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

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

A — Inleiding

1. In de onderhavige niet-nakomingsprocedure verwijt de Commissie de Unità Sanitaria Locale XI — Genova 2 (hierna: „USL") schending van richtlijn 77/62/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen.[1] De USL publiceerde op 10 oktober 1988 een aankondiging voor het plaatsen van een opdracht voor de levering van verschillende produkten in de loop van 1989, waaronder rundvlees voor een bedrag van 5 800 000 000 LIT. In de aankondiging was voor de deelneming aan de aanbestedingsprocedure een door de Commissie in strijd met het gemeenschapsrecht geachte minimumvoorwaarde opgenomen, namelijk dat de inschrijvers konden aantonen gedurende de laatste drie jaren (1985-1987) soortgelijke produkten te hebben geleverd voor een bedrag van ten minste zesmaal de waarde van elke gevraagde levering, waarbij 50% van dit bedrag betrekking diende te hebben op *leveringen aan publiekrechtelijke opdrachtgevers.*

2. De Italiaanse regering voert verweer op verschillende niveaus. Om te beginnen heeft zij de Commissie in haar verweerschrift gesuggereerd, afstand van instantie te doen, omdat de litigieuze clausule na het verstrijken van de geldigheid van de aankondiging op 31 december 1989 geen gevolgen meer sorteerde en in de latere aankondigingen niet meer is opgenomen. In het verdere verloop van de schriftelijke behandeling heeft zij een formele exceptie van niet-ontvankelijkheid opgeworpen, op grond dat er op het ogenblik van de uitbrenging van het met redenen omkleed advies in maart 1990, en dus noodzakelijkerwijs vóór het verstrijken van de daarin gestelde termijn, geen schending meer bestond.

3. De Italiaanse regering is voorts van mening, dat de schending van een richtlijn door een publiekrechtelijke instantie niet aan de Lid-Staat kan worden verweten wanneer die richtlijn op de voorgeschreven wijze in nationaal recht is omgezet. De Lid-Staat heeft daarmee aan de krachtens artikel 189 EEG-Verdrag op hem rustende verplichtingen voldaan. De nationale bepalingen ter uitvoering van de richtlijn hebben overigens voorrang boven de richtlijn, zodat slechts in het kader van het nationale recht rechtsbescherming kan worden geboden tegen eventuele schendingen ervan.

4. Ten gronde betoogt de Italiaanse regering, dat de gewraakte clausule geen ongeoorloofd uitsluitingscriterium is, maar slechts een maatstaf ter beoordeling van de overeenkomstig de richtlijn verlangde bewijzen van de technische bekwaamheid van de potentiële inschrijvers.

* Oorspronkelijke taal: Duits.

1 — Van de Raad van 21 december 1976 (PB 1977, L 13, blz. 1).

5. De Commissie concludeert dat het den Hove behage:

— vast te stellen, dat de Italiaanse Republiek, door de omstandigheid dat de Unità Sanitaria Locale XI — Genova 2 heeft bepaald, dat aan de procedure voor het plaatsen van de overheidsopdracht voor leveringen slechts kunnen deelnemen de leveranciers die de laatste drie jaar voor 50% van het voor deelneming vereiste minimumbedrag aan publiekrechtelijke instanties hebben geleverd, niet heeft voldaan aan de verplichtingen die op haar rusten krachtens richtlijn 77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen;

— de Italiaanse Republiek te verwijzen in de kosten van de procedure.

6. De Italiaanse regering concludeert dat het den Hove behage:

— het beroep te verwerpen;

— de Commissie in de kosten te verwijzen.

In dupliek concludeert zij dat het den Hove behage:

— het beroep niet-ontvankelijk te verklaren.

7. Voor de feiten, het rechtskader alsmede de middelen en argumenten van partijen wordt verwezen naar het rapport ter terechtzitting.

B — Standpuntbepaling

1. *De ontvankelijkheid*

8. De Italiaanse regering heeft pas in dupliek een formele exceptie van niet-ontvankelijkheid opgeworpen, zodat de vraag rijst, of dit op tijd was om als een volgens de voorschriften ingediend verzoek te kunnen worden aangemerkt.

