ARREST VAN HET HOF

26 april 1994 *

In zaak C-272/91,

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door A. Aresú en R. Pellicer, leden van haar juridische dienst, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij G. Kremlis, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verzoekster,

tegen

Italiaanse Republiek, vertegenwoordigd door L. Ferrari Bravo, hoofd van de dienst Diplomatieke geschillen van het Ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigde, bijgestaan door I. M. Braguglia, avvocato dello Stato, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ter Italiaanse ambassade, Rue Marie-Adélaïde 5,

verweerster,

betreffende een verzoek aan het Hof om vast te stellen, dat de Italiaanse Republiek de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens de artikelen 30, 52 en 59 EEG-Verdrag en de artikelen 9 en 17 tot en met 25 van richtlijn 77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB 1977, L 13, blz. 1), zoals gewijzigd bij richtlijn 88/295/EEG van de Raad van 22 maart 1988 (PB 1988, L 127, blz. 1), door eerst in het begin van 1990 geen mededeling te doen, met het oog op bekendmaking in het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen*,

* Procestaal: Italiaans.

van de enuntiatieve aankondiging per produktensector van alle opdrachten waarvan het geraamde bedrag ten minste 750 000 ECU bedroeg en die het Italiaanse Ministerie van Financiën voornemens was in de loop van dat jaar te plaatsen, en door vervolgens in november 1990 geen mededeling te doen van de oproep tot inschrijving voor de concessie voor het systeem ter automatisering van de lotto, en door het meedingen naar deze opdracht voor te behouden aan lichamen, vennootschappen, consortiums of groepen waarin de overheid een meerderheidsbelang heeft,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

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

advocaat-generaal: C. Gulmann
griffier: J.-G. Giraud

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de pleidooien van partijen ter terechtzitting van 26 mei 1993,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 14 juli 1993,

het navolgende

Arrest

1 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 18 oktober 1991, heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen krachtens artikel 169 EEG-Verdrag

het Hof verzocht vast te stellen, dat de Italiaanse Republiek de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens de artikelen 30, 52 en 59 EEG-Verdrag en de artikelen 9 en 17 tot en met 25 van richtlijn 77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB 1977, L 13, blz. 1), zoals gewijzigd bij richtlijn 88/295/EEG van de Raad van 22 maart 1988 (PB 1988, L 127, blz. 1), door eerst in het begin van 1990 geen mededeling te doen, met het oog op bekendmaking in het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen,* van de enuntiatieve aankondiging per produktensector van alle opdrachten waarvan het geraamde bedrag ten minste 750 000 ECU bedroeg en die het Italiaanse Ministerie van Financiën voornemens was in de loop van dat jaar te plaatsen, en door vervolgens in november 1990 geen mededeling te doen van de oproep tot inschrijving voor de concessie voor het systeem ter automatisering van de lotto, en door het meedingen naar deze opdracht voor te behouden aan lichamen, vennootschappen, consortiums of groepen waarin de overheid een meerderheidsbelang heeft.

2 De voorgeschiedenis van het geding is samengevat in de rechtsoverwegingen 6 tot en met 16 van de beschikking van de president van het Hof van 31 januari 1992 (zaak C-272/91 R, Jurispr. 1992, blz. I-457), gegeven op een verzoek in kort geding van de Commissie in het kader van het onderhavige beroep. Bij die beschikking werd de Italiaanse Republiek gelast, de nodige maatregelen te nemen om de rechtsgevolgen van het besluit van de minister van Financiën van 14 juni 1991 waarbij de concessie voor het systeem ter automatisering van de lotto is verleend aan het consortium Lottomatica, en de uitvoering van het daartoe gesloten contract op te schorten.

Schending van de artikelen 52 en 59 EEG-Verdrag

3 De Commissie betoogt, dat de Italiaanse Republiek, door het meedingen naar de concessie voor het systeem ter automatisering van de Italiaanse lotto voor te behouden aan „lichamen, vennootschappen, consortiums of groepen waarin de overheid een meerderheidsbelang heeft", niet heeft voldaan aan de verplichtingen die op haar rusten krachtens de artikelen 52 en 59 EEG-Verdrag.

4 Volgens de Commissie gaat het hier namelijk om een concrete toepassing van het voorbehoud dat het Hof in zijn arrest van 5 december 1989 (zaak C-3/88, Commissie/Italië, Jurispr. 1989, blz. 4035) in strijd met het Verdrag heeft verklaard en dat inhield, dat enkel vennootschappen waarvan alle of de meerderheid van de aandelen al dan niet rechtstreeks in handen zijn van de staat of de publieke sector, met de Italiaanse Staat contracten konden sluiten voor het opzetten van systemen voor automatische gegevensverwerking voor rekening van de overheid.

