje: zo zou men namelijk kunnen komen tot de vaststelling van de juist *marktprijs*; extreem lage, bezwaarlijk als serieus te beschouwen aanbiedingen buiten beschouwing latend, zou men aldus bereiken dat het werk wordt gegund aan een inschrijver die in staat is het werk deugdelijk uit te voeren.

Mijn indruk is nu dat de Commissie, gezien tekst en systematiek van de richtlijn, de sterkste argumenten bij de hand heeft. De richtlijn noemt slechts twee gunningscriteria. Als het alleen om de prijs gaat, komt volgens artikel 29, lid 1, eerste streepje, ten duidelijkste alleen de *laagste* prijs in aanmerking, en geen andere. Voor zover het prijselement evenwel ook volgens artikel 29, lid 1, tweede streepje — dat wil zeggen in samenhang met de economisch voordeligste aanbieding — relevant is, kan slechts bedoeld zijn, dat dat element hier niet op zichzelf en — wat moeilijk te begrijpen zou zijn — in afwijking van het eerste streepje van belang kan zijn, doch slechts in samenhang met andere elementen (zoals uitvoeringstermijn, gebruikskosten enz.), die dan discretionair moeten worden afgewogen. Niet in de laatste plaats wijst hierop ook het feit, dat ingevolge artikel 29, lid 2, in het geval van toepassing van het in lid 1, tweede streepje, omschreven criterium, *alle* gunningscriteria, zo mogelijk in volgorde van belang, moeten worden bekendgemaakt. Dit wijst er immers op, dat in het kader van artikel 29, lid 1, tweede streepje, in beginsel *meer* criteria van belang zijn. De „economisch voordeligste aanbieding" in de zin van deze bepaling kan dan ook bezwaarlijk

een aanbieding zijn die gevonden wordt aan de hand van het prijsgemiddelde van de helft van de aanbiedingen met de laagste prijzen.

Ook al kan de Italiaanse regering niet met recht betogen dat de aanbestedende dienst er belang bij kan hebben uitzonderlijk lage aanbiedingen naast zich neer te leggen (omdat zij veelal niet als serieus zijn te beschouwen en vrees voor een ondeugdelijke uitvoering van het aangenomen werk rechtvaardigen), toch is het stellig niet nodig, van het systeem der richtlijn af te wijken op de wijze waarop zulks in wet nr. 741 is geschied. Te lage inschrijvingen kan men ook voorkomen door minimumprijzen vast te stellen, en volgens de verklaringen van de Commissie is dit juist in Italië gebruikelijk. Ook aan de tegenwerping dat zich daarbij problemen kunnen voordoen, doordat het prijsniveau als gevolg van de geldontwaarding in de tijd tussen aanbesteding en uitvoering van een project zich sterk kan wijzigen, meen ik te dezen geen betekenis te moeten toekennen. Dit probleem kan worden opgelost door de procedure te versnellen — daar behoeft toch niet per se, zoals in Italië vaak het geval schijnt te zijn, een jaar mee heen te gaan — of door bij de bepaling van een minimumprijs een toeslag te voorzien met het oog op de binnen een afzienbare tijd te verwachten geldontwaarding. Dat zij daarmee rekening houden, wordt ook verwacht van de deelnemende ondernemingen, wier prijscalculaties volgens de gewraakte regeling immers een gemiddelde prijs moeten opleveren, waarvan wordt aangenomen dat die het meest in overeenstemming is met de marktsituatie.

Voor zover er derhalve moet worden geoordeeld over de vraag of dit onderdeel van het beroep als gegrond is te beschouwen, zou onze slotsom luiden, dat artikel 10, eerste alinea, van wet nr. 741 zich noch met artikel 29, lid 1, eerste streepje, van de richtlijn verdraagt noch aan artikel 29, lid 1, tweede streepje, voldoet. Voorts zou moeten worden erkend dat de Commissie, ook na de intrekking van wet nr. 741, belang heeft bij een uitspraak in die zin, nu de Italiaanse regering de gewraakte regeling in wezen in artikel 2 van de wet van 8 oktober 1984 heeft gehandhaafd.

3. Het resterende tweede punt van geschil betreft artikel 33, van de richtlijn, luidende

„De Lid-Staten dragen zorg voor kennisgeving aan de Commissie van de tekst van de nationale bepalingen van wezenlijk belang, welke zij op het door deze richtlijn bestreken gebied vaststellen."

Waar hier geen ontvankelijkheidsvragen rijzen, kan te dezen met een enkel woord worden volstaan.