9. Enerzijds heeft verweerster reeds in haar verweerschrift alle argumenten aangevoerd die haars inziens tot niet-ontvankelijkheid van het beroep leiden. Anderzijds heeft zij in het verweerschrift geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Deze conclusie omvat de conclusie tot niet-ontvankelijkverklaring van het beroep. Verzoekster had de gelegenheid om in repliek op de argumenten van verweerster in te gaan. Ten slotte onderzoekt het Hof ambtshalve eerst de ontvankelijkheid van een beroep. Op grond van het voorgaande is er geen enkele reden om geen rekening te houden met eventueel te laat opgeworpen excepties van niet-ontvankelijkheid.

10. De niet-ontvankelijkheid van het beroep zou in deze zaak kunnen voortvloeien uit het feit dat de Commissie — zoals zij tijdens de schriftelijke behandeling verklaarde — het met redenen omkleed advies uit de precontentieuze procedure pas in maart 1990 heeft uitgebracht, zodat de gestelde schending, die betrekking had op de aankondiging voor het jaar 1989, dus niet meer kan hebben bestaan op het ogenblik van het verstrijken van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn om die schending te beëindigen. Bovendien was de omstreden clausule niet meer opgenomen in de aankondigingen voor de jaren 1990 en 1991.

11. Ingevolge artikel 169, tweede alinea, EEG-Verdrag is het bestaan van een verdragsschending na het verstrijken van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn, een voorwaarde voor de ontvankelijkheid van een beroep. Volgens de in deze zin uit te leggen rechtspraak [2], wordt er geen procesbelang gediend met de vaststelling door het Hof van een verdragsschending die reeds voor deze datum is beëindigd. Deze rechtspraak ligt in de lijn van de ratio van de precontentieuze procedure, die erop is gericht de verdragsschending vóór de contentieuze procedure te beëindigen. Derhalve heeft een beroep tot vaststelling van een verdragsschending principieel geen enkel belang wanneer de schending reeds is beëindigd op het ogenblik van het verstrijken van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn.

12. De arresten waarin de aanwezigheid van een procesbelang in niet-nakomingsprocedures [3] is vastgesteld — bij voorbeeld wegens een eventuele plicht tot schadeloosstelling van de verwerende Lid-Staat jegens andere Lid-Staten van de Gemeenschap of jegens belanghebbende particulieren — zijn pas relevant wanneer de gestelde verdragsschending *na* afloop van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn is beëindigd. Is de schending *vóór* dit tijdstip beëindigd, dan is er in beginsel geen procesbelang aanwezig.

13. Uitzonderingen op deze regel zijn slechts nodig bij seizoengebonden schendingen [4], wanneer de verdragsschending naar het doel en het rechtskarakter ervan slechts van tijdelijke aard is (bij voorbeeld bij seizoengebonden in- of uitvoerbeperkingen ter bescherming van de binnenlandse marktdeelnemers) en er daardoor nauwelijks — of zelfs helemaal geen — tijd is om de aan de niet-nakomingsprocedure voorafgaande precontentieuze procedure te voeren.

14. In het onderhavige geval is er mijns inziens geen enkele reden om na te gaan, of een dergelijke uitzondering van toepassing is, ook al was de gewraakte clausule van de aankondiging slechts gedurende een bepaalde, vooraf vastgestelde periode geldig. Die periode was immers lang genoeg om de niet-nakomingsprocedure volgens de regels te kunnen voeren zonder in tijdnood te geraken; de aankondiging van de aanbesteding is op 10 oktober 1988 gepubliceerd en bleef geldig tot eind 1989. De Commissie had dus nagenoeg vijftien maanden tijd om buiten rechte tegen de onregelmatigheden op te komen.

15. Gezien het feit, dat de Commissie de verwerende Lid-Staat telkens slechts twee weken heeft gegeven om haar brieven in de precontentieuze procedure te beantwoorden (de aanmaningsbrief van 10 september 1989 en het met redenen omkleed advies van 27 maart 1990), kan niet worden aangenomen, dat er voor de behandeling van de zaak — bij voorbeeld wegens de noodzaak van verder onderzoek of wegens de ingewikkeldheid van het probleem — buitengewoon lange termijnen nodig waren.