5 De Italiaanse regering betwist de door de Commissie gestelde niet-nakoming. Bij de overheidsopdrachten waarop genoemd arrest betrekking had, zo stelt zij, ging het om de levering van automatiseringssystemen die door de leverancier ook moesten worden beheerd, en wel in de vorm van een voor de overheid verrichte dienst; in casu gaat het evenwel — zoals met name blijkt uit het technisch programma dat is gehecht aan het op de bestreden aanbesteding betrekking hebbende speciale bestek — om een concessie waarbij aan een derde de uitoefening is overgedragen van onder het openbaar gezag vallende werkzaamheden, te weten een deel van de organisatorische, toezichthoudende en attesterende bevoegdheden op het gebied van het lottospel, dat volgens de Italiaanse wetgeving een staatsmonopolie is. Volgens artikel 55 van het Verdrag nu zijn de artikelen 52 en 59 niet van toepassing op werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag in de Lid-Staten.

6 Zoals de advocaat-generaal in de punten 18 tot en met 23 van zijn conclusie heeft aangetoond, houdt de invoering van het automatiseringssysteem waarop de bestreden aanbesteding betrekking heeft — en dat volgens het bericht van inschrijving de lokalen, de leveringen, de installatie, het onderhoud, de bediening, de datatransmissie en alles wat er verder bij de exploitatie van het lottospel komt kijken, omvat —, niet in, dat de verantwoordelijkheid voor een of meer van de diverse bij het lottospel noodzakelijke verrichtingen wordt overgedragen aan de concessiehouder.

7 In de eerste plaats immers blijven de registratiepunten verantwoordelijk voor het aannemen van de weddenschappen en blijft de functie van de terminal van de concessiehouder beperkt tot het registreren, het automatisch controleren en de overbrenging van de gegevens die worden ingevoerd door de beheerder van het registratiepunt. Volgens het technisch programma dient deze laatste de mogelijkheid te

hebben, in geval van een vergissing de registratie te corrigeren en zelfs een door de terminal afgegeven biljet te annuleren.

8 In de tweede plaats worden de trekkingen verricht door trekkingscommissies („commissioni di estrazione"). Dit zijn overheidsorganen, evenals de zonecommissies („commissioni di zona") die verantwoordelijk blijven voor het controleren en geldig verklaren van de winnende biljetten.

9 In de derde plaats is het, zoals de Italiaanse regering zelf heeft erkend, nog steeds de overheid die de prijzen uiteindelijk goedkeurt en uitbetaalt.

10 In de vierde plaats rechtvaardigt de omstandigheid dat punt 1 van het technisch programma bepaalt, dat de aanbesteding ook betrekking heeft op „alles wat er verder bij de exploitatie van het lottospel komt kijken", niet de conclusie, dat de concessiehouder deelneemt aan de uitoefening van openbaar gezag. Met deze zinsnede wordt enkel aangegeven, dat de concessiehouder binnen de grenzen van de concessie moet opereren.

11 In de vijfde plaats kan men niet, zoals de Italiaanse regering doet, staande houden, dat de door de deelnemers aan het lottospel vrijwillig betaalde bijdragen het karakter van een belasting hebben, wat deelneming door de concessiehouder aan de uitoefening van openbaar gezag impliceert.

12 In deze omstandigheden verschillen de diensten die de houder van de concessie voor het systeem ter automatisering van de lotto moet verrichten en die met name bestaan in het ontwerpen van het automatiseringssysteem en van de noodzakelijke software, alsmede in het beheer van dat systeem, niet van de werkzaamheden van technische aard bedoeld in de contracten inzake het opzetten van systemen voor automatische gegevensverwerking voor rekening van de overheid, waarom het in eerdergenoemd arrest Commissie/Italië ging.

13 Daar de in geding zijnde werkzaamheden dus niet onder de uitzondering van artikel 55 van het Verdrag vallen, moet het gewraakte voorbehoud worden geacht in strijd te zijn met de artikelen 52 en 59 van het Verdrag, zodat de grief inzake schending van die artikelen doel treft.

