CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL C. O. LENZ van 26 februari 1992 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

A — De feiten

1. In deze zaak verwijt de Commissie Italië, door de vaststelling van wet nr. 80/87 houdende buitengewone bepalingen ter versnelling van de uitvoering van openbare werken [1] artikel 59 EEG-Verdrag en richtlijn 71/305/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken [2] te hebben geschonden.

2. Deze richtlijn was in Italië uitgevoerd bij wet nr. 584/77 van 8 augustus 1977.

3. De litigieuze wet werd op 17 februari 1987 uitgevaardigd en gold, na verlenging van haar geldigheidsduur, tot 15 maart 1991. Zij voorzag in een niet-openbare procedure, waarvan de nationale administratie, de regio's, de autonome bedrijven, de territoriale lichamen en de niet-economische overheidslichamen gebruik konden maken wanneer zij bepaalde werken lieten uitvoeren. Deze procedure moest het hun mogelijk maken, hun bouwprogramma's te versnellen, door alle werken die een bepaald project betreffen — van de plannen tot en met de na afwerking eventueel nodige onderhoudswerkzaamheden — bij wege van één enkele opdracht te plaatsen.

4. Daar de Commissie van mening was, dat sommige bepalingen van de wet in strijd waren met de richtlijn en/of met artikel 59 EEG-Verdrag, heeft zij na afloop van de precontentieuze procedure het beroep in de onderhavige zaak ingesteld. In het verzoekschrift heeft de Commissie in totaal zes verschillende grieven geformuleerd en het Hof verzocht:

1) vast te stellen, dat de Italiaanse Republiek door wet nr. 80/87 („Buitengewone bepalingen ter versnelling van de uitvoering van openbare werken") vast te stellen, waarvan sommige bepalingen onverenigbaar zijn met de communautaire regeling ter zake van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 59 EEG-Verdrag en richtlijn 71/305/EEG 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);

2) de Italiaanse Republiek te verwijzen in de kosten van de procedure.

In haar verweerschrift concludeerde verweerster dat het den Hove behage

— het beroep ongegrond te verklaren.

* Oorspronkelijke taal: Duits.

1 — GURI nr. 61 van 14.3.1987.

2 — Richtlijn van de Raad van 26 juli 1971 (PB 1971, L 185, blz. 5).

5. In repliek heeft de Commissie drie der genoemde grieven laten vallen, zoals in het rapport ter terechtzitting (punt 21 junctis punten 10, 12 en 13) omstandig is uiteengezet. De Commissie heeft zich immers laten overtuigen door het argument van de Italiaanse regering, dat wet nr. 80/87 een deel is van de in wet nr. 584/77 neergelegde algemene regeling van de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en naar doel noch naar inhoud van de bepalingen van deze wet afwijkt; wet nr. 80/87 zou de gedragingen van de aanbestedende diensten aldus regelen, dat deze de materiële en procedureregels in acht moeten nemen, waarin wet nr. 584/77 overeenkomstig de richtlijn voorziet. Laatstgenoemde wet zou dus ook van toepassing blijven op procedures die een alomvattende plaatsing in de zin van wet nr. 80/87 betreffen.

6. Een andere grief heeft de Commissie ter terechtzitting laten vallen, eveneens op grond van verklaringen van de Italiaanse regering. Het gaat om de grief tegen artikel 3, lid 2, van wet nr. 80/87. Volgens het verzoekschrift is die bepaling, voor zover zij voorschrijft dat de uitnodiging tot inschrijving slechts kan worden gericht aan ondernemingen die een bewijs van inschrijving in het Albo nazionale dei costruttori (nationaal register van bouwondernemers) kunnen overleggen, in strijd met zowel artikel 22, lid 1, van richtlijn 71/305 als artikel 59 EEG-Verdrag.

7. Ter terechtzitting heeft de Commissie evenwel genoegen genomen met een verklaring van de Italiaanse regering, volgens welke wet nr. 80/87 moet worden uitgelegd in het licht van de algemene bepalingen van wet nr. 584/77 (waarbij de richtlijn is omgezet). Bovendien heeft de Italiaanse regering gewezen op een decreet van de president van de Ministerraad (nr. 55 van 10 januari 1991), dat in zekere mate een bindende uitlegging van de bepalingen van wet nr. 80/87 zou bevatten. Dankzij deze precisering en de toezeggingen van de Italiaanse regering heeft de Commissie ook genoemde grief kunnen laten vallen.