2 — Arresten van 15 januari 1986, zaak 52/84, Commissie/België, Jurispr. 1986, blz. 89; 5 juni 1986, zaak 103/84, Commissie/Italië, Jurispr. 1986, blz. 1759, r. o. 6 en volgende; zie ook mijn conclusie in die zaak, punt B.1. a); 10 maart 1987, zaak 199/85, Commissie/Italië, Jurispr. 1987, blz. 1039, r. o. 7 en volgende; 24 maart 1988, zaak 240/86, Commissie/Griekenland, Jurispr. 1988, blz. 1835, r. o. 15 en 16; zie ook mijn conclusie in die zaak, punt 7 en volgende.

3 — Arresten van 9 juli 1970, zaak 26/69, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1970, blz. 565; 30 mei 1991, zaak C-361/88, Commissie/Duitsland, Jurispr. 1991, blz. I-2567, en zaak C-59/89, Commissie/Duitsland, Jurispr. 1991, blz. I-2607; 25 juli 1991, zaak C-353/89, Commissie/Nederland, Jurispr. 1991, blz. I-4069, en 5 juni 1986, zaak 103/84, reeds aangehaald.

4 — Arrest van 24 maart 1988, zaak 240/86, reeds aangehaald, en 30 mei 1991, zaak C-110/89, Commissie/Griekenland, Jurispr. 1991, blz. I-2659.

16. Aangezien het dus, objectief gezien, zeer goed mogelijk was om in de bijna vijftien maanden dat de aankondiging geldig was, de aan het beroep wegens niet-nakoming voorafgaande administratieve procedure te voeren, valt niet in te zien, waarom moet worden afgeweken van de regel, dat er sprake moet zijn van een verdragsschending op het moment dat de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn afloopt. Het beroep is derhalve als niet-ontvankelijk te beschouwen.

17. Ter *terechtzitting* van 16 januari 1992 heeft de Commissie verklaard, dat het met redenen omkleed advies van 27 maart 1990 eigenlijk een tweede advies was. Het eerste met redenen omkleed advies was op 17 augustus 1989 uitgebracht. Omdat de verwerende regering met aanzienlijke vertraging — namelijk pas op 30 juni 1989 — op de aanmaningsbrief reageerde, en bij de opstelling van het met redenen omkleed advies van 17 augustus 1989 met de inhoud van dit schrijven, dat op 6 juli 1989 bij de Commissie was ingekomen, geen rekening meer kon worden gehouden, achtte de Commissie het opportuun een tweede advies op te stellen ten einde op alle bezwaren van de Italiaanse regering te antwoorden. De vertraging in het verloop van de precontentieuze procedure komt derhalve op het conto van de verwerende regering.

18. Bij de beoordeling van dit argument rijst allereerst de vraag, of eigenlijk wel rekening mag worden gehouden met feiten die pas ter terechtzitting naar voren worden gebracht.

19. In artikel 42 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof wordt bepaald:

„Lid 1: Partijen kunnen nog in de repliek en in de dupliek aanbieden hun stellingen nader te bewijzen. De vertraging waarmee zodanig bewijsaanbod geschiedt, dient te worden gemotiveerd.

Lid 2: Nieuwe middelen mogen in de loop van het geding niet worden voorgedragen, tenzij zij steunen op gegevens, hetzij rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken.

(...)

De beslissing over de ontvankelijkheid van het middel wordt aangehouden tot het eindarrest."

20. Het tot de verwerende Lid-Staat gerichte met redenen omkleed advies van 17 augustus 1989 is zeker geen feit waarvan eerst in de loop van de gerechtelijke behandeling is gebleken. Het regelmatige verloop van de precontentieuze procedure is evenwel een voorwaarde voor de ontvankelijkheid van het krachtens artikel 169 EEG-Verdrag ingestelde beroep wegens niet-nakoming, waarvoor de Commissie de bewijslast draagt. De Commissie heeft zich van meet af aan slechts op het met redenen omkleed advies van 27 maart 1990 gebaseerd. Pas in haar antwoord op een vraag van het Hof over het voorwerp van haar beroep, gelet op het op 27 maart 1990 uitgebrachte advies en het op 11 december 1990 ingestelde beroep, zag de Commissie zich genoodzaakt het eerdere met redenen omkleed advies ter sprake te brengen. De vraag van het Hof kan evenwel moeilijk worden opgevat als een juridisch gegeven in de zin van artikel 42, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat tot gevolg heeft

dat het verweermiddel in aanmerking moet worden genomen.