Het lijdt geen twijfel dat artikel 33 van de richtlijn van toepassing is op de Italiaanse wet van 1981, daar deze kennelijk geldt voor een gebied dat onder de richtlijn valt en zelfs een gemeenschapsrechtelijk onberispelijke wetgeving ten dele in afwijking van het gemeenschapsrecht heeft gewijzigd. In confesso is ook, dat de Italiaanse regering de tekst van genoemde wet niet ter kennis van de Commissie heeft gebracht. Daarmede staat vast, dat artikel 33 van de richtlijn is geschonden en dat te dezen terecht een procedure ex artikel 169 EEG-Verdrag is ingeleid.

Ook kan niet worden gezegd dat het hier om de schending van een verplichting van ondergeschikt belang gaat. Welke functie bepalingen als die van artikel 33 van de richtlijn hebben, is duidelijk: zij dienen om de Commissie de controle op de uitvoering van richtlijnen te vergemakkelijken; die controle zou anders, gezien het grote aantal

van dergelijke communautaire handelingen en het feit dat zij in tien rechtsordes met vaak weinig overzichtelijke regelingen dient te geschieden, niet voldoende effectief kunnen zijn. Ik verwijs in dit verband naar het arrest van 25 mei 1982 (zaak 96/81, Commissie/Nederland, Jurispr. 1982, blz. 1791). Daarin werd in een vergelijkbaar geval overwogen, dat de Lid-Staten volgens artikel 5 van het EEG-Verdrag gehouden zijn de Commissie de vervulling van haar taak te vergemakkelijken, waartoe in de — toen ter discussie staande — richtlijn de verplichting tot het verstrekken van inlichtingen was voorzien. Zulke inlichtingen moeten volgens het arrest helder en duidelijk zijn, dat wil zeggen de desbetreffende voorschriften duidelijk aangeven, omdat de Commissie anders niet in staat is na te gaan, of er aan een richtlijn wel volledig uitvoering is gegeven.

Het lijdt tenslotte ook geen twijfel, dat de hierbedoelde schending niet ongedaan wordt gemaakt, anders gezegd: niet wordt gerechtvaardigd, door de omstandigheid dat de Commissie, blijkbaar pas in maart 1982, op andere wijze alsnog kennis heeft gekregen van de gewraakte Italiaanse regeling; evenmin behoeven wij, de betekenis van het voorschrift in aanmerking genomen, erop te wijzen, dat de Commissie terecht deze schending wenst te zien vastgesteld, om aldus — voor de zoveelste keer — het belang van dergelijke bepalingen te beklemtonen.

4. Tenslotte nog een enkel woord over de kosten.

In de eerste plaats zij bedacht dat de Italiaanse regering van de acht grieven die haar aanvankelijk zijn gemaakt (en één daarvan bestond uit twee onderdelen), er aanstonds drie heeft erkend en, nog twee andere grieven geheel onderscheidenlijk voor de helft in aanmerking nemend, in oktober 1984 de Italiaanse regeling heeft gwijzigd. Anderzijds heeft de Commissie moeten erkennen dat een der tegen verweerster ingebrachte grieven geheel en een andere grief ten dele faalde, terwijl zij ten aanzien van één grief, wegens de gebreken van de precontentieuze procedure, niet ontvankelijk moet worden verklaard.

Gelet op een en ander, kan eigenlijk niet worden gezegd dat de Commissie op de wezenlijke punten in het gelijk is gesteld, zodat ik geen termen aanwezig acht om de Italiaanse Republiek in alle op het geding gevallen kosten te verwijzen. Het lijkt mij juister de proceskosten van de Commissie voor de helft ten laste van de Italiaanse Republiek te brengen, die verder haar eigen kosten zal hebben te dragen.

5. Op grond van een en ander concludeer ik als volgt:

Het verzoek, strekkende tot vaststelling dat artikel 10, eerste alinea, van de Italiaanse wet van 10 december 1981 zich niet met artikel 29, lid 1, van richtlijn nr. 71/305 verdraagt, moet niet ontvankelijk worden verklaard. Daarentegen moet worden vastgesteld dat de Italiaanse Republiek artikel 33 van die richtlijn heeft geschonden door, na de vaststelling van de wet van 10 december 1981, de inhoud ervan niet ter kennis van de Commissie te brengen.

Van de door de Commissie gemaakte proceskosten heeft zij zelf de helft te dragen; de andere helft moet ten laste van de Italiaanse Republiek worden gebracht, die voorts haar eigen kosten heeft te dragen.