

ARREST VAN HET HOF (Tweede kamer)

21 februari 2008\*

In zaak C-412/04,

betreffende een beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 226 EG, ingesteld op 24 september 2004,

**Commissie van de Europese Gemeenschappen**, vertegenwoordigd door X. Lewis en K. Wiedner als gemachtigden, bijgestaan door G. Bambara, avvocato, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

**Italiaanse Republiek**, vertegenwoordigd door I. M. Braguglia als gemachtigde, bijgestaan door M. Fiorilli, avvocato dello Stato, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

\* Procestaal: Italiaans.

ondersteund door:

**Franse Republiek**, vertegenwoordigd door G. de Bergues als gemachtigde,

**Koninkrijk der Nederlanden**, vertegenwoordigd door H. G. Sevenster en M. de Grave als gemachtigden,

**Republiek Finland**, vertegenwoordigd door A. Guimaraes-Purokoski als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

interveniënten,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: C. W. A. Timmermans, kamerpresident, L. Bay Larsen, K. Schiemann, J. Makarczyk (rapporteur) en J.-C. Bonichot, rechters,

advocaat-generaal: D. Ruiz-Jarabo Colomer,  
griffier: R. Grass,

gezien de stukken,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 8 november 2006,

het navolgende

### Arrest

- 1 De Commissie van de Europese Gemeenschappen verzoekt het Hof vast te stellen dat de Italiaanse Republiek, door de vaststelling van:
  - de artikelen 2, leden 1 en 5, 17, lid 12, 27, lid 2, 30, lid 6 bis, 37 ter en 37 quater, lid 1, van kaderwet nr. 109 van 11 februari 1994 inzake openbare werken (legge quadro in materia di lavori pubblici) (gewoon supplement bij GURI nr. 41 van 19 februari 1994), zoals gewijzigd bij wet nr. 166 van 1 augustus 2002 (gewoon supplement bij GURI nr. 181 van 3 augustus 2002; hierna: „wet nr. 109/1994”),
  - artikel 28, lid 4, van wet nr. 109/1994, gelezen in samenhang met artikel 188 van decreto del presidente della Repubblica nr. 554 van 21 december 1999 houdende de regeling ter uitvoering van kaderwet nr. 109 van 11 februari 1994 inzake openbare werken, zoals meerdere malen gewijzigd (regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni) (gewoon supplement bij GURI nr. 98 van 28 april 2000; hierna: „DPR nr. 554/1999”), en artikel 3, lid 3, van decreto legislativo nr. 157 van 17 maart 1995 ter uitvoering van richtlijn 92/50/EEG betreffende overheidsopdrachten voor dienstverlening (attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi) (gewoon supplement bij GURI nr. 104 van 6 mei 1995; hierna: „decreto legislativo nr. 157/1995”),

de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1), richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB L 199, blz. 1), richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 199, blz. 54), zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997 (PB L 328, blz. 1; hierna: „richtlijn 93/37”), en richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 199, blz. 84), alsook krachtens de artikelen 43 EG en 49 EG en de daaruit voortvloeiende beginselen van transparantie en gelijke behandeling.

## **Rechtskader**

### *Gemeenschapsregeling*

- 2 De richtlijnen 92/50, 93/36, 93/37 en 93/38 zijn vastgesteld in het kader van de verwezenlijking van de interne markt, begrepen als een ruimte zonder binnen grenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd. Zij beogen een einde te maken aan praktijken die in het algemeen de mededinging en in het bijzonder de deelneming van onderdanen van andere lidstaten aan aanbestedingen beperken, teneinde met name de respectievelijk in de artikelen 43 EG en 49 EG neergelegde vrijheid van vestiging en vrijheid van dienstverrichting tot stand te brengen.

- 3 Volgens de zestiende overweging van de considerans van richtlijn 92/50 kunnen de overheidsopdrachten voor dienstverlening in bepaalde gevallen werken omvatten, en uit richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 185, blz. 5), vloeit voort dat een overeenkomst slechts als een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken kan worden beschouwd, indien zij betrekking heeft op de uitvoering van een werk, en dat, voor zover de werken bijkomstig zijn en niet het eigenlijke voorwerp van de opdracht uitmaken, zij niet de indeling van de overeenkomst als overheidsopdracht voor de uitvoering van werken kunnen rechtvaardigen.
- 4 Luidens artikel 8 van richtlijn 92/50 worden de opdrachten voor het verlenen van in bijlage I A bij deze richtlijn vermelde diensten geplaatst overeenkomstig de bepalingen van de titels III tot en met VI ervan. Titel III betreft de keuze van de procedure voor het plaatsen van deze opdrachten en de regels inzake prijsvragen voor ontwerpen.
- 5 Tot categorie 12 van bijlage I A bij richtlijn 92/50 behoren onder meer diensten van architecten, diensten van ingenieurs, diensten in verband met stedenbouw en landschapsarchitectuur, diensten in verband met aanverwante wetenschappelijke en technische adviezen en diensten voor keuring en controle.
- 6 Volgens artikel 15 van richtlijn 93/38 worden opdrachten voor het verrichten van in bijlage XVI A opgenomen diensten geplaatst overeenkomstig de bepalingen van de titels III tot en met V ervan. Titel IV van deze richtlijn regelt de procedures voor het plaatsen van opdrachten.
- 7 Categorie 12 van voornoemde bijlage XVI A komt overeen met categorie 12 van bijlage I A bij richtlijn 92/50.

- 8 Volgens artikel 1, sub a, van richtlijn 93/37 „wordt verstaan onder [...] ,overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken': schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die zijn gesloten tussen een aannemer, enerzijds, en een [in dit artikel, 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 [in dit artikel, 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”.
- 9 In artikel 6, lid 1, van deze richtlijn wordt de werkingssfeer ervan gedefinieerd op basis van de geraamde waarde van de betrokken overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken. Lid 3 van dit artikel bepaalt dat wanneer een werk wordt verdeeld in percelen voor elk waarvan een opdracht is geplaatst, de waarde van elk perceel in aanmerking moet worden genomen om te beoordelen of het in lid 1 van dit artikel vermelde bedrag is bereikt, en dat wanneer de totale waarde van de percelen gelijk is aan of meer bedraagt dan dit bedrag, dit laatste lid in beginsel op alle percelen van toepassing is.