8. De twee resterende grieven, ten aanzien waarvan verweerster zich overigens niet op de mogelijkheid van een met wet nr. 584/77 verenigbare uitlegging van de litigieuze bepalingen heeft beroepen, zal ik hierna behandelen. Voor nadere bijzonderheden verwijs ik naar het rapport ter terechtzitting.

B — Discussie

9. *I.1.* De Commissie maakt in punt 5.3 van haar verzoekschrift bezwaar tegen artikel 2, lid 1, van wet nr. 80/87, waarin met betrekking tot de (van de aanbestedende dienst uitgaande) schriftelijke uitnodiging tot inschrijving het volgende was bepaald:

„De schriftelijke uitnodiging moet bepalen, dat de werken ten belope van 15 à 30 % van de geplaatste opdracht zullen worden toevertrouwd aan ondernemingen (...) die hun maatschappelijke zetel hebben in de regio waar de werken worden uitgevoerd."

Deze bepaling is volgens de Commissie in strijd met artikel 59 EEG-Verdrag. Zij

beperkt immers het vrij verrichten van diensten, doordat zij ondernemingen met zetel in de betrokken regio bevoordeelt ten opzichte van in andere Lid-Staten gevestigde ondernemingen.

10. 2. De Italiaanse regering heeft hierop met twee argumenten gereageerd.

11. a) In de precontentieuze procedure en tijdens de schriftelijke behandeling voor het Hof heeft zij aangevoerd, dat deze regeling was bedoeld om de nadelen te compenseren, die voor kleine en middelgrote ondernemingen voortvloeien uit het in de wet gehanteerde beginsel, dat verschillende werken bij wege van een enkele opdracht worden geplaatst. Hierdoor zouden aan die ondernemingen immers opdrachten worden onttrokken waarvoor bij een afzonderlijke aanbesteding slechts ondernemingen van de betrokken regio belangstelling zouden hebben gehad. In dupliek voegt verweerster daar nog aan toe, dat het gaat om werken van geringe omvang, die worden onttrokken aan het natuurlijke verzorgingsgebied van de betrokken markt, die noodzakelijk een plaatselijke markt is.

12. b) Ter terechtzitting heeft zij zich evenwel gebaseerd op een argument ontleend aan de belangen van ondernemingen (aannemers) uit andere Lid-Staten. Zij verklaart, dat deze ondernemingen er hoe dan ook in geïnteresseerd zijn de hun toevertrouwde werken voor een deel door plaatselijke ondernemingen te laten uitvoeren, daar de onderneming uit de andere Lid-Staat zich in het algemeen niet met haar gehele organisatie en al haar werknemers zal begeven naar de Lid-Staat waar de werken worden uitgevoerd. De betwiste regeling komt overeen met de normale gedraging van een in het buitenland gevestigde onderneming en houdt dus geen beperking van het vrij verrichten van diensten in. In dit verband verwijst zij nog naar het geval van een andere, inmiddels afgeschafte Italiaanse wet, die de Commissie als onverenigbaar met artikel 59 heeft beschouwd. De daarin vervatte *beperking* van de mogelijkheid voor degenen aan wie de aanbesteding is gegund, om werken door derde ondernemingen te laten uitvoeren, is door de Commissie als discriminerend ten aanzien van ondernemingen uit andere Lid-Staten beschouwd, omdat deze laatste er in het algemeen op aangewezen zijn, minder gespecialiseerde werken door plaatselijke ondernemingen te laten uitvoeren. Vanuit dit standpunt, dat de Italiaanse regering heeft aanvaard, is het inconsequent, thans op te komen tegen een bepaling die rekening houdt met bedoelde situatie van buitenlandse ondernemingen.

13. *3.* Ten aanzien van die gehele problematiek dient vooraf te worden vastgesteld, dat de betwiste regeling voor twee soorten van in andere Lid-Staten gevestigde ondernemingen nadelige gevolgen heeft, namelijk de ondernemingen die in plaats van de lokale ondernemingen van de verwerende Lid-Staat in aanmerking zouden komen om als onderaannemers op te treden wanneer de hoofdaannemer bepaalde werken niet zelf wil of kan uitvoeren, en de aannemers die bereid en in staat zijn alle werken zelf uit te voeren, maar door artikel 2, lid 1, van wet nr. 80/87 worden belet dit te doen.