Schending van artikel 30 van het Verdrag

14 Tot staving van haar aan schending van artikel 30 ontleende grief heeft de Commissie in de precontentieuze fase van deze procedure enkel aangevoerd, dat het gewraakte voorbehoud, dat wil zeggen het voorbehouden van het meedingen naar de in geding zijnde opdracht aan lichamen, vennootschappen, consortiums of groepen waarin de overheid een meerderheidsbelang heeft, in feite vennootschappen uit andere Lid-Staten de mogelijkheid ontneemt, automatiseringssystemen en „software" te leveren voor het beheer van de dienst waarop de opdracht betrekking heeft. Dit betekent volgens de Commissie, dat dat voorbehoud, evenals de regeling die in het arrest van 20 maart 1990 (zaak C-21/88, Du Pont de Nemours Italiana, Jurispr. 1990, blz. I-889) in geding was en die een percentage van de overheidsopdrachten voor leveringen voorbehield aan ondernemingen die in bepaalde delen van het nationale grondgebied gevestigd waren, tot gevolg heeft, dat de uit andere Lid-Staten afkomstige produkten worden gediscrimineerd ten opzichte van de in de betrokken Lid-Staat vervaardigde produkten, waardoor het normale verloop van het intracommunautaire handelsverkeer wordt belemmerd.

15 De Commissie heeft in die fase niet uiteengezet waarom zij van mening is, dat de omstandigheid dat de betrokken aanbesteding niet openstaat voor buitenlandse ondernemingen, de verkrijger van de concessie belet om bij het opzetten van het automatiseringssysteem gebruik te maken van produkten van oorsprong uit andere Lid-Staten.

16 Volgens vaste rechtspraak van het Hof (zie onder meer arrest van 14 februari 1984, zaak 325/82, Commissie/Duitsland, Jurispr. 1984, blz. 777) moeten de aanmanings-

brief en het met redenen omkleed advies voldoende gemotiveerd zijn om de betrokken Lid-Staat in staat te stellen, zijn verweer voor te bereiden. Om de hierboven uiteengezette redenen is dit in casu niet het geval.

17 De grief inzake schending van artikel 30 dient derhalve ambtshalve niet-ontvankelijk te worden verklaard.

Schending van richtlijn 77/62, zoals gewijzigd bij richtlijn 88/295

18 De Commissie verwijt de Italiaanse Republiek in de eerste plaats, dat zij artikel 9 van richtlijn 77/62, zoals gewijzigd bij richtlijn 88/295 (hierna: de „richtlijn"), heeft geschonden door eerst in het begin van 1990 geen mededeling te doen, met het oog op bekendmaking in het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen,* van de enuntiatieve aankondiging per produktensector van alle opdrachten waarvan het geraamde bedrag ten minste 750 000 ECU bedroeg en die het Italiaanse Ministerie van Financiën voornemens was in de loop van dat jaar te plaatsen, en door vervolgens in november 1990 geen mededeling te doen van de oproep tot inschrijving voor de concessie voor het systeem ter automatisering van de lotto. Zij is in de tweede plaats van mening, dat de Italiaanse Republiek, door het meedingen naar die opdracht voor te behouden aan lichamen, vennootschappen, consortiums of groepen waarin de overheid een meerderheidsbelang heeft, zich tevens schuldig heeft gemaakt aan schending van de artikelen 17 tot en met 25 van die richtlijn.

19 De leden 1, 2 en 4 van artikel 9 van de richtlijn luiden als volgt:

„1. De in bijlage I van richtlijn 80/767/EEG genoemde aanbestedende diensten maken met ingang van 1 januari 1989, zo spoedig mogelijk na het begin van hun begrotingsjaar, door middel van een enuntiatieve aankondiging per produktensector alle opdrachten voor levering bekend waarvan het geraamde bedrag, gelet op artikel 5, ten minste 750 000 ECU bedraagt en die zij voornemens zijn in de loop van de komende twaalf maanden te plaatsen.

De Raad neemt vóór 1 maart 1990, op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europese Parlement en het Economisch en Sociaal Comité, een besluit over de uitbreiding van deze verplichting tot de andere aanbestedende diensten die onder artikel 1 vallen.

2. De aanbestedende diensten die een overheidsopdracht voor leveringen willen plaatsen volgens een openbare of niet-openbare procedure dan wel onder de in artikel 6, lid 3, gestelde voorwaarden volgens een procedure van gunning via onderhandelingen in de zin van artikel 1 geven hun voornemen hiertoe te kennen in een aankondiging.

(...)

4. De in de leden 1,2 en 3 genoemde aankondigingen worden door de aanbestedende dienst zo snel mogelijk en langs de meest passende kanalen toegezonden aan het Bureau voor Officiële Publikaties der Europese Gemeenschappen. Bij de in artikel 12 bedoelde versnelde procedure moeten de aankondigingen per telex, telegram of telefax worden verzonden:

a) De in lid 1 genoemde aankondiging wordt zo spoedig mogelijk na het begin van elk begrotingsjaar verzonden.

b) De in lid 3 genoemde aankondiging wordt uiterlijk 48 dagen na de gunning van de betrokken opdracht verzonden."