### *Nationale regeling*

- 10 De overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken zijn geregeld bij wet nr. 109/1994, die is uitgevoerd bij DPR nr. 554/1999.
- 11 Volgens artikel 2, lid 1, van wet nr. 109/1994 vallen onder het begrip openbare werken de nieuwbouw, de afbraak, de herbouw, de renovatie, de restauratie en het onderhoud van bouwwerken en installaties, voor zover de opdracht hiervoor door de in lid 2 van dit artikel genoemde rechtssubjecten wordt gegund. Volgens deze

bepaling strekt de werkingssfeer van wet nr. 109/1994 zich mede uit tot gemengde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, alsmede tot opdrachten voor leveringen en diensten waarmee bijkomende werken gemoeid zijn waarvan de waarde op meer dan 50 % van de totale prijs van de betrokken opdracht wordt geraamd.

- 12 Volgens artikel 3, lid 3, van decreto legislativo nr. 157/1995 zijn de bepalingen van wet nr. 109/1994 van toepassing op gemengde opdrachten voor werken en diensten en op opdrachten voor diensten waarmee bijkomende werken gemoeid zijn, indien de werken meer dan 50 % van de totale prijs van de betrokken opdracht uitmaken.
- 13 Ingevolge artikel 2, lid 5, van wet nr. 109/1994 zijn van de in deze wet voorziene regeling uitgesloten, de rechtstreeks door particulieren uitgevoerde werken waarvan de kosten in aftrek kunnen worden gebracht op de voor de bouwvergunningen betaalde vergoedingen, alsook de werken die worden verricht ter naleving van artikel 28, lid 5, van wet nr. 1150 van 17 augustus 1942 betreffende de stedenbouw (legge urbanistica) (GURI nr. 244 van 16 oktober 1942), zoals gewijzigd (hierna: „wet nr. 1150/1942”). Volgens ditzelfde artikel 2, lid 5, zijn met voornoemde werken vergelijkbare werken eveneens van de werkingssfeer van deze wet uitgesloten. Laatstgenoemde bepaling preciseert dat wanneer de waarde van de bouwwerken — afzonderlijk beschouwd — de gemeenschapsrechtelijke drempel overschrijdt, particulieren deze werken volgens de procedures van richtlijn 93/37 dienen te gunnen.
- 14 Volgens de artikelen 1 en 31 van wet nr. 1150/1942 en de artikelen 3 en 11 van wet nr. 10 van 28 januari 1977 houdende voorschriften op het gebied van de bebouwbaarheid van gronden (norme in materia di edificabilità dei suoli) (GURI nr. 27 van 29 januari 1977), zoals gewijzigd (hierna: „wet nr. 10/1977”), kan de vergunninghouder zelf de stadsplanningswerken uitvoeren en de kosten daarvan geheel of voor een deel in mindering brengen op de door hem te betalen heffingen.

- 15 Naast de overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken regelt wet nr. 109/1994 bepaalde overheidsopdrachten voor dienstverlening.
- 16 Zo kunnen volgens artikel 17, lid 12, van deze wet de aanbestedende diensten de overheidsopdrachten voor dienstverlening die betrekking hebben op de planning van en het toezicht op werken waarvan de geraamde kosten minder dan 100 000 EUR bedragen, via de verantwoordelijke voor de procedure uitbesteden aan de in lid 1, sub d tot en met g, genoemde rechtssubjecten die hun vertrouwen genieten, na zich van hun beroepservaring en professionele deskundigheid te hebben vergewist en mits zij hun keuze motiveren.
- 17 Volgens artikel 27, lid 2, van wet nr. 109/1994 dienen de aanbestedende diensten, voor zover zij niet zelf toezicht op de werken kunnen houden, deze volgens de hierna genoemde rangorde uit te besteden: ofwel aan andere overheidsinstanties, ofwel aan de in artikel 17, lid 4, van deze wet bedoelde projectontwikkelaar, ofwel aan andere rechtssubjecten die daartoe worden geselecteerd volgens de procedures van de nationale regeling ter uitvoering van de gemeenschapsrechtelijke bepalingen op dit gebied.
- 18 Krachtens artikel 28, lid 4, van wet nr. 109/1994 wordt de keuring opgedragen aan een, twee of drie hooggekwalificeerde technische deskundigen 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 door de verantwoordelijke voor de procedure formeel wordt bevestigd dat er hiervoor geen personeel is.
- 19 Artikel 30, lid 6 bis, van deze wet biedt dezelfde mogelijkheid met betrekking tot de inspecties van de uitgevoerde werken, die in beginsel door de technische afdelingen van de aanbestedende diensten of door de sub a van dit lid genoemde controlediensten worden verricht.



- 20 Voorts volgt uit de leden 1, 3, 8, 9, 11, 12 en 13 van artikel 188 van DPR nr. 554/1999 dat de aanbestedende dienst zijn medewerkers binnen dertig dagen na voltooiing van de werkzaamheden of vanaf de leveringsdatum ingeval nog een keuring moet worden verricht, opdraagt om te inspecteren of de werken, gelet op de aard, de categorie, de complexiteit en de waarde ervan, conform een aantal vooraf vastgelegde criteria zijn uitgevoerd.
- 21 Indien geen enkel personeelslid over de vereiste kwaliteiten beschikt, worden hiervoor externe vakspecialisten aangezocht uit de lijsten van ondernemers van het ministerie van Openbare Werken, de regio's of de autonome provincies.
- 22 Wanneer deze lijsten er niet zijn, mogen de aanbestedende diensten deze taken naar eigen goeddunken opdragen aan eenieder die de vereiste kwalificaties bezit en aan de gestelde eisen voldoet.
- 23 De artikelen 37 bis tot en met 37 quater van wet nr. 109/1994 regelen de gunning van overheidsopdrachten voor werken die geheel of ten dele door particulieren worden gefinancierd.
- 24 Artikel 37 bis van deze wet voorziet voor particulieren in de mogelijkheid voorstellen voor openbare werken of algemene nutswerken bij de aanbestedende diensten in te dienen, en daartoe de nodige overeenkomsten te sluiten waarin de financiering en de exploitatie worden geregeld.
- 25 In artikel 37 ter van de wet is de procedure voor de selectie van de projectontwikkelaar vastgesteld. Zo bepaalt dit artikel dat de aanbestedende diensten de haalbaarheid van de voorstellen moeten beoordelen vanuit diverse invalshoeken: de bouw,