14. Hoe de benadeling van deze laatste groep uit het oogpunt van artikel 59 EEG-Verdrag moet worden beoordeeld, kan hier in het midden blijven. Voor ons volstaat de vaststelling, dat de eerste groep ongetwijfeld wordt gediscrimineerd. Deze ondernemingen kunnen immers door degenen aan wie de

aanbesteding is gegund, niet worden belast met werken die in het kader van het geldende quotum aan ondernemingen met zetel in de betrokken regio moeten worden toevertrouwd. De toepassing van de betwiste bepaling leidt dus tot een bevoordeling van de dienstverrichtingen van binnenlandse ondernemingen en tot een dienovereenkomstige benadeling van dienstverrichtingen van ondernemingen uit andere Lid-Staten.

15. De conclusie, dat die feiten onder het in artikel 59 EEG-Verdrag neergelegde verbod van beperkingen van het vrij verrichten van diensten vallen, wordt niet op losse schroeven gezet door het feit dat in elk concreet geval slechts enkele binnenlandse ondernemingen worden bevoordeeld, terwijl alle andere binnenlandse ondernemingen in dit opzicht aan dezelfde beperkingen zijn onderworpen als ondernemingen uit andere Lid-Staten. [3] Sedert het arrest Du Pont de Nemours [4], dat een soortgelijk probleem op het gebied van het vrije verkeer van goederen betrof, is immers duidelijk, dat een dergelijke omstandigheid aan de vastgestelde discriminatie niets verandert. In dat arrest verklaarde het Hof:

„Ofschoon niet alle produkten uit de betrokken Lid-Staat worden bevoordeeld ten opzichte van buitenlandse produkten, zijn toch alle produkten die onder de preferentiële regeling vallen nationale produkten."

16. Dat het om een discriminerende regeling gaat, wordt ook niet weerlegd door de opwerping van de Italiaanse regering, dat ondernemingen uit andere Lid-Staten, aan wie de aanbesteding is gegund, normaal gesproken toch bepaalde werken aan ondernemingen met zetel in de betrokken regio zullen toevertrouwen (zodat potentiële onderaannemers die in een andere Lid-Staat zijn gevestigd, per slot van rekening niet worden benadeeld). Zelfs wanneer een onderneming uit een andere Lid-Staat er in een concreet geval belang bij heeft, bepaalde werken niet zelf uit te voeren, maar ze door een derde onderneming te laten verrichten, valt toch, met name bij werken in regio's vlak bij de grens, niet te begrijpen waarom het toevertrouwen van die werken aan een in de betrokken regio (van de ontvangende staat) gevestigde onderneming noodzakelijk de economisch beste beslissing zou zijn.

17. De Italiaanse regering overtuigt mij evenmin waar zij onder verwijzing naar het belang van de potentiële onderaannemer uit een andere Lid-Staat betoogt, dat voor bepaalde werken enkel de bevoordeelde ondernemingen belangstelling zouden hebben. Een dergelijke belangstelling hangt niet in het laatst af van de aard en de omvang van de werken en de grootte en specialisatie of diversifiëring van de onderneming. De formele omstandigheid dat de *zetel* van de onderneming in de betrokken regio ligt, is in dit opzicht zeker niet alleen beslissend.

18. Aangezien het dus om een discriminerende maatregel gaat, is hij slechts verenigbaar met het Verdrag, indien hij onder een uitdrukkelijke, van artikel 59 afwijkende bepaling van het Verdrag valt. [5] In dit verband komt enkel artikel 56 EEG-Verdrag in aanmerking, waarnaar artikel 66 verwijst. Geen van de daar genoemde gronden (openbare orde, veiligheid of volksgezondheid) is

3 — Arresten van 20 maart 1990 (zaak C-21/88, Du Pont de Nemours Italiana, Jurispr. 1990, blz. I-889, r. o. 12 en 13) en 11 juli 1991 (zaak C-351/88, Laboratori Bruneau, Jurispr. 1991, blz. I-3641) (betreffende artikel 30 EEG-Verdrag); arrest van 25 juli 1991 (zaak C-353/89, Commissie/Nederland, Jurispr. 1991, blz. I-4069, r. o. 25) (betreffende artikel 59).

4 — Zie vorige voetnoot.

5 — Arrest van 26 april 1988 (zaak 352/85, Bond van Adverteerders, Jurispr. 1988, blz. 2085, r. o. 32).

in casu van toepassing. Met name zijn er geen redenen van „openbare orde", die immers het bestaan veronderstellen van een werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging, die een fundamenteel belang van de samenleving aantast. [6] Een doel dat aan die strikte voorwaarden voldoet, ligt noch aan de algemene regeling (versnelde uitvoering van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken), noch aan artikel 2, lid 1, van de wet (compensatie voor nadelen voortvloeiend uit het beginsel van de alomvattende gunning) ten grondslag; verder zijn er ook geen aanwijzingen, dat dit doel of die doelen slechts met behulp van de hier gelaakte discriminatie kunnen worden verwezenlijkt. Artikel 2, lid 1, van wet nr. 80/87 was dus in strijd met artikel 59 EEG-Verdrag; de desbetreffende grief van de Commissie is gegrond.

