CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL D. RUIZ-JARABO COLOMER van 8 november 2006 [1]

I — Inleiding

1. De Commissie van de Europese Gemeenschappen heeft beroep ingesteld krachtens artikel 226 EG en het Hof verzocht vast te stellen dat Italië de verplichtingen niet is nagekomen die op hem rusten ingevolge de artikelen 43 EG en 49 EG en ingevolge de richtlijnen van de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (92/50/EEG van 18 juni 1992) [2], voor leveringen (93/36/EEG van 14 juni 1993) [3], van werken (93/37/EEG, eveneens van 14 juni 1993) [4], en in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (93/38/EEG, eveneens van 14 juni 1993) [5].

2. De niet-nakoming vloeit volgens de Commissie voort uit de artikelen 2, leden 1 en 5, 17, lid 12, 27, lid 2, 28, lid 4, 30, lid 6 bis, 37 ter en 37 quater, lid 1, van wet nr. 109 van 11 februari 1994, Legge quadro in materia di lavori pubblici (kaderwet voor openbare werken). [6] Zij voert de volgende schendingen aan: 1) de uitsluiting van gemengde opdrachten van de werkingssfeer van wet nr. 109/94 wanneer de kosten voor de bijkomende werken meer dan 50 % van de prijs bedragen; 2) de rechtstreekse toewijzing van een opdracht aan de houder van een bouwvergunning of van een verkavelingsplan wanneer de waarde van de werkzaamheden de drempels van richtlijn 93/37 niet overschrijdt; 3) de wijze waarop de planning, het toezicht en de inspectie van opdrachten waarvan de waarde beneden de gemeenschapsrechtelijke drempels ligt worden uitbesteed; 4) de uitbesteding van het toezicht aan

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — PB L 209, blz. 1, zoals gewijzigd door de richtlijnen 97/52/EG van het Parlement en de Raad van 13 oktober 1997 (PB L 328, blz. 1) en 2001/78/EG van de Commissie van 13 september 2001 (PB L 285, blz. 1). Met uitzondering van artikel 41 ervan is deze richtlijn met ingang van 31 januari 2006 ingetrokken bij richtlijn 2004/18/EG van het Parlement en de Raad van 31 maart 2004 inzake de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114).

3 — PB L 199, blz. 1, zoals gewijzigd en vervolgens ingetrokken bij de in de vorige voetnoot vermelde richtlijnen.

4 — PB L 199, blz. 54, zoals gewijzigd en vervolgens ingetrokken bij de in voetnoot 2 genoemde richtlijnen.

5 — PB L 199, blz. 84, zoals gewijzigd door de richtlijnen 98/4/EG van het Parlement en de Raad van 16 februari 1998 (PB L 101, blz. 1) en 2001/78. Deze richtlijn is nadien ingetrokken bij richtlijn 2004/17/EG van het Parlement en de Raad van 31 maart 2004 inzake de coördinatie van het plaatsen van overheidsopdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB L 134, blz. 1).

6 — GURI nr. 41 van 19 februari 1994, zoals meerdere malen gewijzigd.

de projectontwikkelaar wanneer de aanbestedende dienst noch andere overheidsinstanties deze taak op zich kunnen nemen; 5) de wijze waarop de inspectietaken aan derden worden uitbesteed; 6) het concessiestelsel voor met particuliere middelen gefinancierde werken.

3. Deze grieven raken twee thema's van algemeen belang die nader onderzocht dienen te worden: de criteria die moeten verzekeren dat de gemeenschapsrechtelijke aanbestedingsregels in acht genomen worden bij het plaatsen van gemengde opdrachten en de eerbiediging van de beginselen van transparantie en gelijke behandeling bij het gunnen van opdrachten waarvan de waarde beneden de in de richtlijnen vermelde bedragen ligt.

II — Het rechtskader

A — *Het gemeenschapsrecht*

1. Het EG-Verdrag

4. Artikel 43, eerste alinea, EG bepaalt: „In het kader van de volgende bepalingen zijn beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden. Dit verbod heeft eveneens betrekking op beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen en dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd."

5. Ingevolge artikel 49, eerste alinea, EG zijn „[i]n het kader van de volgende bepalingen […] de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht".

2. De aanbestedingsrichtlijnen

6. Om de in de artikelen 43 EG en 49 EG verankerde vrijheden van vestiging en van dienstverrichting toe te passen op het gebied van de openbare aanbestedingen, zijn de richtlijnen 92/50, 93/36, 93/37 en 93/38 vastgesteld. De meest relevante van de hierin opgenomen bepalingen zijn die welke het respectieve toepassingsgebied afbakenen en die verschillende drempels vastleggen om aldus opdrachten waarvan de waarde beneden deze drempels ligt van de toepassing van de betreffende richtlijn uit te sluiten (artikel 7 van richtlijn 92/50, artikel 5 van richtlijn 93/36, artikel 6 van richtlijn 93/37 en artikel 14 van richtlijn 93/38).

7. Op andere specifieke voorschriften zal ik in het kader van de behandeling van de middelen die tot staving van de niet-nakoming zijn aangevoerd, ingaan.

B — *De Italiaanse wettelijke regeling*

8. De genoemde richtlijnen zijn omgezet in Italiaans recht door wet nr. 109/94, zoals gewijzigd door artikel 7 van wet nr. 166 van 1 augustus 2002. [7]

1. Gemengde opdrachten

9. Ingevolge artikel 2, lid 1, van wet nr. 109/94 vallen in het kader van deze wet onder het begrip openbare werken de nieuwbouw, de afbraak, de herbouw, de renovatie, de restauratie en het onderhoud, terwijl de werkingssfeer van de wet zich mede uitstrekt tot gemengde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, alsmede opdrachten voor leveringen en diensten waarmee bijkomende werken gemoeid zijn die meer dan 50 % van de waarde uitmaken.

10. Artikel 3, lid 3, van decreto legislativo nr. 157 van 17 maart 1995 [8] houdt dezelfde regeling in, zowel voor gemengde opdrachten voor werken en diensten als voor opdrachten voor diensten waarmee bijkomende werken gemoeid zijn.

2. Stadsplanningswerken

11. Ingevolge artikel 2, lid 5, van wet nr. 109/94 zijn van de in deze wet voorziene regeling uitgesloten: a) de rechtstreeks door particulieren uitgevoerde werken waarvan de kosten in aftrek kunnen worden gebracht op de voor de bouwvergunningen betaalde vergoedingen; b) de uit de verplichtingen van artikel 28, lid 5, van wet nr. 1150 van 17 augustus 1942 voortvloeiende werken [9], en c) daarmee vergelijkbare werken. Wanneer de waarde van de opdracht, die bij meerdere werken per afzonderlijk onderdeel in aanmerking moet worden genomen, de gemeenschapsrechtelijke drempels overschrijdt, dient de gunning volgens richtlijn 93/37 plaats te vinden.

12. Voorts blijkt uit de artikelen 1 en 31 van wet nr. 1150/42 en de artikelen 3 en 11

7 — „Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti", GURI nr. 181 van 3 augustus 2002.

8 — „Attuazione della directiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi", GURI nr. 104 van 6 mei 1995.

9 — „Legge urbanistica", GURI nr. 244 van 16 oktober 1942.

van wet nr. 10 van 28 januari 1977 [10], dat de vergunninghouder zelf de stadsplanningswerken kan uitvoeren en de kosten daarvan geheel of voor een deel in mindering kan brengen op de door hem te betalen heffingen.

3. De planning, het toezicht en de inspectie van de werken bij opdrachten waarvan de waarde beneden de gemeenschapsrechtelijke drempels ligt

13. Ingevolge artikel 17, lid 12, van wet nr. 109/94 kunnen de bevoegde organen de planning en het toezicht van de werken waarvan de geraamde kosten minder dan 100 000 EUR bedragen aan de in lid 1, sub d, e, f en g genoemde rechtssubjecten uitbesteden, na zich van hun ervaring en professionele deskundigheid te hebben vergewist en mits zij hun keuze motiveren.

14. Voorts bepaalt artikel 30, lid 6 bis, van wet nr. 109/94 dat de inspecties van de uitgevoerde werken worden verricht door de technische afdelingen van de aanbestedende diensten of door de sub a van dit lid genoemde controlediensten of, wanneer de gemeenschapsrechtelijke drempels niet worden overschreden, door personen die het vertrouwen genieten van de overheid.

4. Het toezicht op de werken

15. Krachtens artikel 27, lid 2, van wet nr. 109/94 dient de aanbestedende dienst het toezicht op de werken, voor zover zij dit in de gevallen genoemd in artikel 17, lid 4, niet zelf op zich neemt, in de hierna genoemde volgorde uit te besteden: 1) aan andere overheidsinstanties; 2) aan de in artikel 17, lid 4, bedoelde projectontwikkelaar, of 3) aan andere daartoe volgens de nationale regeling vooraf geselecteerde rechtssubjecten.

5. De inspecties

16. Krachtens artikel 28, lid 4, van wet nr. 109/94 worden de controletaken opgedragen aan een, twee of drie hooggekwalificeerde technische experts uit de eigen gelederen van de aanbestedende dienst, met specifieke deskundigheid wat de aard, de complexiteit en de waarde van de werken betreft, tenzij vaststaat en formeel wordt bevestigd dat er in eigen kring geen vakspecialisten met deze eigenschappen zijn.

17. Ten slotte moet bij deze voorschriften nog artikel 188 van decreto del presidente della Repúbblica nr. 554 van 21 december 1999 [11] houdende uitvoering van wet

10 — „Norme per la edificabilità dei suoli", GURI nr. 27 van 29 januari 1977.