de stedenbouwkundige aspecten, het milieu, de kwaliteit van het bouwplan, de functionaliteit, de gebruiksmogelijkheden van het bouwwerk, de toegankelijkheid voor de gebruikers, het rendement, de exploitatie- en onderhoudskosten, de looptijd van de concessie, de opleveringstermijnen van de werken, de gehanteerde prijzen en de in geval van prijswijzigingen te hanteren methode, de economische en financiële waarde van het plan en de clausules van de ontwerpovereenkomst. De betrokken diensten moeten zich ervan vergewissen dat niets zich tegen de uitvoering van deze voorstellen verzet, en na deze voorstellen te hebben onderzocht en vergeleken en de projectontwikkelaars die daarom hebben verzocht te hebben gehoord, beslissen zij welk voorstel aan het algemeen belang beantwoordt.

- 26 Wanneer er een dergelijk voorstel is, dient overeenkomstig artikel 37 quater van wet nr. 109/1994 een beperkte procedure plaats te vinden die nog twee extra offertes moet opleveren. De concessie wordt vervolgens verleend via een procedure van gunning door onderhandelingen, waarin het voorstel van de eerst geselecteerde projectontwikkelaar en deze andere offertes worden besproken. Gedurende deze onderhandelingsprocedure kan de projectontwikkelaar zijn voorstel aanpassen aan het voorstel dat de aanbestedende dienst het meest geschikt acht. In dat geval wordt de concessie aan hem gegund.

### **Precontentieuze procedure**

- 27 Nadat de Commissie een aantal klachten had ontvangen over de gevolgen van wet nr. 109/1994, in de aanvankelijke versie ervan, heeft zij de procedure tot vaststelling van het ontwerp tot wijziging van deze wet gevolgd.
- 28 Nadat wet nr. 166 van 1 augustus 2002 tot wijziging van wet nr. 109/1994 was vastgesteld, heeft de Commissie de Italiaanse Republiek op 19 december 2002 een aanmaningsbrief gestuurd waarin zij haar te kennen gaf dat een aantal bepalingen van wet nr. 109/1994 haar nog steeds onverenigbaar met het gemeenschapsrecht leken.

29 Bij brief van 26 juni 2003 erkende de Italiaanse Republiek de meeste van de door de Commissie aangevoerde bezwaren en liet zij haar weten dat zij bijgevolg voornemens was, de toepasselijke wetgeving te wijzigen.

30 Omdat de Italiaanse Republiek de aangekondigde wijzigingen evenwel niet heeft doorgevoerd, heeft de Commissie haar op 15 oktober 2003 een met redenen omkleed advies toegezonden, met het verzoek om de nodige maatregelen te nemen om aan dit advies te voldoen binnen een termijn van twee maanden na de betekening ervan.

31 Van oordeel dat het door de Italiaanse Republiek in haar brief van 22 april 2004 ingenomen standpunt onbevredigend was, heeft de Commissie krachtens artikel 226, tweede alinea, EG het onderhavige beroep ingesteld.

32 Bij beschikking van de president van het Hof van 6 april 2005 zijn de Franse Republiek, het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Finland toegelaten tot interventie in de onderhavige zaak ter ondersteuning van de conclusies van de Italiaanse Republiek. Enkel het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Finland hebben een memorie in interventie ingediend.

## **Beroep**

33 Het beroep is gebaseerd op zes grieven.

*Eerste grief*

- 34 De eerste grief betreft de regeling die in wet nr. 109/1994 voor gemengde opdrachten is neergelegd.
- 35 Overeenkomstig artikel 2, lid 1, van deze wet, waarin het begrip openbare werken is gedefinieerd, ziet deze wet op nieuwbouw, afbraak, herbouw, renovatie, restauratie en onderhoud van bouwwerken en installaties, voor zover de opdracht hiervoor wordt gegund door de in lid 2 van dit artikel genoemde rechtssubjecten. Ditzelfde lid bepaalt dat gemengde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, alsmede opdrachten voor leveringen en diensten waarmee bijkomende werken gemoeid zijn, door de bepalingen van wet nr. 109/1994 worden beheerst, indien deze werken meer dan 50 % van de totale prijs van de betrokken opdracht uitmaken.
- 36 Evenzo bepaalt artikel 3, lid 3, van decreto legislativo nr. 157/1995 dat de bepalingen van wet nr. 109/1994 van toepassing zijn op gemengde opdrachten voor werken en diensten en opdrachten voor diensten waarmee bijkomende werken gemoeid zijn indien de werken meer dan 50 % van de totale prijs van de betrokken opdracht uitmaken.

## Argumenten van partijen

- 37 De Commissie stelt zich op het standpunt dat de voor gemengde opdrachten geldende regeling behoort af te hangen van het hoofdvoorwerp van de opdracht, dat onder andere maar niet uitsluitend wordt bepaald door de waarde van de verschillende prestaties.