21. Ik ben derhalve van mening, dat het gehele betoog betreffende het zogenoemde eerste met redenen omkleed advies als tardief en derhalve niet-ontvankelijk moet worden verworpen, zodat het bij de reeds vastgestelde niet-ontvankelijkheid van het beroep blijft.

22. Neemt men evenwel bij wijze van hypothese aan, dat het betoog van de Commissie een in aanmerking te nemen middel vormt, dan valt moeilijk te begrijpen, waarom bij de opstelling van het advies van 17 augustus 1989 geen rekening kon worden gehouden met de argumenten die de Italiaanse regering had aangevoerd in haar brief van 30 juni 1989, die op 6 juli 1989 bij de Commissie is binnengekomen, terwijl daar toch zes weken tussen lagen en de Italiaanse regering telkens slechts twee weken kreeg voor de beantwoording van de aanmaningsbrief en het met redenen omkleed advies. Ik zie niet in, waarom het zenden van een tweede advies in maart 1990 onder deze omstandigheden op het conto van de Italiaanse regering zou komen. Volgens mij is alleen de Commissie verantwoordelijk voor de vertraging bij behandeling van de zaak in het algemeen en bij het uitbrengen van het met redenen omkleed advies van 27 maart 1990 in het bijzonder, zodat er, wegens beëindiging van de schending vóór het verstrijken van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn, geen procesbelang meer voorhanden was.

23. Aangezien het beroep niet-ontvankelijk moet worden verklaard, worden de volgende opmerkingen over de gegrondheid van het beroep slechts subsidiair geformuleerd.

2. *De gegrondheid*

a) De omvang van de verplichtingen van een Lid-Staat bij de omzetting en de toepassing van richtlijnen

24. De Italiaanse regering voert tegen de haar te last gelegde schending aan, dat wanneer een richtlijn op juiste wijze in nationaal recht is omgezet, de nationale regels voorrang hebben, en dit zowel met betrekking tot de materiële voorschriften als met betrekking tot de rechtsbescherming.

25. In de precontentieuze procedure heeft de verwerende regering in haar antwoord van 30 juni 1989 aangevoerd, dat de gewraakte clausule in overeenstemming is met de bepalingen ter uitvoering van richtlijn 77/62. In het verdere verloop van de procedure is steeds aangenomen, dat de richtlijn correct is omgezet.

26. Het verweer van de Italiaanse regering maakt een onderzoek van de omvang van de verplichtingen van een Lid-Staat bij de omzetting en de toepassing van richtlijnen noodzakelijk. De verwerende regering is zeker op het verkeerde spoor waar zij stelt, dat een Lid-Staat met de juiste omzetting van een richtlijn in nationaal recht aan al de krachtens artikel 189 op hem rustende verplichtingen ter zake van de uitvoering van het gemeenschapsrecht heeft voldaan. De formele omzetting is immers slechts *één* van de gemeenschapsrechtelijke plichten van een Lid-Staat. Daarnaast bestaat ook de verplichting om de doelstellingen van de richtlijn niet alleen *in abstracto* door wettelijke

bepalingen, maar ook *in concreto* binnen de nationale rechtsorde te verwezenlijken. Deze plicht om het „nuttig effect" [5] van een richtlijn te waarborgen, rust van meet af aan op alle overheidsinstanties. Zij volgt rechtstreeks uit artikel 189 EEG-Verdrag en tevens uit artikel 5 EEG-Verdrag, waarin de Lid-Staten wordt opgedragen, alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen welke geschikt zijn om de nakoming van de uit het Verdrag of uit handelingen van de instellingen der Gemeenschap voortvloeiende verplichtingen te verzekeren.