11 — „Regolamento d'attuazione della Legge quadro in materia di Lavori Pubblici 11 Febbraio 1994 n° 109, e successive modificazioni", GURI nr. 98 van 28 april 2000.

nr. 109/94 vermeld worden. Uit de leden 1, 3, 8, 9, 11, 12 en 13 van deze bepaling blijkt dat de opdrachtgever zijn medewerkers, binnen dertig dagen na voltooiing van de werkzaamheden, opdraagt om te inspecteren of de werken, gelet op de aard, de categorie, de complexiteit en de waarde van de werkzaamheden, conform een aantal vooraf vastgelegde criteria zijn uitgevoerd; indien niemand over de vereiste kwaliteiten beschikt, worden hiervoor externe vakspecialisten aangezocht uit de lijsten van ondernemers van het Ministero dei Lavori Pubblici (ministerie van openbare werken), van de regio's of de autonome provincies. Daaruit worden diegenen gekozen die over de genoemde kwaliteiten beschikken, waarbij bovendien geldt dat zij al minstens tien jaar in het bezit moeten zijn van hun diploma — wanneer het structurele werken betreft of werken waarvan de waarde 5 miljoen EUR of meer bedraagt — of ten minste vijf jaar — voor werken waarvan de waarde minder dan 1 miljoen EUR bedraagt. De opdrachtgever legt hun een aantal verboden op. Wanneer deze lijsten er niet zijn, mag de opdrachtgever deze taken naar eigen goeddunken opdragen aan eenieder die aan de gestelde eisen voldoet.

6. Particulier gefinancierde bouwwerken

18. De artikelen 37 bis, 37 ter en 37 quater van wet nr. 109/94 regelen de gunning van openbare werken die geheel of ten dele door particulieren worden gefinancierd.

19. Artikel 37 bis voorziet in de mogelijkheid voorstellen in te dienen voor openbare werken of algemene nutswerken, en daartoe de nodige overeenkomsten te sluiten waarin de financiering en de exploitatie worden overgenomen; de overheid dient hiertoe tijdig een bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving te doen uitgaan.

20. In artikel 37 ter is de procedure voor de selectie van de projectontwikkelaar vastgelegd. Allereerst moeten de voorstellen worden beoordeeld vanuit diverse invalshoeken: de bouw, de stedenbouwkundige aspecten, de milieuvriendelijkheid, de kwaliteit van het bouwplan, de functionaliteit, de bestemming, de toegankelijkheid voor de gebruikers, het nuttig effect, de exploitatie- en onderhoudskosten, de looptijd van de concessie, de opleveringstermijnen, de beprijzing, de in geval van prijswijzigingen te hanteren methode en de economische waarde van de plannen. Nadat is vastgesteld dat niets zich tegen uitvoering verzet en nadat de gegadigde die daarom heeft verzocht is gehoord, wordt vastgesteld of een van de ingediende voorstellen in het algemeen belang is; wanneer dit het geval is, dient conform artikel 37 quater, lid 1, een beperkte procedure plaats te vinden die nog twee extra aanbiedingen moet opleveren. De concessie wordt door middel van een procedure van gunning door onderhandelingen verleend, waarin het voorstel van de eerste inschrijver en de twee andere offertes worden besproken, met dien verstande dat ingevolge artikel 37 ter, in fine, de opdracht wordt gegund aan de projectontwikkelaar die zijn aanbod gedurende deze onderhandelingsprocedure aan de door de opdrachtgever verlangde wijzigingen aanpast.

III — Precontentieuze procedure

21. Nadat de Commissie een aantal klachten had ontvangen over de uitwerking van wet nr. 109/94 en kennis had genomen van de voorgenomen wetswijziging, heeft zij de Italiaanse autoriteiten op 12 april 2002 laten weten dat sommige bepalingen van deze wet niet verenigbaar waren met het gemeenschapsrecht.

22. De Italiaanse Republiek heeft zich bij brief van 17 juni 2002 en tijdens een op 23 juli van dat jaar te Rome gehouden bijeenkomst bereid verklaard, wet nr. 109/94 in de vereiste zin te wijzigen.

23. Nadat de beoogde hervorming bij wet nr. 166/2002 was doorgevoerd, stelde de Commissie vast dat enkele bepalingen in strijd waren met de rechtsorde van de Unie, waarop zij Italië op 19 december 2002 een aanmaningsbrief heeft gestuurd. Omdat zij daarop een onbevredigend antwoord ontving, heeft zij op 15 oktober 2003 een met redenen omkleed advies uitgebracht, waarna zij krachtens artikel 226 EG bij het Hof een beroep wegens niet-nakoming heeft ingesteld.

IV — Procesverloop voor het Hof

24. In haar verzoekschrift dat op 24 september 2004 ter griffie van het Hof is ingekomen, verzoekt de Commissie het Hof te verklaren dat „de Italiaanse Republiek, door de artikelen 2, lid 1, 17, lid 12, 27, lid 2, 30, lid 6 bis, 37 ter en 37 quater, lid 1, van wet nr. 109 van 11 februari 1994, zoals laatstelijk gewijzigd bij wet nr. 166 van 1 augustus 2002, artikel 2, lid 5, van wet nr. 109/94, zoals laatstelijk gewijzigd bij wet nr. 166/2002, junctis de wetten nrs. 1150/1942 en 10/1977, die op hun beurt zijn gewijzigd en aangevuld, artikel 28, lid 4, van wet nr. 109/94, junctis artikel 188 van decreto del presidente della Repúbblica nr. 554/99 en artikel 7 van bovengenoemde wet nr. 166/2002, alsmede artikel 3, lid 3, van decreto legislativo nr. 157/95, te hebben vastgesteld, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens de richtlijnen 93/37/EEG, 93/36/EEG, 92/50/EEG en 93/38/EEG, de artikelen 43 en 49 EG en de daaruit voortvloeiende beginselen van transparantie en gelijke behandeling". Bovendien verzoekt zij om verwijzing van verweerster in de kosten.

25. In haar op 16 december 2004 ingediende verweerschrift verzoekt de Italiaanse Republiek om intrekking van het beroep door de Commissie. Subsidiair verzoekt zij het Hof om de in het met redenen omklede advies van de Commissie bekritiseerde wijzigingen van de Italiaanse wetgeving te bekrachtigen en de grief „betreffende artikel 2, lid 5, van wet nr. 109/94" ongegrond te verklaren.

26. Op 26 januari 2005 is een conclusie van repliek ingediend en op 16 maart daaraanvolgend een conclusie van dupliek.

27. Bij beschikking van 6 april 2004 heeft de president van het Hof Nederland — dat op 14 juli 2005 schriftelijke opmerkingen heeft ingediend — en Finland — dat dit op 18 juli 2005 heeft gedaan — toegelaten tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van de Italiaanse Republiek [12], die zelf op 14 september 2005 op de opmerkingen van de interveniënten heeft gereageerd.

28. Na afsluiting van de schriftelijke fase van de procedure kon, daar geen van partijen te kennen had gegeven behoefte te hebben aan een mondelinge behandeling, op 11 juli 2006 worden begonnen met het opstellen van deze conclusie.

V — Gemengde opdrachten

29. De wilsautonomie van de mens leidt ertoe dat er steeds nieuwe vormen van overeenkomsten tot stand komen waarin elementen van verschillende categorieën overeenkomsten met elkaar worden verbonden [13], teneinde de door de contracterende partijen beoogde doelstellingen beter te kunnen verwezenlijken.

30. Er zijn wat de inhoud van de overeenkomst betreft [14] talloos veel combinaties mogelijk, want één enkele rechtshandeling kan meerdere rechtshandelingen omvatten en verschillende voorwerpen, waarbij elke contractpartij verschillende prestaties dient te leveren.

31. De moeilijkste opgave is dan te bepalen welke voorschriften erop van toepassing zijn, omdat daaraan bepaalde gevolgen verbonden zijn, zoals de verplichting tot het voeren van strengere procedures of het uitsluiten van sommige aanbieders.

32. Deze afbakening kan worden gebaseerd op het combinatiecriterium, waarbij clausules van uiteenlopende herkomst op de onderdelen van één en dezelfde opdracht worden toegepast, dan wel op het absorptiecriterium,

12 — Frankrijk is eveneens toegelaten tot interventie, maar heeft geen opmerkingen ingediend.

13 — Volgens Larenz, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, Uitg. Ariel, Barcelona, 1994, blz. 456, wordt de categorie als denkkader gebruikt „voor een meer specifieke omschrijving van bepaalde soorten rechtsverhoudingen, in het bijzonder subjectieve rechten en verbintenisrechtelijke verplichtingen".

14 — Moreno Molina, J.A., en Pleite Guadamillas, F., *El nuevo reglamento de contratación de las administraciones públicas (Repercusión práctica, novedades, concordancias y formularios adaptados)*, Uitg. La Ley, Madrid, 2002, blz. 36, merken op dat deze overeenkomsten een rijke en gecompliceerde casuïstiek bieden.

waarbij aansluiting wordt gezocht bij de regeling in de overeenkomst die geldt voor het belangrijkste bestanddeel daarvan. [15]

33. Bij het eerste criterium ligt de nadruk op het specifieke karakter van elk type overeenkomst, maar gezien de grote praktische bezwaren die daaraan kleven, wordt het niet veel gebruikt, behalve bijvoorbeeld voor opdrachten die ogenschijnlijk een eenheid vormen, maar waarin een veelheid aan types opdrachten schuilgaat.