- 38 In dit verband betoogt de Commissie dat de Italiaanse wetgeving, door opdrachten waarbij de werken vanuit economisch oogpunt het overwicht hebben, ook al zijn zij ondergeschikt aan de andere prestaties, aan de bepalingen inzake overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken te onderwerpen, tal van overheidsopdrachten voor diensten en leveringen waarvan het geraamde bedrag de drempels voor de toepassing van de richtlijnen 92/50 en 93/36 overschrijdt, maar beneden het grensbedrag van richtlijn 93/37 ligt, aan de toepassing van de relevante gemeenschapsregeling onttrekt.
- 39 De Italiaanse Republiek repliceert dat in afwachting van de wijziging van de betrokken nationale voorschriften die is doorgevoerd om aan de bezwaren van Commissie tegemoet te komen, circulaire nr. 2316 van 18 december 2003 van het ministerie van Infrastructuur en Vervoer tot regeling van de gemengde overeenkomsten inzake overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (*disciplina dei contratti misti negli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi*) was vastgesteld (GURI nr. 79 van 3 april 2004, blz. 26). Hierbij werden de aanbestedende diensten verzocht, de regel in acht te nemen dat bij gemengde opdrachten het hoofdvoorwerp van de overeenkomst in aanmerking dient te worden genomen ter bepaling van de toepasselijke wettelijke regeling, zodat het financiële aspect ter zake niet meer het overwegende criterium was.
- 40 Deze oplossing is volgens de Italiaanse Republiek bekrachtigd bij wet nr. 62 van 18 april 2005 houdende bepalingen ter nakoming van de verplichtingen die voortvloeien uit het lidmaatschap van Italië van de Europese Gemeenschappen — *Communautaire wet 2004 (disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee, Legge comunitaria 2004)* (gewoon supplement bij GURI nr. 96 van 27 april 2005) (hierna: „communautaire wet 2004”).
- 41 De Republiek Finland is van mening dat de economische waarde een doorslaggevend criterium is bij de beoordeling van het hoofdvoorwerp van de opdracht. Van

die benadering moet slechts in uitzonderlijke situaties worden afgeweken, namelijk wanneer de toepassing van het criterium van de economische waarde tot doel heeft, de toepassing van het gemeenschapsrecht te omzeilen.

### Beoordeling door het Hof

- <sup>42</sup> Vooraf zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak het bestaan van een niet-nakoming moet worden beoordeeld op basis van de situatie waarin de lidstaat zich bevond aan het einde van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn (zie onder meer arresten van 10 april 2003, Commissie/Frankrijk, C-114/02, Jurispr. blz. I-3783, punt 9, en 14 juli 2005, Commissie/Duitsland, C-433/03, Jurispr. blz. I-6985, punt 32).
- <sup>43</sup> Er kan geen rekening worden gehouden met wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen die de lidstaat na het verstrijken van deze termijn vaststelt.
- <sup>44</sup> Bijgevolg moet op basis van de wettelijke regeling die gold op 15 december 2003, de datum waarop de in het met redenen omkleed advies van 15 oktober 2003 gestelde termijn van twee maanden is verstreken, worden beoordeeld of er sprake is van de in het kader van de onderhavige grief gestelde niet-nakoming, met dien verstande dat op die datum noch de in punt 39 van het onderhavige arrest genoemde circulaire noch de in punt 40 vermelde nationale wettelijke regeling was vastgesteld.
- <sup>45</sup> Het begrip „overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken” in de zin van artikel 1, sub a, van richtlijn 93/37 ziet op „schriftelijke overeenkomsten onder

bezwarende titel die zijn gesloten tussen een aannemer, enerzijds, en een [in dit artikel, 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 [bij deze richtlijn] vermelde of [in dit artikel, 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”.

46 Voorts volgt uit de zestiende overweging van de considerans van richtlijn 92/50, gelezen in samenhang met artikel 1, sub a, van richtlijn 93/37, dat een overeenkomst slechts als een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken kan worden beschouwd, indien het voorwerp ervan aan de in het vorige punt gegeven definitie beantwoordt, en dat bijkomstige werken die niet het eigenlijke voorwerp van de opdracht uitmaken, niet de indeling ervan als overheidsopdracht voor de uitvoering van werken kunnen rechtvaardigen.

47 Uit de rechtspraak van het Hof blijkt bovendien dat wanneer sommige bestanddelen van een overeenkomst betrekking hebben op een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken en andere bestanddelen op een ander soort opdracht, het hoofdvoorwerp van de overeenkomst bepaalt welke gemeenschapsrichtlijn inzake overheidsopdrachten in beginsel van toepassing is (zie arrest van 18 januari 2007, Auroux e.a., C-220/05, Jurispr. blz. I-385, punt 37).

48 Derhalve hangt de werkingssfeer van richtlijn 93/37 inzonderheid van het hoofdvoorwerp van de overeenkomst af, dat moet worden vastgesteld door middel van een objectief onderzoek van de hele opdracht waarop deze overeenkomst betrekking heeft.

49 Het hoofdvoorwerp dient te worden bepaald op basis van de essentiële verplichtingen die primeren en als zodanig kenmerkend zijn voor de betrokken opdracht,

en niet op basis van die welke slechts bijkomstig of aanvullend zijn en uit het voorwerp zelf van de overeenkomst voortvloeien. De respectieve waarde van de verschillende betrokken prestaties is slechts één van de criteria die voor deze vaststelling in aanmerking moeten worden genomen.

- 50 Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat de waarde van de werken, zoals de advocaat-generaal in de punten 38 en 74 van zijn conclusie heeft opgemerkt, niet in alle omstandigheden het enig toepasselijke criterium kan vormen op basis waarvan wet nr. 109/1994 toepasselijk kan worden verklaard op gemengde opdrachten, ook al zijn deze werken slechts bijkomstig, aangezien hiermee niet zou zijn voldaan aan de vereisten van richtlijn 93/37.
- 51 De in artikel 2, lid 1, van wet nr. 109/1994 neergelegde regel voldoet evenmin aan de vereisten van de richtlijnen 92/50 en 93/36, voor zover de toepassing ervan kan meebrengen dat bepaalde gemengde opdrachten aan de procedures van deze richtlijnen worden onttrokken, namelijk de opdrachten waarbij het bedrag van de werken, ofschoon deze bijkomstig zijn, meer dan 50 % uitmaakt van de totale prijs, die beneden het grensbedrag van richtlijn 93/37 ligt, maar de drempels voor de toepassing van de richtlijnen 92/50 en 93/36 overschrijdt.
- 52 Bijgevolg moet worden vastgesteld dat de Italiaanse Republiek, door artikel 2, lid 1, van wet nr. 109/1994 vast te stellen, de krachtens de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37 op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.