20 De artikelen 17 tot en met 25 van de richtlijn vermelden de criteria voor de kwalitatieve selectie en de criteria aan de hand waarvan de opdracht moet worden gegund.

21 Volgens de Italiaanse regering zijn genoemde bepalingen in casu niet van toepassing.

22 In dit verband voert zij in de eerste plaats aan, dat de in geding zijnde aanbesteding van de werkingssfeer van de richtlijn is uitgesloten, daar zij geen betrekking heeft op de levering van goederen ten behoeve van de aanbestedende diensten, maar op een door de overheid aan een derde te verlenen concessie voor een werkzaamheid die valt onder de uitoefening van het openbaar gezag op fiscaal gebied en wordt gekenmerkt door het feit, dat er geen sprake is van een overdracht van goederen tegen een bepaalde prijs.

23 Dit betoog kan niet worden aanvaard.

24 Zoals uit de rechtsoverwegingen 7 tot en met 11 van dit arrest blijkt, houdt de invoering van het automatiseringssyssteem waarop de in geding zijnde aanbesteding betrekking heeft, niet in, dat de verantwoordelijkheid voor een of meer van de diverse bij het lottospel noodzakelijke verrichtingen wordt overgedragen aan de concessiehouder. Bovendien staat vast, dat die aanbesteding betrekking heeft op de levering van een integraal automatiseringssysteem, wat onder meer de levering van bepaalde goederen aan de overheid inhoudt.

25 Anders dan de Italiaanse regering beweert, is in dit verband irrelevant, dat het betrokken systeem pas bij de beëindiging van de contractuele relatie met de concessiehouder eigendom van de overheid wordt en dat de „prijs" van die levering bestaat in een jaarlijks uit te keren percentage van de opbrengst van de lotto. Zoals de advocaat-generaal in punt 40 van zijn conclusie terecht opmerkt, blijkt uit het feit dat bij artikel 2 van richtlijn 88/295 de omschrijving van de werkingssfeer van de richtlijn is uitgebreid tot overeenkomsten „die betrekking hebben op de aankoop, leasing, huur of huurkoop, met of zonder koopoptie, van produkten", dat de gemeenschapswetgever de richtlijn ook van toepassing wil laten zijn op de leve-

ring van produkten die niet noodzakelijkerwijs eigendom van de overheid worden en waarvoor de tegenprestatie op abstracte wijze wordt bepaald.

26 De Italiaanse regering betoogt voorts, dat de concessieverlenende dienst, te weten de Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato (autonome dienst der staatsmonopolies; hierna: de „AAMS"), niet voorkomt in de lijst van aanbestedende diensten in bijlage I bij richtlijn 80/767/EEG van de Raad van 22 juli 1980 tot aanpassing en aanvulling, voor wat bepaalde aanbestedende diensten betreft, van richtlijn 77/62/EEG (PB 1980, L 215, blz. 1). Bijgevolg zou artikel 9 van richtlijn 77/62, zoals gewijzigd, dat bekendmakingsvoorschriften voor de in die bijlage genoemde aanbestedende diensten bevat, in casu niet van toepassing zijn. Dit standpunt zou worden bevestigd door voetnoot 2 onder het op Italië betrekking hebbende deel van die lijst, waarin met betrekking tot het Ministerie van Financiën het volgende voorbehoud is gemaakt: „Niet inbegrepen de opdrachten gegund door de Regie voor Tabak en Zout". Volgens de Italiaanse regering geldt dat voorbehoud namelijk niet alleen voor de opdrachten die worden gegund door de Regie voor Tabak en Zout, die ten tijde van de vaststelling van de betrokken richtlijn door de AAMS werd beheerd, maar ook voor alle andere werkzaamheden die thans onder het beheer van die dienst vallen.

27 Dit betoog faalt.

28 Zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, volgt uit artikel 4, lid 4, van de Italiaanse wet nr. 528 van 2 augustus 1982 (GURI nr. 222 van 13.8.1982), zoals gewijzigd bij artikel 2 van wet nr. 85 van 19 april 1990 (GURI nr. 97 van 27.4.1990), dat in casu de enige echte aanbestedende dienst het Italiaanse Ministerie van Financiën is. De AAMS, die het lottospel beheert, is hoe dan ook louter een onder het Ministerie van Financiën ressorterend administratief orgaan zonder eigen rechtspersoonlijkheid, zodat zelfs handelingen die formeel aan haar kunnen worden toegerekend, naar hun inhoud binnen de beslissingssfeer van dat ministerie vallen.