34. Het tweede criterium wordt gewoonlijk gebruikt in wat complexere situaties, zoals de expliciet in de richtlijnen geregelde, waarbij wordt uitgegaan van de inhoud van de opdracht:

— wanneer een overheidsopdracht zowel op producten als op diensten betrekking heeft, is richtlijn 92/50 van toepassing, indien de waarde van de laatste hoger is dan die van de eerste. [16]

— wanneer het gaat om de levering van producten en in bijkomende orde om werkzaamheden voor het aanbrengen en installeren, is richtlijn 93/36 van toepassing. [17]

— wanneer de overheidsopdracht diensten betreft en tevens bijkomstige werkzaamheden omvat, dient richtlijn 92/50 te worden toegepast. [18]

— wanneer het een concessieovereenkomst voor openbare werken betreft, dienen de concrete voorschriften betreffende openbare bekendmaking van richtlijn 93/37 in acht genomen te worden. [19]

35. Richtlijn 92/50 voorziet er bovendien in, dat bij een overheidsopdracht die betrekking heeft op in de bijlagen II A en II B vermelde diensten, de waarde van die diensten bepaalt welke aanbestedingsregeling van toepassing is [20] (artikel 10). [21] Richtlijn 93/38 bevat een gelijksoortige bepaling (artikel 17).

15 — García Macho, R., *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas y a la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales,* Uitg. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, blz. 91.

16 — Artikel 1, lid 2, sub d, tweede alinea, van richtlijn 2004/18.

17 — Artikel 1, lid 2, sub c, tweede alinea, van richtlijn 2004/18.

18 — Artikel 1, lid 2, sub d, derde alinea, van richtlijn 2004/18.

19 — Artikel 1, lid 3, en titel 3 (de artikelen 56 tot en met 65) van richtlijn 2004/18.

20 — Advocaat-generaal Mischo heeft in de punten 31 tot en met 36 van zijn conclusie bij het arrest van 14 november 2002, Felix Swoboda (C-411/00, Jurispr. blz. I-10567), de verschillen uiteengezet tussen dit geval, waar bepalingen uit de richtlijn zelf worden gekozen, en een eerder geval, waar de richtlijn waar het om ging werd aangeduid. In het arrest werd er in dit verband op gewezen, dat richtlijn 92/50 „een eenduidig criterium geeft om te bepalen welke regeling van toepassing is op een opdracht die uit verschillende diensten bestaat", een criterium dat is gebaseerd op de waarde (punt 52). De stelling dat „het hoofdvoorwerp van de overheidsopdracht" de toepasselijkheid van de richtlijn bepaalt, werd afgewezen (punt 49).

21 — Artikel 22 van richtlijn 2004/18.

36. Met de hier besproken varianten zijn de mogelijkheden echter niet uitgeput. Daarom dient de nationale wetgever, om te voorzien in de leemtes van de richtlijnen, die bovendien geen voor alle overeenkomsten geldend algemeen kader bieden [22], regelingen vast te stellen voor de andere, niet-geregelde gemengde opdrachten, waarbij hij over een ruime, door de richtlijnen en het Verdrag begrensde beleidsvrijheid beschikt.

37. Opgemerkt zij dat de richtlijnen uitgaan van het hoofdvoorwerp van de opdracht en, wanneer het er meer zijn dan één of wanneer verschillende prestaties samen in een opdracht zijn opgenomen, van die met het grootste economische belang. Met behulp van deze twee criteria kan het materiële toepassingsgebied van de richtlijnen worden afgebakend.

38. Het hoofdvoorwerp vormt namelijk het centrale element van de opdracht. [23] Zo heeft het Hof in zijn arrest van 19 april 1994 in de zaak Gestión Hotelera Internacional [24] met betrekking tot een opdracht betreffende zowel de overdracht van goederen als de uitvoering van werken [25] verklaard, dat het niet toelaatbaar is die werken te laten prevaleren wanneer zij een bijkomstig karakter hebben, al is het aan de nationale rechter om te beoordelen of dit het geval is (punten 26 tot en met 29). Deze uitspraak dient echter genuanceerd te worden, want de kwalificatie van de werkzaamheden of bouwwerken als „van bijkomstige aard" (zestiende overweging van de considerans van richtlijn 92/50 en artikel 1, sub a, in fine, van richtlijn 93/36) is niet het bepalende criterium van het stelsel. Het arrest dient dan ook in die zin te worden begrepen dat de bijkomende verplichtingen niet geschikt zijn om de toepasselijke bepalingen vast te stellen; die dienen aan de hand van het criterium van het overwicht te worden bepaald. [26]

39. Bij het bepalen van het voorwerp of de hoofdprestatie vormt de waarde, gelet op de wezenlijke functie daarvan een niet te veronachtzamen objectief criterium om te bepalen of een overeenkomst al dan niet binnen de werkingssfeer van de richtlijnen valt. Zo heeft het Hof in het arrest van 18 november 1999 in de zaak Teckal [27], waarin het een a contrario-uitlegging gaf aan artikel 2 van richtlijn 92/50, vastgesteld dat een overheidsopdracht die zowel op producten als op diensten betrekking heeft, onder de bepalingen

22 — Onafhankelijk van wat in het nationale burgerlijke recht is bepaald. Messineo, F., *Doctrina general del contrato,* deel I, Uitg. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1985, blz. 382, verwijst in zijn bespreking van het probleem, bezien vanuit de invalshoek van dat rechtsgebied, naar artikel 1323 van het Italiaanse Burgerlijk Wetboek, dat bepaalt dat „alle overeenkomsten, ook indien zij niet behoren tot een van de types waarvoor een bijzondere regeling bestaat, worden geregeld volgens de in deze titel opgenomen algemene bepalingen" (titel 2 van het boek verbintenissenrecht).

23 — Artikel 1, sub a, van de richtlijnen 93/36 en 93/37; artikel 1, lid 4, van richtlijn 93/38; de tiende overweging van de considerans en artikel 1, lid 2, van richtlijn 2004/18.

24 — Zaak C-331/92, Jurispr. blz. I-1329.

25 — Zoals advocaat-generaal Lenz heeft uiteengezet in punt 19 van zijn conclusie in deze zaak, ging het in de prejudiciële vraag over de gunning van concessies voor de opening en exploitatie van een casino, en om de exploitatie van een hotel, waaraan de verplichting tot het uitvoeren van verbouwingswerkzaamheden was verbonden.

26 — Greco, G., „Contratti ‚misti' e appalti comunitari", *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario,* 1994, blz. 1265, meent dat voor de meeste gemengde opdrachten het criterium van het overwegende belang het meest geschikt is om te bepalen welke regeling van toepassing is, omdat het criterium van de bijkomstige aard vaak niet als maatstaf voldoet.

27 — Zaak C-107/98, Jurispr. blz. I-8121.

voor producten valt, wanneer de „waarde" van de producten hoger is dan die van de diensten (punt 38), een vaststelling die het ook in het arrest van 11 mei 2006 in de zaak Carbotermo en Consorzio Alisei [28] weer heeft gedaan (punten 31 en 47).

41. De niet-nakomingsprocedure wegens schending van het gemeenschapsrecht heeft derhalve een ruim materieel toepassingsgebied, omdat zij niet slechts beperkt is tot het afgeleide recht, waarbinnen de richtlijnen een vruchtbare bodem zijn voor dit soort procedures.

VI — De gemeenschapsrechtelijke beginselen bij uitgesloten opdrachten

42. Dit verklaart waarom de Commissie haar beroep niet baseert op een inbreuk op concrete bepalingen van de aanbestedingsrichtlijnen door de Italiaanse regeling, maar op schending van de aan de artikelen 43 EG en 49 EG ten grondslag liggende beginselen van gemeenschapsrecht.

A — *De niet-nakomingsprocedure wegens schending van de beginselen van gemeenschapsrecht*

40. Uit artikel 10 EG blijkt dat het lidmaatschap van de Gemeenschap voor de landen die ertoe behoren twee verplichtingen inhoudt: een positieve, namelijk de verplichting om „alle algemene of bijzondere maatregelen [te treffen] welke geschikt zijn om de nakoming van de […] verplichtingen" uit het Verdrag of de „uit handelingen van de instellingen voortvloeiende verplichtingen" te verzekeren, en een negatieve, namelijk de verplichting om zich te onthouden van alle maatregelen „welke de verwezenlijking van de doelstellingen" in gevaar kunnen brengen. De artikelen 226 EG en 227 EG geven de Commissie en de lidstaten de bevoegdheid zich tot het Hof te wenden, indien zij van oordeel zijn dat een van de lidstaten de op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen.

43. Uitgaande van het feit dat de voor overheidsopdrachten geldende rechtsregeling verschilt naargelang van de wijze waarop de aanbestedingsrichtlijnen daarop worden toegepast ingevolge de bepalingen van de nationale uitvoeringsregelingen, grondt de Commissie haar beroep namelijk op het ontbreken van een uitdrukkelijke bepaling betreffende de eerbiediging van de beginselen van transparantie en gelijke behandeling bij het plaatsen van opdrachten die wegens hun waarde niet onder de richtlijnen vallen.

B — *De beginselen van transparantie en gelijke behandeling met betrekking tot van de werkingssfeer van de richtlijnen uitgesloten opdrachten*

44. In eerdere conclusies heb ik betoogd dat een daadwerkelijke mededinging op het

28 — Zaak C-340/04, Jurispr. blz. I-4137.

gebied van openbare aanbestedingen verwezenlijkt kan worden wanneer voor degenen die naar een overheidsopdracht meedingen, gelijke voorwaarden gelden, zonder ook maar de geringste discriminatie. Daartoe dient de procedure niet alleen volgens objectieve criteria te worden gevoerd, maar moet ook de openbaarheid worden gewaarborgd. [29]

45. Het Hof is al eerder in een aantal zaken ingegaan op de invloed van de beginselen van transparantie en gelijke behandeling op de gunning van opdrachten die op grond van hun waarde buiten de werkingssfeer van de richtlijnen en bijgevolg ook buiten de bepalingen houdende omzetting daarvan vallen.