### *Tweede grief*

- 53 De tweede grief betreft de rechtstreekse gunning van werken aan de houder van een bouwvergunning of van een goedgekeurd verkavelingsplan, wanneer de waarde van de werkzaamheden de drempel voor de toepassing van richtlijn 93/37 niet overschrijdt.



- 54 Ingevolge artikel 2, lid 5, van wet nr. 109/1994 vallen de rechtstreeks door particulieren uitgevoerde werken waarvan de kosten in aftrek kunnen worden gebracht op de voor de bouwvergunningen betaalde vergoedingen, alsook de werken die worden verricht ter naleving van artikel 28, lid 5, van wet nr. 1150/1942, alsook de met de werken van deze twee categorieën vergelijkbare werken, niet binnen de werkingssfeer van wet nr. 109/1994. Deze bepaling preciseert evenwel dat wanneer de waarde van de bouwwerken — afzonderlijk beschouwd — de in de toepasselijke gemeenschapsregels vastgestelde drempels overschrijdt, de gunning volgens de procedures van richtlijn 93/37 dient te geschieden.
- 55 Uit de artikelen 1 en 31 van wet nr. 1150/1942 en de artikelen 3 en 11 van wet nr. 10/1977 volgt eveneens 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 stedenbouwkundige belasting.

#### Argumenten van partijen

- 56 De Commissie voert enerzijds aan dat de bepalingen van wet nr. 109/1994, gelezen in samenhang met de relevante bepalingen van de wetten nrs. 1150/1942 en 10/1977, toestaan dat overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken in de zin van artikel 1, sub a, van richtlijn 93/37 rechtstreeks worden gegund aan de houder van een bouwvergunning of van een goedgekeurd verkavelingsplan, zonder dat uitdrukkelijk wordt gewaarborgd dat de beginselen van transparantie en van gelijke behandeling van het EG-Verdrag, die ook geëerbiedigd moeten worden wanneer de geraamde waarde van de opdracht beneden de drempel voor de toepassing van deze richtlijn ligt, in acht worden genomen.
- 57 Anderzijds stelt zij dat voor de vaststelling of die drempel is bereikt, de totale waarde moet worden berekend van de werken en/of bouwwerken waarop de tussen

de particulier en de administratie gesloten overeenkomst betrekking heeft, aangezien deze werken en/of bouwwerken als afzonderlijke percelen van een en dezelfde opdracht moeten worden beschouwd. Dat de aanbestedingsprocedures volgens de nationale wettelijke regeling enkel van toepassing zijn indien deze overeenkomst betrekking heeft op werken waarvan de geraamde waarden, afzonderlijk beschouwd, de drempels voor de toepassing van de relevante gemeenschapsregels overschrijden, voldoet derhalve niet aan de eisen van richtlijn 93/37, doordat opdrachten waarvan de totale waarde voornoemde drempel overschrijdt, van de werkingssfeer van de nationale bepalingen ter uitvoering van die gemeenschapsregels worden uitgesloten op grond dat de waarde van elk van de overeenkomstige prestaties die met deze opdrachten verband houden, te laag is.

58 De Italiaanse Republiek stelt in de eerste plaats dat het voor de door de houder van een bouwvergunning of van een goedgekeurd verkavelingsplan uitgevoerde stadsplanningswerken waarvan de waarde de drempel voor de toepassing van de gemeenschapsregeling niet overschrijdt, niet noodzakelijk is dat de regels van het Verdrag op het gebied van openbaarheid en mededinging en de door het Hof ter zake gegeven uitlegging bij de uitvoering van deze regels specifiek in herinnering worden geroepen.

59 In de tweede plaats wijst de Italiaanse Republiek op de bijzonderheden van de sector stadsplanning, waarin projectontwikkelaars in de plaats treden van de lokale autoriteiten, en op de specifieke kenmerken van de tussen deze autoriteiten en deze ontwikkelaars gesloten verkavelingsovereenkomsten.

60 Dergelijke overeenkomsten leggen de betrokken lokale autoriteit enkel de verplichting op om bouwvergunningen af te geven, waarbij het aan de projectontwikkelaar staat om de werken tot inrichting van het betrokken gebied uit te voeren op basis van door deze autoriteit goed te keuren plannen.

61 De omstandigheid dat de betrokken autoriteit de uitvoering van meerdere, naar hun aard verschillende werken aan dezelfde projectontwikkelaar heeft toegewezen,

impliceert niet dat deze werken voor de toepassing van richtlijn 93/37 moeten worden samengevoegd op de enkele grond dat deze ontwikkelaar eigenaar is van de betrokken terreinen. De Italiaanse Republiek benadrukt in dit verband dat de situatie waarover het Hof zich in het arrest van 12 juli 2001, *Ordine degli Architetti e.a.* (C-399/98, Jurispr. blz. I-5409), heeft uitgesproken, verschilt van die in de onderhavige zaak, aangezien het in die zaak duidelijk de uitvoering van slechts één werk betrof.

- 62 Volgens het Koninkrijk der Nederlanden geldt het transparantiebeginsel niet voor overheidsopdrachten waarvan de waarde onder de relevante drempels voor de toepassing van de betrokken richtlijnen ligt. Het voegt hieraan toe dat deze richtlijnen zelf expliciet in bepaalde uitzonderingen voorzien. De gemeenschapswetgever heeft er in die gevallen dus voor gekozen om andere belangen te laten prevaleren boven het belang van transparantie.
- 63 De Republiek Finland is van mening dat, ook al zijn opdrachten waarvan de waarde beneden de in de betrokken richtlijnen vastgestelde drempels blijft, daardoor uitgesloten van de werkingssfeer van deze richtlijnen, deze opdrachten in elk geval rechs tens zijn onderworpen aan de bepalingen van het Verdrag inzake het vrije verkeer van goederen en diensten en de vrijheid van vestiging.
- 64 Derhalve moet de nationale wettelijke regeling voor deze opdrachten geen specifieke verplichting tot openbaarmaking of oproep tot mededinging opleggen.