29 Met betrekking tot de in bijlage I bij richtlijn 80/767 opgenomen voetnoot 2 moet worden opgemerkt, dat deze blijkens haar bewoordingen enkel betrekking heeft op opdrachten die worden gegund door de Regie voor Tabak en Zout.

30 De Italiaanse regering betoogt tot slot, dat waar in casu aan de concessiehouder het speciale en exclusieve recht wordt verleend om een openbare dienst te verrichten — te weten het, althans ten dele, organiseren van de lotto —, hoe dan ook uitsluitend het voorschrift van artikel 2, lid 3, van de richtlijn in acht behoeft te worden genomen. Hierin is bepaald, dat indien „de Staat, een territoriaal lichaam of een van de publiekrechtelijke rechtspersonen of een van de overeenkomstige eenheden, genoemd in bijlage I, aan een andere concessiehouder dan de aanbestedende diensten, ongeacht de rechtsvorm hiervan, speciale of exclusieve rechten verleent om openbare diensten te verrichten, (...) in de akten van concessie (moet) worden bepaald dat deze concessiehouder, bij de overheidsopdrachten voor leveringen die hij bij derden plaatst, het beginsel van non-discriminatie op grond van de nationaliteit in acht neemt".

31 Ook dit betoog moet van de hand worden gewezen.

32 Immers, zoals uit de rechtsoverwegingen 7 tot en met 11 van dit arrest blijkt, is de organisatie van de lotto niet overgedragen aan de concessiehouder, wiens taak beperkt is tot het verrichten van met de invoering en het beheer van het automatiseringssysteem verband houdende werkzaamheden van technische aard. Die werkzaamheden bestaan enerzijds in het verrichten van diensten ten behoeve van de overheid, en anderzijds in de levering van bepaalde goederen aan de overheid.

33 Derhalve moet worden geconcludeerd, dat de door de Commissie ingeroepen bepalingen van de richtlijn in casu van toepassing zijn, zodat de aan schending van die bepalingen ontleende grieven moeten worden onderzocht.

34 Met betrekking tot de gestelde schending van artikel 9 van de richtlijn moet worden vastgesteld, dat de Italiaanse Republiek niet ontkent, dat zij heeft nagelaten de betrokken aankondigingen bekend te maken.

35 Aangaande de beweerde schending van de artikelen 17 tot en met 25 van de richtlijn moet worden opgemerkt, dat deze bepalingen een uitputtende en dwingende opsomming bevatten van de criteria voor de kwalitatieve selectie en de criteria aan de hand waarvan de opdracht moet worden gegund, en dat zij niet voorzien in de mogelijkheid om het meedingen naar die opdracht voor te behouden aan lichamen, vennootschappen, consortiums of groepen waarin de overheid een meerderheidsbelang heeft.

36 Uit het bovenstaande volgt, dat de grieven inzake schending van richtlijn 77/62, zoals gewijzigd bij richtlijn 88/295, eveneens gegrond zijn.

Kosten

37 Ingevolge artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen. Aangezien de Italiaanse Republiek op de meeste onderdelen van haar middelen in het ongelijk is gesteld, dient zij in de kosten te worden verwezen.

HET HOF VAN JUSTITIE

rechtdoende, verstaat:

1) Door eerst in het begin van 1990 geen mededeling te doen, met het oog op bekendmaking in het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen*, van de enuntiatieve aankondiging per produktensector van alle opdrachten waarvan het geraamde bedrag ten minste 750 000 ECU bedroeg en die het Italiaanse Ministerie van Financiën voornemens was in de loop van dat jaar te plaatsen, en door vervolgens in november 1990 geen mededeling te doen van de oproep tot inschrijving voor de concessie voor het systeem ter automatisering van de lotto, en door het meedingen naar die opdracht voor te behouden aan lichamen, vennootschappen, consortiums of groepen waarin de overheid een meerderheidsbelang heeft, is de Italiaanse Republiek de verplichtingen niet nagekomen die op haar rusten krachtens de artikelen 52 en 59 EEG-Verdrag en de artikelen 9 en 17 tot en met 25 van richtlijn 77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, zoals gewijzigd bij richtlijn 88/295/EEG van de Raad van 22 maart 1988.

2) Het beroep wordt voor het overige verworpen.

3) De Italiaanse Republiek wordt verwezen in de kosten.

Due Mancini Moitinho de Almeida

Diez de Velasco Kakouris Joliet

Schockweiler Grévisse Zuleeg

Kapteyn Murray

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 26 april 1994.

De griffier

R. Grass

De president

O. Due