46. In het arrest van 7 december 2000 in de zaak Teleaustria en Telefonadress [30] heeft het Hof met betrekking tot opdrachten die van de werkingssfeer van richtlijn 93/38 zijn uitgesloten, geoordeeld dat „de aanbestedende diensten die deze overeenkomsten sluiten, niettemin de fundamentele regels van het Verdrag in het algemeen en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in het bijzonder in acht moeten nemen" (punt 60). Overeenkomstig het arrest van 18 november 1999, Unitron Scandinavia en 3-S [31] „verplicht [het beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit] onder meer tot transparantie", opdat kan worden vastgesteld dat het wordt nageleefd (punt 31). Overeenkomstig het eerstgenoemde arrest houdt deze verplichting tot transparantie in, dat „aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst" (punt 62). Het volstrekt ontbreken van een oproep tot mededinging is uit dien hoofde volgens het arrest van 13 oktober 2005, Parking Brixen [32], „niet in overeenstemming met de vereisten van de artikelen 43 EG en 49 EG en evenmin met de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie" (punt 50), ook al houdt transparantie ingevolge het arrest van 21 juli 2005, Coname [33], „geen verplichting tot het volgen van een aanbestedingsprocedure" in (punt 21).

47. Deze, ook later weer herhaalde vaststellingen [34] steunen derhalve op het onderscheid tussen overheidsopdrachten die onder de werkingssfeer van de richtlijnen vallen en volgens de in deze richtlijnen vastgelegde procedures dienen te worden geplaatst en overheidsopdrachten die daarbuiten vallen en waarvoor slechts de fundamentele beginselen gelden. [35]

29 — Punten 24-29 en 21-26 van mijn conclusie in de zaken Lombardini en Mantovani (arrest van 27 november 2001, C-285/99 en C-286/99, Jurispr. blz. I-9233) en ATI EAC e.a. (arrest van 24 november 2005, C-331/04, Jurispr. blz. I-10109).

30 — Zaak C-324/98, Jurispr. blz. I-10745. In dit arrest ging het in het bijzonder over de vraag of, gezien het bijzondere voorwerp van de overeenkomst — „de vervaardiging en uitgave van gedrukte en elektronisch bereikbare abonneegidsen (telefoonboeken)" (punt 19) — de litigieuze opdracht onder de werkingssfeer van richtlijn 93/38 en niet die van richtlijn 92/50 viel (punten 31-40).

31 — Zaak C-275/98, Jurispr. blz. I-8291.

32 — Zaak C-458/03, Jurispr. blz. I-8585.

33 — Zaak C-231/03, Jurispr. blz. I-7287.

34 — Zie onder andere arrest van 6 april 2006, ANAV (C-410/04, Jurispr. blz. I-3303, punt 18).

35 — Zie in dezelfde zin beschikking van 3 december 2001, Vestergaard (C-59/00, Jurispr. blz. I-9505, punten 19-21).

C — *De reikwijdte van de verplichting tot eerbiediging van de beginselen van transparantie en gelijke behandeling*

48. Nu is vastgesteld dat het transparantiebeginsel en het beginsel van gelijke behandeling in acht genomen moeten worden bij het plaatsen van niet aan de specifieke regelingen onderworpen opdrachten, dient de reikwijdte van deze verplichting te worden afgebakend en te worden vastgesteld of zij in geschreven recht dient te worden vastgelegd.

49. Het Hof heeft deze vraag in het reeds aangehaalde arrest Coname, ondanks de gedetailleerde analyse van advocaat-generaal Stix-Hackl in haar conclusie, niet beantwoord. Er dienen echter nog enkele zaken waarin deze discussie mogelijkerwijze zal worden hervat. [36]

50. In tegenstelling tot die zaken, waarin het gaat om bepaalde opdrachten, heeft de onderhavige zaak een ruimere strekking, hetgeen een onderzoek van de richtlijnen en het Verdrag noodzakelijk maakt.

1. De verwijzing naar de richtlijnen

51. Zoals in het arrest van 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau [37], is uiteengezet, ligt het hoofddoel van de gemeenschapsregels inzake overheidsopdrachten niet alleen in het vrij verkeer van goederen en diensten, maar mede in de openstelling van de markten voor onvervalste mededinging in alle lidstaten (punt 44). [38]

52. Bestudering van de richtlijnen laat echter zien dat er binnen de Unie nog geen volledige codificatie bestaat [39], want enerzijds hebben deze richtlijnen hoofdzakelijk betrekking op de gunning zelf, al hebben zij ook een zekere weerslag op de andere fasen van de procedure, zoals de uitvoering, en anderzijds sluiten zij bepaalde opdrachten uit. Ten slotte bevatten zij geen voor deze uitgezonderde opdrachten geldende algemene bepalingen.

53. De — uit de titel van de richtlijnen al blijkende — beperking van de regeling tot de voorbereiding, de procedure en het type van

36 — Zaken Commissie/Ierland (C-507/03) en Commissie/Ierland, (C-532/03), waarin de grief de gunning van opdrachten voor dienstverlening betrof waarvoor geen voorafgaande bekendmaking had plaatsgehad; advocaat-generaal Stix-Hackl heeft in beide zaken conclusie genomen op 14 september 2006. Zie eveneens zaak Commissie/Finland (C-195/04), waarin de zitting heeft plaatsgevonden op 8 juni 2006 en waarin de schending verband hield met de gunning van een opdracht voor de installatie van apparatuur voor een cateringuitrusting.

37 — Zaak C-26/03, Jurispr. blz. I-1.

38 — Al streven zij ook andere doelstellingen na, zoals de bescherming van de economische belangen van de overheid door middel van prijsmatiging; García-Trevijano Garnica, J.A., „Disposiciones comunes a los contratos administrativos. En especial, el precio y su revisión", *Derecho de los contratos públicos. Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas,* Pendás, B. (coörd.), Uitg. Praxis, Barcelona, 1995, blz. 258.

39 — Millett, T., „Les marchés publics en droit communautaire", *Revue du Marché commun et de l'Union européenne,* nr. 452, oktober-november 2001, blz. 630. Piñar Mañas, J.L., in de bundel *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas,* 2e druk, Uitg. Civitas, Madrid, 2004, blz. 79, merkt op dat door de richtlijnen niettemin „een stap wordt gezet in de richting van een gemeenschappelijk stelsel voor aanbestedingen".

aanbesteding, is gerechtvaardigd, omdat dit de fasen zijn waarvan de invloed zich doet voelen op het vrij verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging, de vrijheid van dienstverrichting en de uit deze vrijheden voortvloeiende beginselen.

54. Ook is verklaarbaar dat sommige opdrachten zijn uitgesloten op grond van hun gevoelige inhoud — zoals geheime opdrachten of met strikte veiligheidsmaatregelen omgeven opdrachten — of omdat ze binnen de werkingssfeer van andere richtlijnen vallen — zoals die betreffende telecommunicatiediensten — of op grond van hun waarde — omdat zij van gering belang zijn.

55. Minder goed te begrijpen is echter waarom er geen gemeenschappelijke regeling voor alle overheidsopdrachten bestaat, waarin bepalingen zijn opgenomen over de gelijkheid van kansen, het verbod van discriminatie, de transparantie en de te betrachten openbaarheid met, waar nodig, uitzonderingsclausules [40], want dergelijke bepalingen zouden bijdragen tot de bevordering van de doelstellingen van de Gemeenschap, zonder onoplosbare moeilijkheden te creëren.

56. De nationale wetgever van elke lidstaat is bevoegd om in deze lacune te voorzien, maar van hem wordt niet verlangd om regels vast te stellen die in het afgeleide gemeenschapsrecht niet eens zijn vastgelegd. In dit verband zij eraan herinnerd dat artikel 249 EG bepaalt: „Een richtlijn is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen", waaruit volgt dat de richtlijn in haar geheel dient te worden omgezet in nationaal recht, maar dat ook niet meer dan die richtlijn hoeft te worden omgezet.

57. Daarom vereisen bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht de doelstelling, de inhoud noch het nuttig effect van de richtlijnen, dat de eraan ten grondslag liggende beginselen expliciet worden opgenomen in de regelingen van de lidstaten met betrekking tot de buiten de werkingssfeer van de richtlijnen vallende overheidsopdrachten.

2. De verwijzing naar het Verdrag

58. In het arrest van 5 december 1989, Commissie/Italië [41], heeft het Hof vastgesteld dat de artikelen 43 EG en 49 EG een bijzondere uitdrukking vormen van het beginsel van

40 — Richtlijn 2004/18 schrijft in artikel 2 voor om „de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze" te behandelen en „transparantie" te betrachten. In de artikelen 4 tot en met 6 bevat zij regels voor alle overheidsopdrachten, met betrekking tot de „ondernemers", de „voorwaarden in verband met in het kader van de Wereldhandelsconferentie gesloten overeenkomsten" en de „vertrouwelijkheid". Ingevolge artikel 7 zijn deze artikelen echter, evenals de andere bepalingen van de richtlijn, alleen van toepassing op overheidsopdrachten „die niet […] zijn uitgesloten".

41 — Zaak C-3/88, Jurispr. blz. 4035.

gelijke behandeling (punt 8), hetgeen volgens het arrest van 25 april 1996, Commissie/België [42], betekent dat alle inschrijvers bij het formuleren van hun aanbiedingen dezelfde kansen moeten hebben, ongeacht hun nationaliteit (punten 33 en 54).