#### Beoordeling door het Hof

- 65 In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat de gemeenschapswetgever er uitdrukkelijk en principieel voor heeft gekozen om opdrachten die beneden een bepaalde drempel blijven, van de door hem ingevoerde openbaarmakingregeling uit te sluiten. Voor deze opdrachten heeft hij dus geen enkele specifieke verplichting opgelegd.

66 Wanneer evenwel vaststaat dat een dergelijke opdracht een bepaald grensoverschrijdend belang vertoont, levert de gunning van deze opdracht aan een in de lidstaat van de aanbestedende dienst gevestigde onderneming, zonder dat er sprake is van enige transparantie, een ongelijke behandeling op ten nadele van de in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen die mogelijkterwijs in deze opdracht geïnteresseerd zijn. Behoudens objectieve rechtvaardiging vormt een dergelijke ongelijke behandeling, die voornamelijk in het nadeel is van in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen, die immers alle worden uitgesloten, een door de artikelen 43 EG en 49 EG verboden indirecte discriminatie op grond van nationaliteit (zie in die zin, met betrekking tot richtlijn 92/50, arrest van 13 november 2007, Commissie/Ierland, C-507/03, Jurispr. blz. I-9777, punten 30 en 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

67 Aangezien de richtlijnen, zoals de advocaat-generaal in punt 56 van zijn conclusie heeft opgemerkt, ingevolge artikel 249 EG verbindend zijn ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat voor wie zij bestemd zijn, en de gemeenschaps-wetgever onder meer door de vaststelling van drempels bepaalde opdrachten van de werkingssfeer van richtlijn 93/37 heeft uitgesloten, zijn de lidstaten niet verplicht om in hun wetgeving ter omzetting van deze richtlijn te bepalen dat de artikelen 43 EG en 49 EG, die enkel gelden onder de in het vorige punt van het onderhavige arrest genoemde voorwaarden, in acht moeten worden genomen.

68 Het feit dat de Italiaanse wetgever voor overheidsopdrachten voor stadsplanningswerken die door de houder van een bouwvergunning of van een goedgekeurd verkoopingsplan worden uitgevoerd en waarvan de waarde de drempel voor de toepassing van richtlijn 93/37 niet overschrijdt, niet in dergelijke bepalingen voorziet voor het geval dat vaststaat dat er een bepaald grensoverschrijdend belang bestaat, doet op zich niet af aan de toepasselijkheid van de artikelen 43 EG en 49 EG op deze opdrachten.

69 Bijgevolg moet de tweede grief, voor zover deze op schending van de fundamentele regels van het Verdrag is gebaseerd, worden afgewezen.

70 Wat in de tweede plaats de werkingssfeer van artikel 2, lid 5, van wet nr. 109/1994 tegen de achtergrond van de voorschriften van richtlijn 93/37 betreft, moet om te beginnen eraan worden herinnerd dat volgens de rechtspraak van het Hof de omstandigheid dat een nationale wettelijke bepaling volgens welke een infrastructuurele voorziening door de houder van een bouwvergunning of van een goedgekeurd verkavelingsplan in eigen beheer onder gehele of gedeeltelijke aftrek van de voor de vergunning verschuldigde bijdrage kan worden aangelegd, deel uitmaakt van een geheel van stedenbouwkundige voorschriften met eigen kenmerken die een specifiek doel, los van dat van de richtlijn, nastreven, niet volstaat om de aanleg in eigen beheer van de werkingssfeer van de richtlijn uit te sluiten, wanneer alle voorwaarden voor de toepassing van de richtlijn zijn vervuld (zie arrest *Ordine degli Architetti e.a.*, reeds aangehaald, punt 66).

71 De betrokken aanleg moet derhalve aan de procedures van richtlijn 93/37 worden onderworpen wanneer hij voldoet aan de voorwaarden die in deze richtlijn zijn vastgesteld om de opdracht als een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken te kunnen aanmerken, en inzonderheid wanneer het in artikel 1, sub a, van deze richtlijn vereiste contractuele element aanwezig is en de waarde van de werken gelijk is aan of meer bedraagt dan de in artikel 6, lid 1, van deze richtlijn vastgestelde drempel.

72 Voorts volgt uit artikel 6, lid 3, van richtlijn 93/37 dat wanneer een werk in percelen wordt verdeeld voor elk waarvan een opdracht is geplaatst, de waarde van elk perceel in aanmerking moet worden genomen om te beoordelen of het in lid 1 van dit artikel vermelde bedrag is bereikt, en dus of deze richtlijn op alle percelen moet worden toegepast. Bovendien mogen werken of opdrachten volgens artikel 6, lid 4, van deze richtlijn niet worden gesplitst teneinde deze aan de toepassing ervan te onttrekken.

- 73 Voldoet de overeenkomst tussen een particulier die eigenaar is van te verkavelen terreinen en de gemeentelijke overheid aan de in punt 45 van het onderhavige arrest genoemde criteria om te kunnen spreken van een „overheidsopdracht voor de uitvoering van werken” in de zin van artikel 1, sub a, van richtlijn 93/37, dan kan de geraamde waarde die in beginsel in aanmerking moet worden genomen om te bepalen of de door deze richtlijn vastgestelde drempel is bereikt en of bij de gunning van de opdracht dus de daarin neergelegde openbaarmakingregels in acht moeten worden genomen, bijgevolg enkel worden begrepen, zoals de advocaat-generaal in punt 88 van zijn conclusie heeft gepreciseerd, als de totale waarde van de verschillende werken, waarbij de waarden van de verschillende percelen moeten worden samengevoegd.
- 74 Voor zover de Italiaanse wettelijke regeling enkel voor gevallen waarin de geraamde waarde van elk van deze percelen, afzonderlijk beschouwd, de drempel voor de toepassing van deze richtlijn overschrijdt, voorziet in een aanbestedingsprocedure die aan de voorschriften van de richtlijn voldoet, is zij in strijd met deze richtlijn.
- 75 Uit het voorgaande volgt dat artikel 2, lid 5, van wet nr. 109/1994 niet voldoet aan de vereisten van richtlijn 93/37, omdat dit artikel de gevallen waarin de procedures van deze richtlijn worden toegepast, ten onrechte beperkt.