27. Tegen de achtergrond van deze verplichtingen dient te worden ingegaan op het argument van de Italiaanse regering, dat de Commissie pas in repliek naar voren heeft gebracht, dat de Italiaanse regering zich er niet toe had mogen beperken richtlijn 77/62 in nationaal recht om te zetten, maar dat zij ook het nuttig effect ervan had moeten verzekeren. Het zou hierbij gaan om een andere grief dan die welke in het met redenen omkleed advies en het verzoekschrift is geformuleerd, zodat hij als tardief moet worden afgewezen.

28. Voor de Commissie vormde de concrete schending door de aankondiging van de USL — Genova 2 van meet af aan het voorwerp van de procedure. Pas nadat de Italiaanse regering in de procedure voor het Hof ter verweer had aangevoerd, dat zij na de omzetting van de richtlijn geen verdere plichten meer had, heeft de Commissie erop gewezen, dat de Lid-Staat haars inziens verdergaande verplichtingen heeft.

29. Dit betoog is slechts een verduidelijking van de rechtsopvatting die de Commissie ertoe heeft aangezet tegen de gestelde schending op te komen. Het gaat hier dus niet om een uitbreiding van het voorwerp van geschil of om een nieuwe grief.

30. Richtlijnen delen in beginsel in de voorrang [6] van het gemeenschapsrecht. Indien er na juiste omzetting twijfel ontstaat over de uitlegging van de nationale bepalingen, is de richtlijn dus altijd doorslaggevend. Bij tardieve of onjuiste omzetting heeft het Hof zelfs, binnen de door hem getrokken grenzen [7], de rechtstreekse werking van de bepalingen van de richtlijn erkend. [8]

31. Indien derhalve — zoals in de precontentieuze procedure is gesuggereerd — een discrepantie tussen de omzettingshandeling en de richtlijn de eventuele verdragsschending zou hebben veroorzaakt, kan alleen de richtlijn als maatstaf voor het handelen worden gebruikt. In een dergelijk geval bestaat de schending van het gemeenschapsrecht — ongeacht of daartegen met de concrete niet-nakomingsprocedure wordt opgekomen — zowel in de onjuiste omzetting van de richtlijn als in de met de richtlijn strijdige toepassing van het recht.

32. Gebeurde de omzetting daarentegen wel op de juiste wijze, dan dient de richtlijn

5 — Arrest van 10 april 1984, zaak 14/83, Von Colson en Kamann, Jurispr. 1984, blz. 1891, r. o. 15.

6 — Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Van Gerven bij het arrest van 12 juli 1990, zaak C-106/89, punt 9.

7 — Zie voor onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige bepalingen de arresten van 5 april 1979, zaak 148/78, Ratti, Jurispr. 1979, blz. 1629, en 19 januari 1982, zaak 8/81, Becker, Jurispr. 1982, blz. 53.

8 — Zie voor de rechtsgevolgen van een richtlijn in het nationale recht het arrest van het Bundesverfassungsgericht van 28 januari 1992 over een verbod van nachtarbeid voor vrouwen — 1 BvR 1025/82 — 1 BvL 16/83 — 1 BvL 10/91.

ook als maatstaf te worden genomen om uit te maken, of er sprake is van een verdragsschending. Het is derhalve in elk geval van belang, of bij de litigieuze aankondiging van de USL de bepalingen van richtlijn 77/62 op de juiste wijze zijn toegepast.

33. Een geheel andere vraag — die hier niet ter beantwoording staat — is, welke de rechtsgevolgen zijn van een gewone schending van de nationale uitvoeringsbepalingen door zelfstandige rechtssubjecten. Voor zover het om de gedraging van een *overheidsinstelling* gaat, moet ervan worden uitgegaan, dat de maatregel in het kader van een niet-nakomingsprocedure formeel aan de Lid-Staat kan worden toegerekend [9], en dat op de autoriteiten en de instellingen van de Lid-Staat de materiële verplichting rust om het gemeenschapsrecht gelding te verschaffen. [10]

34. Zo in de niet-nakomingsprocedure al in de regel het gedrag van overheidsinstanties wordt getoetst, omdat de Lid-Staat jegens de Gemeenschap ook verantwoordelijk is voor instellingen die uit organisatorisch oogpunt zelfstandig zijn, dan geldt dit des te meer binnen de werkingssfeer van de richtlijnen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken. [11]

9 — Zie ook mijn conclusies bij de arresten van 10 juli 1991, zaak C-247/89, Commissie/Portugal, Jurispr. 1991, blz. I-3659, I-3670, punt 10, en 18 maart 1992, zaak C-24/91, Commissie/Spanje, Jurispr. 1992, blz. I-1989, I-1995, punt 9.