59. De verbreiding van de mogelijkheden tot het verwerven van overheidsopdrachten wordt aldus tot kernelement voor de toepassing van de beginselen van het Verdrag verheven, zonder dat daarmee aanwijzingen worden gegeven omtrent de wijze waarop bekendmakingen van een uitnodiging tot inschrijving dienen plaats te vinden. De rechtspraak heeft dit open gelaten, al worden er wel enkele minimumeisen gesteld. Zo heeft het Hof in het bij de hiervoor besproken rechtspraak vermelde arrest Parking Brixen overwogen dat „het […] aan de concessieverlenende overheidsinstantie [staat] te beoordelen of de bepalingen inzake de oproep tot mededinging in overeenstemming zijn met de specificiteit van de betrokken openbaredienstenconcessie, welke beoordeling door de bevoegde rechterlijke instanties kan worden getoetst", maar dat het volstrekt ontbreken van een dergelijke oproep tot mededinging niet toelaatbaar is (punt 50, waarin de punten 61 en 62 van het arrest Teleaustria en Telefonadress worden aangehaald) [43]; deze overwegingen kunnen op elk ander type opdracht worden toegepast.

60. In het reeds aangehaalde arrest Coname, waarin de rechtstreekse gunning door een Italiaanse gemeente van een opdracht voor dienstverlening in verband met het onderhoud, het beheer en de controle van een methaangasnet is onderzocht, heeft het Hof deze aspecten opnieuw benadrukt. Omdat het een niet onder de richtlijnen vallende opdracht betrof, onderzocht het Hof de concessie tegen de achtergrond van het primaire recht (punt 16) en stelde het vast dat het ontbreken van transparantie een door de artikelen 43 EG en 49 EG verboden indirecte discriminatie opleverde (punten 17 en 19), die verschoonbaar kan zijn wanneer „redelijkerwijs [kan] worden aangenomen dat wegens bijzondere omstandigheden, zoals de zeer geringe economische betekenis" een onderneming in een andere lidstaat niet geïnteresseerd is in de concessie en dat „de impact op de betreffende fundamentele vrijheden dus als te toevallig en te indirect moet worden beschouwd om te kunnen concluderen dat inbreuk is gemaakt op deze vrijheden" (punt 20).

61. In een breder perspectief vraagt advocaat-generaal Stix-Hackl zich in haar conclusie in de zaak Coname af, of de fundamentele vrijheden wel in een uniforme regeling voor alle opdrachten moeten worden vastgelegd (punt 70). Zij stelt een vereenvoudigde regeling voor, waarin de verschillende categorieën overheidsopdrachten worden onderscheiden aan de hand van hun relevantie voor de interne markt (punten 75 en volgende).

62. Ik leid uit het voorgaande af, enerzijds, dat de uit het Verdrag voortvloeiende beginselen van gelijke behandeling en transparantie in alle omstandigheden in acht

42 — Zaak C-87/94, Jurispr. blz. I-2043.

43 — Advocaat-generaal Fennelly heeft in punt 43 van zijn conclusie in laatstgenoemde zaak uiteengezet „dat volledige voldoening aan het beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit vereist dat bij de concessieverlening een minimum aan openbaarheid en transparantie in acht genomen wordt", al betekent dit volgens hem niet „dat de concessieverlenende instantie de bepalingen van de [betreffende] richtlijnen bij analogie moet toepassen".

genomen moeten worden, zonder dat dit noodzakelijkerwijs in bepalingen van afgeleid of nationaal recht hoeft te zijn vastgelegd [44] en, anderzijds, dat op dit moment de mate waarin openbaarheid moet worden betracht bij de bekendmaking van inschrijvingen binnen bepaalde grenzen ter bepaling van de lidstaten zelf staat.

D — *Uitkomst*

63. Op grond van de voorgaande uitlegging meen ik dat de richtlijnen noch het Verdrag de lidstaten ertoe verplichten om met betrekking tot van de werkingssfeer van de richtlijnen uitgesloten opdrachten algemene bepalingen vast te stellen inzake de voor een vrije mededinging vereiste eerbiediging van de beginselen van gelijke behandeling en openbaarheid. Mochten zij dit al doen, dan zou dat uit vrije wil zijn en niet op grond van een uit hun Unie-lidmaatschap voortvloeiende verplichting.

64. De tegengestelde opvatting zou tot grote praktische problemen leiden, waar in de reeds meermaals aangehaalde conclusie in de zaak Coname al op is gewezen, zoals de keuze voor de aard van het medium voor openbaarmaking of de minimale inhoud van de openbaarmaking (punten 96 en 97), want de richtlijnen maken zelf onderscheid naargelang van het economische belang van de prestaties. Bovendien zou daarmee worden afgeweken van de rechtspraak, die in het arrest Coname onder bepaalde voorwaarden de rechtstreekse toewijzing toelaat zonder dat daarvoor een aanbestedingsprocedure moet worden gevolgd (punt 21).

65. De mogelijkheid om in individuele gevallen te toetsen of die beginselen in acht genomen zijn, blijft echter hoe dan ook aanwezig, zoals bijvoorbeeld in de reeds aangehaalde arresten Parking Brixen en Coname ook is gebeurd. [45]

VII — Onderzoek van de niet-nakomingsgronden

A — *Inleidende opmerking*

66. Aan het begin van deze conclusie heb ik erop gewezen dat de Commissie de Italiaanse Republiek verwijt dat zij de op het gebied van overheidsopdrachten op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen door bepaalde aanbestedingen van de regels en beginselen van het gemeenschapsrecht uit te zonderen en wel op twee manieren: in de eerste plaats door de waarde van de bijkomende werkzaamheden als enig criterium in aanmerking te nemen bij het bepalen van de op de gemengde opdrachten toepasselijke

44 — Niettemin heeft de Italiaanse wetgever deze beginselen bij de wetsherziening van 2005, waarover ik later nog kom te spreken, onderstreept.

45 — Aanhangige zaken C-507/03, C-532/03 en C-195/04 (zie hiervoor voetnoot 36).

regeling, en in de tweede plaats door niet uitdrukkelijk te bepalen dat in alle gevallen waarin de drempels van de richtlijnen niet bereikt worden, de uit de artikelen 43 EG en 49 EG voortvloeiende beginselen van transparantie en gelijke behandeling moeten worden geëerbiedigd.

67. Ook al ontkent de verwerende regering dat de bepalingen in haar rechtsorde inzake de uitvoering van werken door particulieren die in aftrek mogen worden gebracht op de projectontwikkelingskosten, in strijd zijn met het gemeenschapsrecht, zij voert wel aan dat de overige door verzoekster geconstateerde inbreuken door de bij wet nr. 62/2005 van 18 april, legge comunitaria 2004, doorgevoerde wijzigingen zijn opgeheven. [46]

68. Dienaangaande volstaat een verwijzing naar de rechtspraak, op grond waarvan de niet-nakoming moet worden vastgesteld op basis van de situatie in de lidstaat op het tijdstip waarop de in het met redenen omklede advies gestelde termijn verstrijkt, en later doorgevoerde wijzigingen door het Hof niet in aanmerking mogen worden genomen. [47]

46 — „Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee", gewoon supplement bij GURI nr. 96 van 27 april 2005.

47 — Arresten van 27 november 1990, Commissie/Griekenland (C-200/88, Jurispr. blz. I-4299, punt 13); 2 mei 1996, Commissie/België (C-133/94, Jurispr. blz. I-2323, punt 17); 30 januari 2002, Commissie/Griekenland (C-103/00, Jurispr. blz. I-1147, punt 23), en 13 maart 2003, Commissie/Spanje (C-333/01, Jurispr. blz. I-2623, punt 8).

69. In de onderhavige zaak is bijgevolg de wettelijke regeling bepalend die van kracht was op het ogenblik waarop de in het met redenen omklede advies van 15 oktober 2003 gestelde termijn was verstreken en niet de daarna tot stand gekomen wetgeving.

B — *Afbakening van de gemengde opdrachten*

70. De gemengde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, evenals die voor leveringen en diensten die bijkomende werkzaamheden inhouden, moeten in overeenstemming zijn met de Italiaanse omzettingswet, indien deze werken meer dan 50 % van de prijs uitmaken (artikel 2, lid 1, van wet nr. 109/94 en, in gelijke zin, artikel 3, lid 3, van decreto legislativo nr. 157/95). De economische waardering van een perceel is bij dit soort opdrachten derhalve het enige criterium voor de toepasselijkheid van de wet.

71. Met een beroep op het aangehaalde arrest Gestión Hotelera Internacional, verdedigt de Commissie het standpunt dat de toepasselijkheid behoort af te hangen van het hoofdvoorwerp van de opdracht, dat onder andere maar niet alleen wordt bepaald door de waarde van de prestaties, omdat anders gemengde opdrachten waarvan het bedrag de drempels van de richtlijnen 92/50 en 93/36 overschrijdt, op grond van de loutere omstandigheid dat de werken, ook al zijn ze

van bijkomstige aard, het grootste deel van de prijs uitmaken — welke prijs beneden de grensbedragen van richtlijn 93/37 ligt — zouden zijn uitgesloten.

72. De verwerende staat stelt met een beroep op een circulaire van het ministerie van Infrastructuur en Vervoer (Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti) [48] en de hervorming van wet nr. 109/94, dat bij gemengde opdrachten de waarde van de bijkomende werkzaamheden buiten beschouwing moet worden gelaten, opdat het financiële aspect weliswaar nog steeds een overwegende, maar niet meer de enige factor is bij het bepalen van de toepasselijke wettelijke regeling.

73. Ik ben van mening dat, om de hiervoor genoemde redenen, geen rekening gehouden dient te worden met de betrokken wetswijzigingen en dat bovendien, zoals ook in de conclusie van repliek wordt aangevoerd, een circulaire onvoldoende rechtskracht heeft om een wettelijke regeling buiten werking te stellen en dus niet volstaat om de verdragsinbreuken op te heffen. Het Hof heeft immers overwogen: „eenvoudige administratieve praktijken, die naar hun aard volgens goeddunken van de administratie kunnen worden gewijzigd en waaraan onvoldoende bekendheid is gegeven, zijn niet te beschouwen als een concrete uitvoering van de gemeenschapsrechtelijke verplichtingen”. [49]

74. In het licht hiervan lijkt het duidelijk, dat de richtlijnen zich ertegen verzetten dat de waarde van de werken in alle omstandigheden het beslissende criterium is voor de wettelijke regeling die van toepassing is op gemengde opdrachten, want anders zouden immers de opdrachten waarvan de kern wordt gevormd door diensten of leveringen, om de eenvoudige reden dat de hoofdverbintenissen een lagere waarde vertegenwoordigen, aan de werking van het gemeenschapsrecht worden onttrokken.