### *Derde grief*

- 76 De derde grief betreft de gunning van de planning van, het toezicht op en de inspectie van werken bij overheidsopdrachten waarvan de waarde beneden de relevante gemeenschapsrechtelijke drempels ligt.

77 Volgens de artikelen 17, lid 12, en 30, lid 6 bis, van wet nr. 109/1994 mogen de overheidsopdrachten voor dienstverlening die betrekking hebben op de planning van en het toezicht op werken alsook de inspecties van de uitvoering van werken waarvan het geraamde bedrag beneden de drempel voor de toepassing van richtlijn 92/50 ligt, worden gegund aan rechtssubjecten die het vertrouwen van de aanbestedende dienst genieten.

### Argumenten van partijen

78 De Commissie bekritiseert deze bepalingen, volgens welke de betrokken overheidsopdrachten voor dienstverlening zonder de minste openbaarmaking mogen worden gegund, op grond dat deze opdrachten, ook al vallen zij niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 92/50, in elk geval onderworpen zijn aan de regels van het Verdrag betreffende de vrijheid van dienstverrichting en de vrijheid van vestiging alsook aan de beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling, evenredigheid en transparantie.

79 Volgens de Italiaanse Republiek moet elke regel van het afgeleide recht op basis van de algemene beginselen van het Verdrag worden uitgelegd en is elke daarvan afwijkende uitlegging onrechtmatig. Een eventuele onrechtmatigheid kan hoe dan ook enkel uit een onjuiste toepassing van de regel op een specifiek geval voortvloeien. Derhalve kan er in de fase van de uitvoering van de gemeenschapswetgeving geen sprake zijn van een verplichting om specifiek naar de bepalingen van het Verdrag te verwijzen.

80 De Italiaanse Republiek voegt hieraan toe dat een ministeriële circulaire de aandacht van de aanbestedende diensten had gevestigd op de verplichting om de algemene

beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling en transparantie te eerbiedigen, en dat de rechtstreekse gunning van de betrokken opdrachten aan rechts-subjecten die het vertrouwen genieten, hoe dan ook enkel na de verificatie van hun beroepservaring en hun professionele deskundigheid kan geschieden.

### Beoordeling door het Hof

<sup>81</sup> Zoals in punt 66 van het onderhavige arrest is gepreciseerd, staat vast dat de overheidsopdrachten voor dienstverlening die buiten de werkingssfeer van richtlijn 92/50 vallen en waarvan is vastgesteld dat zij een bepaald grensoverschrijdend belang vertonen, onderworpen blijven aan de in het Verdrag neergelegde fundamentele vrijheden, onder de voorwaarden die in de in het vorige punt aangehaalde rechtspraak zijn verduidelijkt.

<sup>82</sup> Aangezien de uit het primaire recht voortvloeiende verplichtingen inzake gelijke behandeling en transparantie dus — voor zover de door bovengenoemde rechtspraak gestelde voorwaarden zijn vervuld — van rechtswege gelden voor deze opdrachten, ook al vallen deze op grond van de waarde ervan buiten de werkingssfeer van deze richtlijn, kan niet worden verlangd dat de nationale wetgeving tot omzetting van deze richtlijn uitdrukkelijk naar deze verplichtingen verwijst.

<sup>83</sup> Bijgevolg moet de derde grief worden afgewezen.



*Vierde en vijfde grief*

84 De vierde grief betreft artikel 27, lid 2, van wet nr. 109/1994, volgens hetwelk de aanbestedende diensten, indien zij het toezicht op de werken waarmee in beginsel hun technische afdelingen zijn belast, niet zelf kunnen verrichten, dit toezicht toevertrouwen aan de projectontwikkelaar die verantwoordelijk is voor het project in de zin van artikel 17, lid 4, van deze wet.

85 De vijfde grief betreft de bij artikel 28, lid 4, van wet nr. 109/1994 en artikel 188 van DPR nr. 554/1999 geregelde gunning van de keuring en de inspectie van openbare werken. Blijkens deze bepalingen, in hun onderling verband beschouwd, worden weliswaar in beginsel de technische afdelingen van de aanbestedende diensten met deze taken belast, maar kan de administratie, indien door de verantwoordelijke voor de procedure formeel wordt bevestigd dat het nodige personeel ontbreekt, deze taken opdragen aan derden die worden gekozen uit door het ministerie van Openbare Werken daartoe opgestelde lijsten, zonder een aanbesteding te hoeven uitschrijven.

## Argumenten van partijen

86 De Commissie is van mening dat de artikelen 27, lid 2, en 28, lid 4, van wet nr. 109/1994, voor zover op grond daarvan de betrokken overheidsopdrachten voor dienstverlening rechtstreeks, zonder oproep tot mededinging, kunnen worden gegund, in strijd zijn met hetzij de richtlijnen 92/50 en 93/38, hetzij de artikelen 43 EG en 49 EG, naargelang van het bedrag van de betrokken opdrachten.

87 De Italiaanse Republiek repliceert dat zij kennis heeft genomen van de bezwaren van de Commissie en dat zij dientengevolge haar wetgeving heeft gewijzigd door de communautaire wet 2004 vast te stellen.

### Beoordeling door het Hof

88 Vooraf moet worden onderstreept dat volgens de in punt 42 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak enkel de op 15 december 2003 geldende nationale wettelijke regeling voor de beoordeling van de door de Commissie geformuleerde grieven in aanmerking moet worden genomen.

89 In de eerste plaats zij erop gewezen dat de enige uitzonderingen die op de toepassing van de richtlijnen 92/50 en 93/38 zijn toegestaan, daarin limitatief en uitdrukkelijk zijn genoemd (zie naar analogie arresten van 18 november 1999, Teckal, C-107/98, Jurispr. blz. I-8121, punt 43, en 11 mei 2006, Carbotermo en Consorzio Alisei, C-340/04, Jurispr. blz. I-4137, punt 45).

90 Zoals de advocaat-generaal in punt 101 van zijn conclusie heeft opgemerkt, vallen het toezicht op de werken en de inspectie ervan onder categorie 12 van zowel bijlage I A bij richtlijn 92/50 als bijlage XVI A bij richtlijn 93/38.