19. *II.* De Commissie maakt ook bezwaar tegen artikel 3, lid 3, van de betwiste wet, dat bepaalt:

„Hebben meer dan vijftien ondernemingen belangstelling, dan mag de aanbestedende dienst of het aanbestedende lichaam niet minder dan vijftien ondernemingen tot inschrijving uitnodigen. Bij de keuze van de uit te nodigen ondernemingen dient de *voorkeur* te worden gegeven aan tijdelijke verenigingen en consortiums waaraan *ondernemingen* deelnemen die (...) hun activiteit hoofdzakelijk uitoefenen *in de regio waar de werken worden uitgevoerd.*" [7]

20. *1.* Vooraf moet worden vastgesteld, dat de grief van de Commissie niet is gericht tegen het vereiste dat een minimumaantal ondernemingen tot inschrijving moet worden uitgenodigd, noch tegen de bevoordeling van tijdelijke verenigingen en consortiums. De Commissie maakt er enkel bezwaar tegen, dat tot de bevoordeelde verenigingen ondernemingen moeten behoren, die hun activiteit hoofdzakelijk in de regio uitoefenen.

21. *2.* Voor zover de Commissie dit als een schending van artikel 59 EEG-Verdrag beschouwt, kan zij zonder meer worden gevolgd. Het gaat om een verkapte vorm van discriminatie, daar weliswaar niet de nationaliteit of de zetel van de onderneming als criterium wordt gehanteerd, maar ondernemingen uit andere Lid-Staten op grond van het gekozen onderscheidingscriterium in een slechtere positie staan dan binnenlandse. [8] Aan het gekozen criterium (hoofdzakelijke activiteit in de regio waar de werken worden uitgevoerd) wordt immers, zoals de Commissie onweersproken heeft gesteld, veel vaker door binnenlandse dan door buitenlandse ondernemingen voldaan.

22. Het argument van de Italiaanse regering, dat ondernemingen uit andere Lid-Staten, net als de binnenlandse ondernemingen, de mogelijkheid hebben om zich met de bevoordeelde ondernemingen te associëren, houdt geen steek. Los van de vraag, of de kansen voor een dergelijke associatie met een van de bevoordeelde ondernemingen gelijk verdeeld zijn tussen binnenlandse ondernemingen en ondernemingen uit andere Lid-Staten — hetgeen de Commissie betwist —, valt niet uit te sluiten, dat die associatie voor een onderneming uit een andere Lid-Staat commercieel niet wenselijk of ongeschikt is.

6 — Arrest van 27 oktober 1977 (zaak 30/77, Bouchereau, Jurispr. 1977, blz. 1999, r. o. 35).

7 — Eigen cursivering.

8 — Zie, wat dit aspect betreft, bij voorbeeld het arrest van 5 december 1989 (zaak C-3/88, Commissie/Italië, Jurispr. 1989, blz. 4035, r. o. 8).

De ondernemingsvrijheid, die artikel 59 juist beoogt te beschermen, impliceert, dat dan van die stap kan worden afgezien. Uit dit oogpunt moet worden vastgesteld, dat artikel 3, lid 3, van twee belangstellenden — een onderneming *uit een andere Lid-Staat* en een „plaatselijke" onderneming — die dezelfde bouwprestatie willen aanbieden en hun beslissing, alleen of samen met andere ondernemingen als inschrijver op te treden, gelijkelijk volgens de eigen commerciële voorstellingen of noden hebben getroffen, aan de „plaatselijke" onderneming de voorkeur verleent. Ik ben derhalve van mening, dat de discriminerende werking van deze bepaling los van genoemde strijdvraag vaststaat.

23. Daar ook de in artikel 56 EEG-Verdrag bedoelde rechtvaardigingsgronden ontbreken, is de op artikel 59 van dit Verdrag gebaseerde grief van de Commissie gegrond.

24. *3.* De grief van de Commissie, dat het hier behandelde vereiste in strijd is met artikel 22 van richtlijn 71/305, is eveneens gegrond.