75. In de richtlijnen zelf wordt ook naar de inhoud van de opdracht verwezen, zonder dat dit wordt verward met de grondslag daarvan of de ermee gemoeide prestaties [50], ook al bepalen deze laatste zijn aard. Wanneer het verschillende prestaties betreft, wordt de rangorde bepaald aan de hand van de waarde van de prestaties, want de richtlijnen grenzen zelf hun toepassingsgebied af aan de hand van eenvoudig vast te stellen geldbedragen.

76. Het gaat niet aan om de begrippen te verdraaien of, zoals in de Italiaanse bepalingen gebeurt, het financiële aspect van bijkomende werkzaamheden te laten prevaleren. In dit verband is derhalve inderdaad sprake van niet-nakoming.

48 — Circolare nr. B1/2316 van 18 december 2003, GURI nr. 79 van 3 april 2004.

49 — Arresten van 24 maart 1994, Commissie/België (C-80/92, Jurispr. blz. I-1019, punt 20); 26 oktober 1995, Commissie/Luxemburg (C-151/94, Jurispr. blz. I-3685, punt 18); 17 mei 2001, Commissie/Italië (C-159/99, Jurispr. blz. I-4007, punt 32); 17 januari 2002, Commissie/Ierland (C-394/00, Jurispr. blz. I-581, punt 11); 27 februari 2003, Commissie/België (C-415/01, Jurispr. blz. I-2081, punt 21), en 20 november 2003, Commissie/Frankrijk (C-296/01, Jurispr. blz. I-13909), punt 54.

50 — In punt 37 van zijn conclusie in de zaak Gestión Hotelera Internacional wijst advocaat-generaal Lenz erop, dat een onoverdraagbare hoofdverplichting daarmee nog niet automatisch het hoofdvoorwerp van de opdracht is.

C — *Stadsplanningswerken*

77. De door particulieren uitgevoerde werken a) waarvan de kosten in aftrek kunnen worden gebracht op de voor de bouwvergunningen betaalde vergoedingen, of die b) ter voldoening aan bepaalde wettelijke verplichtingen zijn verricht, en c) de met de voorgaande categorieën vergelijkbare werken, zijn niet aan wet nr. 109/94 onderworpen. Zij worden, indien de waarde van de werkzaamheden, per onderdeel beschouwd, de gemeenschapsrechtelijke toepassingsdrempels overschrijdt, gegund overeenkomstig de bepalingen van richtlijn 93/37 (artikel 2, lid 5, van wet nr. 109/94).

78. De Commissie voert enerzijds aan dat deze bepalingen, gelezen in samenhang met de wetten nrs. 1150/42 en 10/77, de rechtstreekse toewijzing aan de houder van een bouwvergunning of van een verkavelingsplan toelaten, zonder inachtneming van de beginselen van transparantie en van gelijke behandeling van het EG-Verdrag te verzekeren, die ook geëerbiedigd moeten worden wanneer de prijs van de opdracht beneden de communautaire drempels ligt. Anderzijds wijst zij erop dat, om de totaalsom vast te stellen, alle in de opdracht opgenomen werkzaamheden in aanmerking moeten worden genomen en niet slechts enkele daarvan.

79. De Italiaanse regering ontkent ten stelligste dat haar wettelijke regeling tot de verweten inbreuk leidt. In de eerste plaats beroept zij zich op een circulaire van het Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (ministerie van Infrastructuur en Vervoer) [51] en een circulaire van het Dipartimento per le Politiche Comunitarie (departement voor het gemeenschapsbeleid van dit ministerie) [52], waarin de vastgestelde regelingen worden gepreciseerd om ze in overeenstemming te brengen met de gemeenschapsrechtelijke regels. In de tweede plaats meent zij, dat het veel te ver gaat om te verlangen dat bij de omzetting in nationaal recht aan elke verdragsbepaling en de gehele rechtspraak van het Hof van Justitie gerefereerd wordt. In de derde plaats wijst zij op de uitzonderlijke aard van de stadsplanningswerkzaamheden die door de projectontwikkelaar, die daarbij in de plaats treedt van de lokale autoriteiten, worden uitgevoerd. En ten slotte betwist zij de door de Commissie voorgestane uitlegging van het arrest van 12 juli 2001, Ordine degli Architetti e.a. [53], want in die zaak heeft het Hof zich haars inziens niet uitgelaten over de door een particulier in opdracht van de overheid uitgevoerde werken van onderscheiden aard.

1. De beginselen van transparantie en van gelijke behandeling

80. Op grond van de voorgaande overwegingen kan de betrokken lidstaat niet worden verweten, dat in de geschreven regels

51 — Circolare nr. 462 van 18 december 2001, „Sentenza della Corte di giustizia europea (Sesta Sezione) 12 luglio 2001 (c-n. 399/98) sulla realizzazione diretta da parte di un privato di opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di concessione dovuto. Appalto di lavori pubblici, ai sensi della direttiva 93/37. Indirizzi e chiarimenti operativi", GURI nr. 300 van 28 december 2001.

52 — Circolare nr. 8756 van 6 juni 2002, „Normativa applicabile agli appalti pubblici ‚sottosoglia'", GURI nr. 178 van 31 juli 2002.

53 — Zaak C-399/98, Jurispr. blz. I-5409.

van nationaal recht een algemene bepaling betreffende de verplichting tot eerbiediging van de beginselen van transparantie en gelijke behandeling ontbreekt; door het rekbare karakter van deze beginselen kan een inbreuk hierop slechts worden vastgesteld aan de hand van de concrete omstandigheden van elke afzonderlijke aanbesteding.

81. De Italiaanse Republiek heeft zich derhalve niet schuldig gemaakt aan de gestelde niet-nakoming.

2. De werkingssfeer van de Italiaanse wettelijke regeling

82. De andere grief in het verzoekschrift, betreffende de uitbesteding van werken aan de houder van een bouwvergunning of een verkavelingsplan, richt zich tegen het feit dat de aanbestedingsprocedures alleen dan moeten worden gevolgd wanneer de overeenkomst tussen de overheid en de particulier werken omvat waarvan de waarde, afzonderlijk beschouwd, de communautaire drempels overschrijdt.

83. Deze regeling maakt volgens de Commissie inbreuk op richtlijn 93/37, omdat zij tot gevolg heeft dat een opdracht waarvan de totale waarde de drempels overschrijdt, buiten de werkingssfeer van de richtlijn valt omdat de waarde van elke afzonderlijke prestatie te gering is.

84. Zoals ik al heb vermeld, onderstreept de Italiaanse regering de bijzondere kenmerken van stadsplanning en de specifieke kenmerken van de litigieuze aanbestedingsregeling, maar gaat zij eraan voorbij dat deze regeling moet worden getoetst aan de richtlijnen inzake overheidsopdrachten. Wanneer de nadruk wordt gelegd op een van de rechtssferen — de nationale — en de andere — de gemeenschapsrechtelijke — daarbij buiten beschouwing wordt gelaten, ontstaat er een vertekend beeld. Ik heb er bovendien al op gewezen, dat in het arrest Ordine degli Architetti e.a. is vastgesteld dat de bijzondere kenmerken van werken op stedenbouwkundig gebied niet volstaan om de toepasselijkheid van de richtlijnen uit te sluiten (punt 66).

85. Richtlijn 93/37 bepaalt in artikel 1 ervan wat onder „overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken" (sub a) [54] en wat onder „werk" (sub c) moet worden verstaan [55]; artikel 6, lid 3, heeft betrekking op de gevallen waarin een werk in percelen wordt verdeeld, voor elk waarvan een opdracht is geplaatst, en artikel 6, lid 4, verbiedt de splitsing van werken of opdrachten teneinde deze aan de toepassing van de richtlijn te onttrekken. [56]

54 — „De schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die zijn gesloten tussen een aannemer, enerzijds, en een sub b omschreven aanbestedende dienst, anderzijds, en die betrekking hebben op de uitvoering dan wel het ontwerp alsmede de uitvoering van werken in het kader van een van de in bijlage II vermelde of sub c bepaalde werkzaamheden, dan wel op het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet".

55 — „Het product van bouw- dan wel wegenbouwkundige werken in een geheel dat er toe bestemd is als zodanig een technische of een economische functie te vervullen".

56 — Een aantal vergelijkbare voorschriften is te vinden in artikel 7 van deze richtlijn, artikel 5 van richtlijn 93/36, artikel 14 van richtlijn 93/38 en artikel 9 van richtlijn 2004/18, getiteld „Methoden voor de berekening van de geraamde waarde van overheidsopdrachten, raamovereenkomsten en dynamische systemen".

86. Op deze wijze wordt voorzien in begrippen en regels die vanuit het oogpunt van het gemeenschapsrecht moeten worden uitgelegd. [57] In dit kader is ook het reeds aangehaalde arrest Ordine degli Architetti e.a. te plaatsen, waarin is bepaald dat wanneer „een infrastructurele voorziening door de houder van een bouwvergunning of van een goedgekeurd verkavelingsplan in eigen beheer kan worden aangelegd onder gehele of gedeeltelijke aftrek van de voor de vergunning verschuldigde bijdrage", richtlijn 93/37 in acht genomen moet worden „wanneer de waarde van deze voorziening gelijk is aan of meer bedraagt dan de in die richtlijn vastgestelde drempel".