10 — Zie arrest van 22 juni 1989, zaak 103/88, Fratelli Costanzo, Jurispr. 1989, blz. 1839.

11 — Richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 (PB 1971, L 185, blz. 5).

35. In artikel 1, sub b, van richtlijn 77/62 wordt uitdrukkelijk bepaald, dat „onder ‚aanbestedende diensten' wordt verstaan: de staat, de territoriale lichamen en de publiekrechtelijke rechtspersonen, of, in de Lid-Staten die dit begrip niet kennen, de overeenkomstige eenheden, welke in bijlage I zijn opgesomd".

36. De USL — Genova 2, die de aankondiging voor het plaatsen van de opdracht heeft gepubliceerd, is een gemeentelijke instelling die ontegenzeglijk als aanbestedende dienst in de zin van de richtlijn kan worden aangemerkt.

37. In het arrest in zaak 31/87 [12], waarop beide partijen in het onderhavige geding zich beroepen, gaat het juist om de vraag, of de aanbestedende instantie waar het daar om ging, als een overheidsinstantie kon worden aangemerkt, en derhalve binnen de personele werkingssfeer van richtlijn 71/305/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken viel. De Italiaanse regering moet worden bijgevallen waar zij stelt, dat het in zaak 31/87 om een prejudiciële procedure ging, zodat geen uitspraak is gedaan over de vraag, of de Lid-Staat in het kader van een niet-nakomingsprocedure verantwoordelijk is in geval van schending van de gemeenschapsrechtelijke regels inzake de aanbesteding. Gelet op de zojuist beschreven verantwoordelijkheid van de Lid-Staat jegens de Gemeenschap voor de uitvoering van richtlijnen, dient in beginsel te worden aangenomen, dat handelingen van een overheidsinstantie in de zin van de richtlijn onder de gemeenschapsrechtelijke verantwoordelijkheid van de Lid-Staat vallen. Dit verband vloeit voort uit de definitie van de personele werkingssfeer van de richtlijn betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten.

12 — Arrest van 20 september 1988, zaak 31/87, Beentjes, Jurispr. 1988, blz. 4635.

38. De door de verwerende regering aangevoerde bezwaren inzake de mogelijkheid om de richtlijn als maatstaf voor een eventuele verdragsschending te hanteren, moeten derhalve worden afgewezen.

b) De verhouding tussen de rechtswegen in de Gemeenschap en die in de Lid-Staten

39. Ten slotte moet worden ingegaan op het door de Italiaanse regering aangevoerde argument, dat in geval van schending van de gemeenschapsrechtelijke aanbestedingsregels rechtsbescherming moet worden gezocht bij de rechterlijke instanties van de Lid-Staten, en dat de gemeenschapsrechtelijke procedures in een dergelijk geval pas op de tweede plaats komen.

40. Dienaangaande moet worden opgemerkt, dat geen enkele nationale rechtsweg voorrang heeft boven de niet-nakomingsprocedure. Bij het beroep wegens niet-nakoming gaat het steeds om de verhouding tussen de verplichtingen van een Lid-Staat en die van de Gemeenschap. Verder kan ook niet als algemene regel worden gesteld, dat de gemeenschapsrechtelijke rechtsbescherming in beginsel wijkt voor het nationale recht. Hooguit bij schadevorderingen zijn er gevallen denkbaar waarin subsidiariteit kan worden aanvaard. Het is zeer goed mogelijk, dat een arrest in een niet-nakomingsprocedure, naast de abstracte vaststelling van een verdragsschending, gevolgen heeft voor een door een gelaedeerde ingestelde actie tot schadeloosstelling. [13]

13 — Zie over een schadevordering van een particulier jegens een Lid-Staat wegens niet-omzetting van een richtlijn, het arrest van 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, Francovich en Bonifaci, Jurispr. 1991, blz. I-5357.