25. Allereerst moet worden vastgesteld, dat sinds het antwoord van de Italiaanse regering op de schriftelijke ingebrekestelling tussen partijen vaststaat, dat de overeenkomsten in de zin van wet nr. 80/87 prestaties omvatten, die volgens artikel 1, sub b, van de richtlijn binnen de werkingssfeer van deze laatste vallen; aan de toepasselijkheid van die handeling van gemeenschapsrecht wordt — ook daarover zijn partijen het eens — geen afbreuk gedaan door het feit, dat ook andere prestaties het voorwerp van de overeenkomst in de zin van wet nr. 80/87 kunnen zijn.

26. Wat vervolgens de verenigbaarheid van artikel 3, lid 3, van de wet met artikel 22 van de richtlijn betreft, gaat de Commissie ervan uit, dat de keuze van de inschrijvers volgens de bepaling van de richtlijn *slechts* „aan de hand van de krachtens artikel 17, sub d, verschafte inlichtingen" mag worden gemaakt. De vraag, of de Lid-Staten speelruimte wordt gelaten om bijkomende — bij voorbeeld door overwegingen van economische politiek ingegeven [9] — criteria toe te passen [10], lijkt zij ontkennend te willen beantwoorden. Als deze opvatting juist is, staat de schending van artikel 22 zonder meer vast, want het in artikel 3, lid 3, van de wet bedoelde criterium heeft niets te maken met de inlichtingen in de zin van artikel 17, sub d, van de richtlijn. Maar ook indien artikel 22 aldus wordt begrepen, dat de Lid-Staten over de hierboven bedoelde speelruimte beschikken, kan daarvan slechts met inachtneming van lid 2 van dat artikel gebruik worden gemaakt. Daarin wordt bepaald:

„Elke Lid-Staat draagt er zorg voor dat de aanbestedende diensten zich onder dezelfde voorwaarden als zij aan nationale gegadigden stellen, wenden tot ondernemingen van de

9 — Met betrekking tot de in artikel 20 van de richtlijn genoemde criteria (geschiktheid enerzijds, gunningscriteria in de zin van artikel 29 anderzijds) heeft het Hof, weliswaar met zekere beperkingen, een dergelijke speelruimte voor bijkomende criteria van de Lid-Staten erkend; zie — met betrekking tot een door redenen van sociale politiek ingegeven voorwaarde — het arrest van 20 september 1988 (zaak 31/87, Beentjes, Jurispr. 1988, blz. 4635, r. o. 28 tot en met 30 en 36).

10 — Hier lijkt het om een criterium van bevoordeling van kleine en middelgrote ondernemingen te gaan.

overige Lid-Staten die aan de vereisten voldoen."

27. Zou artikel 22, lid 1, derhalve aldus moeten worden uitgelegd, dat het bijkomende keuzecriteria van de Lid-Staten niet verbiedt, dan zou aan het tweede lid ervan de algemene rechtsgedachte kunnen worden ontleend, dat deze criteria inschrijvers uit andere Lid-Staten niet mogen discrimineren. Ook in dit geval is de betwiste regeling in strijd met artikel 22.

28. Daar ook geen bepaling van de richtlijn van toepassing is, volgens welke in dit verband van artikel 22 zou kunnen worden afgeweken, was de invoering van deze regeling ongeoorloofd en blijkt de grief van de Commissie gegrond.

C — Kosten

29. Met betrekking tot de twee grieven die aan het einde van de procedure nog waren overgebleven, is de verwerende Lid-Staat in het ongelijk gesteld, zodat dienaangaande artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering dient te worden toegepast. Gezien het belang van die grieven (die beide — ten minste ook — een inbreuk op de fundamentele vrijheden van het Verdrag betreffen) ten opzichte van de andere grieven die in het verzoekschrift naar voren waren gebracht, zal de verwerende Lid-Staat, die in het ongelijk is gesteld, de helft van de totale kosten hebben te dragen.

30. Vervolgens dient met betrekking tot de overblijvende helft artikel 69, lid 5, te worden toegepast. Daar geen van de partijen aangaande dit deel van de kosten een bijzondere vordering heeft ingesteld (ofschoon hiertoe ter terechtzitting gelegenheid bestond), zal iedere partij in zoverre de eigen kosten dragen.

Conclusie

31. Concluderend geef ik het Hof in overweging vast te stellen:

„1) Door wet nr. 80/87 houdende buitengewone bepalingen ter versnelling van de uitvoering van openbare werken vast te stellen, is de Italiaanse Republiek de krachtens artikel 59 EEG-Verdrag en richtlijn 71/305/EEG op haar rustende verplichtingen niet nagekomen.

2) De Italiaanse Republiek draagt de kosten voor de helft. Ten belope van de andere helft draagt elke partij de eigen kosten."