87. Deze uitspraak dient echter genuanceerd te worden, want de openbare werken die de stadsplanningswerkzaamheden met zich brengen, worden ofwel rechtstreeks door de overheid ofwel door een derde uitgevoerd op grond van de wet of een overeenkomst; in dit laatste geval is er sprake van een aan de regels van het gemeenschapsrecht onderworpen opdracht [58] en voor de eigenaar, die optreedt als alter ego van de overheid [59], gelden dan ook dezelfde verplichtingen met betrekking tot openbaarheid en mededinging. [60]

88. In richtlijn 93/37 wordt bovendien het begrip „werk" gedefinieerd. Of daarvan sprake is, moet ingevolge het arrest van 5 oktober 2000, Commissie/Frankrijk [61], worden beoordeeld op basis van de economische en technische functie van het resultaat van de betrokken werkzaamheden (punt 36). De totale waarde, die in voorkomend geval wordt bepaald door samentelling van de waarde van alle percelen, bepaalt of de richtlijn van toepassing is, zonder dat daarbij, zoals ik al heb opgemerkt, de bijzondere kenmerken van de stedenbouw als objectieve rechtvaardiging voor de splitsing kunnen dienen.

89. De voorgaande overwegingen tonen aan, dat bij de aan de richtlijn onderworpen stadsplanningswerkzaamheden ook de richtlijnbepalingen inzake de berekening van de waarde van de opdrachten in acht genomen moeten worden, en dat bepalingen die, zoals artikel 2, lid 5, van wet nr. 109/94, hierop inbreuk maken door één enkel algemeen criterium te hanteren dat tot het negatieve gevolg leidt dat de gemeenschapsrechtelijke bepalingen worden omzeild en dat om objectieve, met de waarde verband houdende redenen wordt verhinderd dat potentieel geïnteresseerde ondernemingen uit andere lidstaten aanbiedingen indienen in het kader van aanbeste-

57 — Huelin Martínez de Velasco, J., „Las obras de urbanización y los contratos públicos de obras. A propósito de la sentencia Scala 2001", *Cuadernos de Derecho local,* nr. 4, 2004, blz. 19 e.v..

58 — Advocaat-generaal Léger heeft er in zijn conclusie in de zaak Ordine degli Architetti e.a. terecht op gewezen dat „wanneer de ondernemer die wordt belast met de uitvoering van stadsplanningswerken enkel en alleen door de wet wordt aangewezen", een essentieel element in de contractuele betrekking ontbreekt (punt 68).

59 — Fernández Rodríguez, T.R., „La sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto ‚proyecto Scala 2001') y su impacto en el ordenamiento urbanístico español", *Documentación Administrativa,* nrs. 261-262, september 2001-april 2002, blz. 23.

60 — Huelin Martínez de Velasco, J., op. cit., blz. 28.

61 — Zaak C-16/98, Jurispr. blz. I-8315. Al betrof deze zaak richtlijn 93/38, dit neemt niet weg dat de overwegingen van dit arrest ook op de analoge bepalingen van richtlijn 93/37 kunnen worden toegepast.

dingsprocedures, terzijde moeten worden geschoven. [62]

90. Deze bepaling van de Italiaanse wet is derhalve in strijd met richtlijn 93/37.

92. De Commissie meent dat de beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling, evenredigheid en transparantie ook buiten de werkingssfeer van de Europese regelingen in acht genomen moeten worden en dat op deze beginselen inbreuk wordt gemaakt wanneer het bij de aanbesteding aan elke vorm van openbaarheid ontbreekt, welke inbreuk ook niet wordt opgeheven door de verplichting om zich van de ervaring en de professionele deskundigheid van de geselecteerde persoon te vergewissen en om die keuze te motiveren.

D — *De gunning van de planning, het toezicht en de inspectie van werken in het kader van opdrachten waarvan de waarde beneden de communautaire drempels ligt*

93. De verwerende regering beroept zich op de hervorming van wet nr. 109/94, waarin deze beginselen uitdrukkelijk zijn opgenomen. Zij herhaalt haar betoog dat de door verzoekster verlangde vermeldingen een onmogelijke opgave zijn.

91. Ingevolge wet nr. 109/94 kunnen bij opdrachten met een geraamde waarde die onder de toepassingsdrempels van de richtlijnen ligt, de planning en het toezicht van de werken evenals de inspectie worden uitbesteed aan rechtssubjecten die het vertrouwen genieten van de opdrachtgever (artikel 17, lid 12, en artikel 30, lid 6 bis*).*

94. Nu deze discussie in feite een herhaling is van het met betrekking tot artikel 2, lid 5, van wet nr. 109/94 gevoerde debat, past hier, zo leert de ervaring, dezelfde reactie: de rechtsorde van de Gemeenschap vereist op dit moment niet dat de verplichting om bij de gunning van niet onder de richtlijnen vallende opdrachten de genoemde beginselen in acht te nemen, specifiek schriftelijk wordt vastgelegd. Dit laat de mogelijkheid onverlet om elke concrete procedure te toetsen en de verenigbaarheid daarvan met deze beginselen te betwisten voor de nationale rechter of de gemeenschapsrechter.

62 — Arrest Commissie/Frankrijk, aangehaald in voetnoot 61, met name de punten 38-47. Advocaat-generaal Jacobs heeft in zijn conclusie in deze zaak betoogd, dat een reeks verrichtingen die in een bepaalde periode aan een groep netwerken moet worden uitgevoerd die één en dezelfde economische en technische functie hebben, moeten worden geacht een gemeenschappelijke economische en technische functie te hebben (punt 72). Deze opvatting kan worden uitgestrekt tot stadsplanningswerken en hetzelfde geldt voor de in het arrest van 14 september 2004, Commissie/Italië (C-385/02, Jurispr. blz. I-8121), gehuldigde opvatting dat „de loutere stelling dat een geheel van werken complex en delicaat is, [niet] volstaat […] om aan te tonen dat dit slechts aan één en dezelfde aannemer kan worden opgedragen" (punt 21).

95. Derhalve maken de artikelen 17, lid 12, en 30, lid 6 bis, geen inbreuk op het gemeenschapsrecht en is er geen sprake van de in deze procedure verweten niet-nakoming.

E — *De uitbesteding van het toezicht op de werken*

96. Het toezicht op de werken is de verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst, maar wanneer zijzelf of een ander overheidsorgaan deze taak niet kan uitoefenen, kan zij deze uitbesteden aan de projectontwikkelaar (artikel 27, lid 2, van wet nr. 109/94).

97. De Commissie heeft kritiek geuit op deze bepaling, die door haar algemene karakter in strijd zou zijn met de richtlijnen 92/50 en 93/38, welke voorschrijven dat de toezichthoudende taken openbaar en op basis van mededinging moeten worden aanbesteed, zowel wanneer de gemeenschapsrechtelijke drempels worden overschreden — omdat dit nu eenmaal zo is bepaald — als wanneer deze niet bereikt worden, in dit geval door toedoen van de beginselen van het Verdrag.

98. De Italiaanse regering wijst op de nadelen die haar regeling beoogt te voorkomen, maar voegt hieraan toe dat zij, om aan de geuite bezwaren tegemoet te komen, wet nr. 109/94 heeft gewijzigd en daarin een aantal maatregelen heeft opgenomen met het oog op de uitbesteding van deze taak door de opdrachtgever aan de projectontwikkelaar, welke uitbesteding in de bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving dient te worden vermeld en waarvan de geraamde waarde moet zijn ingecalculeerd.

99. De uitwerking van de beginselen van transparantie en gelijkheid op opdrachten die de drempels niet overschrijden, noopt tot identieke overwegingen als die welke ik hiervoor reeds heb uiteengezet, want zij is van dezelfde aard. In dit verband kan geen bevestiging worden gevonden voor de door de Commissie gestelde inbreuk.

100. Een andere oplossing geldt, gezien de eenduidigheid van de gemeenschapsregels, voor opdrachten die op grond van hun waarde aan een selectieprocedure onderworpen zijn. In deze gevallen dienen alle bepalingen strikt in acht genomen te worden, hoe handig het ook zou zijn om de procedures achterwege te laten, want artikel 11, lid 1, van richtlijn 92/50 en artikel 4, lid 1, van richtlijn 93/38 zijn categorisch waar zij bepalen dat de gunning volgens de daarin omschreven procedures — openbaar, beperkt en via onderhandelingen — [63] dient plaats te vinden zodat, zoals in de rechtspraak is

63 — Zie ook artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/36 en artikel 7, lid 1, van richtlijn 93/37.

vastgesteld, uitsluitend de hierin voorziene uitzonderingen toelaatbaar zijn. [64]

101. Toezichthoudende taken vallen onder categorie 12 van bijlage I A bij richtlijn 92/50 en van bijlage XVI A bij richtlijn 93/38, zodat de toewijzing hiervan dient te geschieden volgens de in deze richtlijnen vastgelegde voorschriften.

102. Op grond van het voorgaande, lijdt het geen twijfel dat artikel 27, lid 2, van wet nr. 109/94 in strijd is met de richtlijnen 92/50 en 93/38.

F — *De gunning van de inspectietaken*

103. De inspectietaken worden uitgevoerd door de afdelingen van de aanbestedende diensten, maar wanneer vaststaat en formeel wordt bevestigd dat zij niet over gekwalificeerd personeel beschikken (artikel 28, lid 4, van wet nr. 109/94), worden deze taken uitbesteed aan derden die op de daartoe door de overheidsinstanties bijgehouden lijsten staan (artikel 188 van decreto del presidente della Repúbblica nr. 554/99).