41. Derhalve staat niets eraan in de weg, ten gronde te onderzoeken of de gewraakte clausule in strijd is met het gemeenschapsrecht. In feite gaat het enkel om de vraag, of het vereiste dat 50% van de te bewijzen leveringen aan publiekrechtelijke instanties werd verricht, een ontoelaatbaar deelnemingsvereiste is.

c) De schending van richtlijn 77/62

42. Artikel 14 van richtlijn 77/62 bepaalt:

„In de niet-openbare procedures bevat de aankondiging ten minste de volgende gegevens:

(...)

d) (...) de te verstrekken inlichtingen en de nodige bescheiden voor de beoordeling van de economische en technische minimumeisen die de aanbestedende diensten voor de leveranciers vaststellen inzake hun selectie, welke inlichtingen en bescheiden slechts die van de artikelen 20, 22 en 23 mogen zijn."

43. Volgens artikel 23 van de richtlijn, dat betrekking heeft op het bewijs van de technische bekwaamheid van de leverancier, kan dit bewijs op de volgende wijzen worden geleverd:

„(...)

a) door middel van een lijst van de voornaamste leveringen die hij gedurende de afgelopen drie jaar heeft verricht, hun bedrag, data en de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren:

— indien het leveringen aan publiekrechtelijke aanbesteders betreft, worden de leveringen aangetoond door certificaten die door de bevoegde autoriteit zijn opgesteld of goedgekeurd;

— indien het gaat om leveringen aan particulieren worden de certificaten opgesteld door de koper; bij ontbreken daarvan is een verklaring van de leverancier toegelaten".

44. Deze bepaling geeft een opsomming van de middelen waarmee de omvang van de door een onderneming gedurende een bepaalde tijd verrichte leveringen kan worden bewezen ten einde daaruit de nodige consequenties te trekken voor de technische bekwaamheid. Uit artikel 14 juncto artikel 23 van de richtlijn volgt, dat het om een uitputtende opsomming van de middelen voor het bewijs van de technische bekwaamheid gaat. Bij het bewijs van de financiële en economische draagkracht van de leverancier ligt de zaak anders, zoals blijkt uit artikel 22, doch dit is in de onderhavige zaak niet relevant.

45. In artikel 23, lid 1, sub a, van de richtlijn gaat het in de eerste plaats om de omvang van de leveringen. Het onderscheid tussen publiekrechtelijke aanbesteders en particulieren lijkt te zijn ingevoerd, omdat voor de desbetreffende leveringen verschillende bewijsmiddelen gelden.

46. Elke vooraf vastgestelde minimumhoeveelheid leveringen aan publiekrechtelijke aanbesteders of particulieren is een extra criterium en derhalve een uitbreiding van het in de richtlijn verlangde bewijs. Dit geldt zowel voor de voorwaarde van een minimumhoeveelheid leveringen aan een bepaalde categorie aanbesteders als voor de voorwaarde van een absolute minimumhoeveelheid ten bewijze van de technische bekwaamheid, ook al is laatstgenoemde voorwaarde in het kader van het bewijs van de financiële en economische draagkracht overeenkomstig artikel 22, lid 1, sub a, onder bepaalde voorwaarden toegestaan, doch op dit laatste behoeft hier niet verder te worden ingegaan.

47. Het vereiste, dat een bepaald percentage van de leveringen voor publiekrechtelijke instanties was bestemd, betreft evenwel — anders dan de Italiaanse regering stelt — niet de beoordeling van bewijs. Alle inschrijvers die niet de vereiste minimumhoeveelheid aan publiekrechtelijke aanbesteders hebben geleverd, worden immers van meet af aan uitgesloten. De beoordeling van het bewijs vindt pas in een later stadium plaats, namelijk wanneer de toegelaten inschrijvers hun leveringen hebben aangetoond en bij de selectie tevens rekening wordt gehouden met de adressaten van deze leveringen.

48. Alles bij elkaar genomen, dient de gewraakte clausule derhalve te worden aangemerkt als een uitsluitingscriterium waarin de richtlijn niet voorziet.

C — Conclusie

49. Mitsdien geef ik het Hof in overweging:

1) het beroep te verwerpen;

2) de Commissie te verwijzen in de kosten van de procedure.