104. De Commissie steunt haar grief op het reeds onder paragraaf VII E van deze conclusie door haar gevoerde betoog en verwijst naar de toepasselijkheid van de procedures van de richtlijnen 92/50 en 93/38 wanneer de waarde van de opdracht de betreffende drempels overschrijdt, en naar de eerbiediging van de verdragsbepalingen in de overige gevallen.

105. De Italiaanse regering voert aan dat de omzettingsbepalingen in de toekomst ingetrokken zullen worden (om precies te zijn de artikelen 8 en 11 van decreto del presidente della Repúbblica nr. 554/99). [65]

106. Onafhankelijk van deze Italiaanse belijdenis van haar goede voornemens voor de toekomst, is deze grief hetzelfde lot beschoren als de voorgaande grief: in het licht van artikel 43 EG en artikel 49 EG valt de Italiaanse Republiek in dit verband niets te verwijten. Bovendien vindt de toewijzing van de inspectietaken van categorie 12 van bijlage I A bij richtlijn 92/50 en van bijlage XVI A bij richtlijn 93/38 plaats conform deze richtlijnen.

107. Hieruit volgt dat artikel 28, lid 4, van wet nr. 109/94, in samenhang met artikel 188 van het decreto del presidente

64 — Arrest van 17 november 1993, Commissie/Spanje (C-71/92, Jurispr. blz. I-5923, punt 10), en reeds aangehaalde arresten Teckal (punt 43) en Carbotermo en Consorzio Alisei (punt 45).

65 — In haar memorie van dupliek wijst zij erop dat de Corte Constituzionale, in arrest nr. 302/03 (punt 5.1), heeft verklaard dat de artikelen 8 tot en met 10 van dit decreet in strijd zijn met de Grondwet.

della Repúbblica nr. 554/99, in strijd is met de richtlijnen 92/50 en 93/38.

G — *De met particuliere middelen gefinancierde werken*

108. De autoriteiten staan toe dat openbare werken die commercieel geëxploiteerd kunnen worden, door derden worden uitgevoerd. In de beginfase van de procedure nodigen zij via een openbare bekendmaking particulieren — die vervolgens de status van projectontwikkelaar krijgen — uit om aanbiedingen in te dienen ter verkrijging van concessies waarin zij de kosten geheel of gedeeltelijk voor hun rekening nemen en zich als tegenprestatie verbinden de exploitatie op zich te nemen. Nadat de ingediende aanbiedingen zijn beoordeeld, worden daaruit in een tweede fase de offertes gekozen die in het algemeen belang zijn. In deze fase wordt voor elk van de uitgekozen aanbiedingen een beperkte procedure geopend om nog twee extra offertes te kunnen selecteren, die als referentie worden gebruikt bij de onderhandelingen, waarna de opdracht wordt gegund aan de projectontwikkelaar die zijn voorstel in de door de aanbestedende dienst aangegeven zin heeft kunnen aanpassen (artikelen 37 bis, 37 ter en 37 quater van wet nr. 109/94).

109. De Commissie werpt Italië enerzijds een schending van het beginsel van gelijke behandeling tegen doordat het beschreven systeem de projectontwikkelaar dubbel bevoordeelt ten opzichte van de andere mededingers, zelfs wanneer zijn oorspronkelijke voorstel minder geschikt was: hij neemt immers automatisch deel aan de aanbestedingsprocedure én hij heeft voorrang bij de keuze. Van schending zou geen sprake zijn, indien alle deelnemers op de hoogte waren van deze privileges en van de criteria die de keuze bepalen, maar deze gegevens hoeven niet in de aanvankelijke bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving vermeld te worden. Anderzijds heeft het feit dat de bekendmaking pas sinds 18 augustus 2002 — de datum waarop wet nr. 166/2002 van kracht is geworden — verplicht is gesteld, tot gevolg dat reeds lopende procedures tot beslissingen leiden die niet in overeenstemming zijn met de fundamentele beginselen van het gemeenschapsrecht.

110. Volgens de verwerende regering worden beide grieven ondervangen door de hervorming van wet nr. 109/94, die voorschrijft dat de voordelen voor de projectontwikkelaar in de bekendmaking moeten worden vermeld, en voorziet in een overgangsbepaling voor de op 31 januari 2004 lopende procedures waarbij dit niet is vermeld.

111. Ook al kan de verwerende Italiaanse regering hetgeen haar in het beroep wordt tegengeworpen niet ontkrachten, dit neemt niet weg dat de bewijslast voor de gestelde niet-nakoming op de Commissie rust, die zich daarbij niet op vermoedens mag baseren,[66] al dient de lidstaat, indien

66 — Arresten van 25 mei 1982, Commissie/Nederland (96/81, Jurispr. blz. 1791, punt 6); 12 september 2000, Commissie/Nederland (C-408/97, Jurispr. blz. I-6417, punt 15), en 26 april 2005, Commissie/Ierland (C-494/01, Jurispr. blz. I-3331, punt 41).

de Commissie voldoende bewijs heeft geleverd, dit wel inhoudelijk en gedetailleerd te weerleggen. [67]

112. Beide grieven lijken in beginsel gegrond. De eerste grief omdat, naar de Commissie verklaart, de nationale wettelijke regeling aan de projectontwikkelaar voordelen verschaft die de andere betrokkenen niet bekend zijn en waar zij ook niets tegen kunnen ondernemen. Het Hof heeft in zijn reeds aangehaalde arrest van 25 april 1996, Commissie/België, reeds verklaard dat, wanneer een aanbestedende dienst rekening houdt met een wijziging in de oorspronkelijke aanbieding van één enkele inschrijver, deze laatste wordt bevoordeeld tegenover zijn concurrenten, hetgeen indruist tegen het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers en afbreuk doet aan de doorzichtigheid van de procedure (punt 56). Daarenboven noemt de Commissie een aantal gevallen waarbij in de bekendmaking niets was vermeld over de privileges en evenmin objectieve selectiecriteria waren aangegeven. [68]

113. De tweede grief treft eveneens doel, want aan de laakbare situatie is pas achteraf en te laat een einde gemaakt.

67 — Arrest van 9 november 1999, Commissie/Italië (C-365/97, Jurispr. blz. I-7773, punten 84 en 86).

68 — Punt 87 van het verzoekschrift en voetnoot 12, die dit illustreren.

114. Gelet op de in de voorgaande punten uiteengezette overwegingen moet worden vastgesteld, dat de artikelen 37 ter en 37 quater, lid 1, van wet nr. 109/94 inbreuk maken op het uit de artikelen 43 EG en 49 EG voortvloeiende beginsel van gelijke behandeling.

H — *Gevolgtrekkingen*

115. Uit het voorgaande volgt dat:

— artikel 2, lid 1, van wet nr. 109/94 in strijd is met de richtlijnen 92/50, 93/36, 93/37 en 93/38;

— artikel 2, lid 5, van wet nr. 109/94, gelezen in samenhang met de wetten nrs. 1150/42 en 10/77, inbreuk maakt op richtlijn 93/37;

— artikel 27, lid 2, van wet nr. 109/94 in strijd is met de richtlijnen 92/50 en 93/38;

— artikel 28, lid 4, van wet nr. 109/94, gelezen in samenhang met artikel 188 van het decreto del presidente della Repúbblica nr. 554/99, inbreuk maakt op de richtlijnen 92/50 en 93/38,

— en de artikelen 37 ter en 37 quater, lid 1, van wet nr. 109/94 niet verenigbaar zijn met de artikelen 43 EG en 49 EG.

116. Daarentegen zijn de artikelen 2, lid 5, 17, lid 12, 27, lid 2, en 30, lid 6 bis, van wet nr. 109/94 niet in strijd met de artikelen 43 EG en 49 EG.

VIII — Kosten

117. Artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof bepaalt dat, voor zover dit is gevorderd, de in het ongelijk gestelde partij in de kosten wordt verwezen. Volgens artikel 69, lid 3, van dit Reglement kan het Hof de proceskosten over de partijen verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld.

118. Aangezien zowel de Commissie als de Italiaanse Republiek verwijzing van de andere partij in de kosten heeft gevorderd en ik het Hof in overweging geef om het beroep gedeeltelijk toe te wijzen, dient voornoemde lidstaat de helft van de kosten van de Commissie te dragen, die op haar beurt de helft van de kosten van de andere partij moet dragen.

119. Volgens artikel 69, lid 4, eerste alinea, van voornoemd Reglement dragen de lidstaten die in het geding zijn tussengekomen hun eigen kosten.

IX — Conclusie

120. Op grond van de voorgaande beschouwingen geef ik het Hof in overweging:

„1) vast te stellen dat de Italiaanse Republiek, door de artikelen 37 ter en 37 quater, lid 1, van wet nr. 109 van 11 februari 1994 vast te stellen, de krachtens de

artikelen 43 EG en 49 EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen; dat zij, door artikel 2, lid 1, van voornoemde wet vast te stellen, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens de richtlijnen van de Raad 92/50/EEG van 18 juni 1992, 93/36/EEG, 93/37/EEG en 93/38/EEG, alle drie van 14 juni 1993, inzake respectievelijk de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor diensten, voor leveringen en voor werken en in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie; dat zij, door artikel 2, lid 5, van wet nr. 109/94 te handhaven, de krachtens genoemde richtlijn 93/37 op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen, en dat zij, door de artikelen 27, lid 2, en 28, lid 4, van voornoemde wet vast te stellen, de krachtens de richtlijnen 92/50 en 93/38 op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen;

2) het beroep af te wijzen voor het overige;

3) de Italiaanse Republiek te veroordelen in de helft van de kosten van de Commissie;

4) de Commissie te veroordelen in de helft van de kosten van de Italiaanse Republiek;

5) de Republiek Finland en het Koninkrijk der Nederlanden in hun eigen kosten te verwijzen."