91 Volgens artikel 8 van richtlijn 92/50 worden opdrachten voor het verlenen van in bijlage I A vermelde diensten inzonderheid geplaatst overeenkomstig de bepalingen

van titel III van deze richtlijn, die betrekking heeft op de keuze van de procedure voor het plaatsen van deze opdrachten, en volgens artikel 15 van richtlijn 93/38 worden opdrachten voor het verrichten van in bijlage XVI A opgenomen diensten met name geplaatst overeenkomstig de bepalingen van titel IV van deze richtlijn, betreffende de procedures voor het plaatsen van opdrachten.

<sup>92</sup> Aangezien de gunning van het toezicht op de werken conform de in de richtlijnen 92/50 en 93/38 neergelegde regels moet worden verricht, is de rechtstreekse gunning aan de projectontwikkelaar overeenkomstig artikel 27, lid 2, van wet nr. 109/1994 in strijd met deze richtlijnen, voor zover het gaat om opdrachten die op basis van hun bedrag binnen de werkingssfeer van die richtlijnen vallen.

<sup>93</sup> Aangezien de gunning van de inspectie van de werken conform de in de richtlijnen 92/50 en 93/38 neergelegde regels moet worden verricht, is de gunning aan derden onder de in de artikelen 28, lid 4, van wet nr. 109/1994 en 188 van DPR nr. 554/1999 bepaalde voorwaarden eveneens in strijd met deze richtlijnen, voor zover het gaat om opdrachten die binnen de werkingssfeer van deze richtlijnen vallen.

<sup>94</sup> Wat in de tweede plaats de opdrachten betreft waarvoor de waarde van de betrokken diensten onder de drempel voor de toepassing van de richtlijnen 92/50 en 93/38 ligt, impliceert de omstandigheid dat de toepasselijke nationale bepalingen, zoals in de punten 68 en 82 van het onderhavige arrest is vastgesteld, niet uitdrukkelijk vermelden dat de uit het Verdrag voortvloeiende verplichtingen gelden, geenszins dat het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplichting bij de gunning van deze opdrachten niet hoeven te worden geëerbiedigd, voor zover is voldaan aan de voorwaarden die in de in punt 66 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak zijn vastgesteld.

- 95 Bijgevolg moeten de vierde en de vijfde grief worden verworpen voor zover deze inhouden dat de artikelen 43 EG en 49 EG zijn geschonden, maar zijn deze grieven voor het overige gegrond.

### *Zesde grief*

- 96 De zesde grief betreft de artikelen 37 bis tot en met 37 quater van wet nr. 109/1994, op grond waarvan de autoriteiten volgens een specifiek gunningprocedé kunnen toestaan dat openbare werken die commercieel kunnen worden geëxploiteerd, door derden worden uitgevoerd. In een eerste fase nodigen zij deze derden uit om in hun hoedanigheid van projectontwikkelaar voorstellen in te dienen ter verkrijging van concessies waarvan deze derden de kosten geheel of gedeeltelijk voor hun rekening nemen. Nadat de ingediende voorstellen zijn beoordeeld, worden daaruit in een tweede fase de offertes gekozen die aan het algemeen belang beantwoorden. In deze fase wordt voor elk van de uitgekozen voorstellen een beperkte aanbestedingsprocedure geopend om nog twee extra offertes te kunnen selecteren.
- 97 De aanbestedende dienst start vervolgens een procedure van gunning door onderhandelingen met de projectontwikkelaar en met de andere derden die in het kader van voornoemde aanbestedingsprocedure de twee beste offertes hebben ingediend, waarbij de projectontwikkelaar zijn voorstel kan aanpassen aan het voorstel dat de aanbestedende dienst het meest geschikt acht.

### Argumenten van partijen

- 98 De Commissie betoogt dat deze regeling schending van het beginsel van gelijke behandeling kan opleveren.

99 Volgens haar wordt de projectontwikkelaar door de wijze waarop de oproep tot mededinging voor de concessie is georganiseerd, immers dubbel bevoordeeld ten opzichte van alle andere potentiële gegadigden.

100 Zo wordt de projectontwikkelaar automatisch verzocht om met het oog op de toewijzing van de concessie aan de procedure van gunning door onderhandelingen deel te nemen, los van elke vergelijking van zijn voorstel met de offertes die door de deelnemers aan de oproep tot inschrijvingen zijn ingediend.

101 Verder heeft de projectontwikkelaar de mogelijkheid om zijn voorstel in de loop van de procedure van gunning door onderhandelingen te wijzigen, teneinde het aan te passen aan de offerte die de aanbestedende diensten het meest geschikt acht. In de praktijk komt dit voordeel erop neer, dat aan deze projectontwikkelaar prioriteit voor de gunning van de concessie wordt gegeven.

102 De Italiaanse Republiek verklaart dat zij met de in punt 40 van het onderhavige arrest genoemde communautaire wet 2004 aan de bezwaren van de Commissie tegemoet is gekomen.

#### Beoordeling door het Hof

103 Volgens artikel 38, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof en de rechtspraak daarover moet elk inleidend verzoekschrift het voorwerp van het geschil en een summiere uiteenzetting van de aangevoerde middelen bevatten. Deze aanduidingen moeten zo duidelijk en nauwkeurig zijn dat de verweerder zijn verweer kan voorbereiden en het Hof zijn toezicht kan uitoefenen. Daaruit volgt dat

de wezenlijke elementen, feitelijk en rechtens, waarop het beroep is gebaseerd, coherent en begrijpelijk moeten worden weergegeven in de tekst van het verzoekschrift zelf en dat de conclusies hiervan op ondubbelzinnige wijze moeten zijn geformuleerd, teneinde te vermijden dat het Hof ultra petita recht doet of nalaat op een van de grieven recht te doen (arrest van 26 april 2007, Commissie/Finland, C-195/04, Jurispr. blz. I-3351, punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

104 In casu voldoet het verzoekschrift van de Commissie, wat de onderhavige grief betreft, niet aan deze vereisten.

105 Met haar beroep beoogt de Commissie immers te doen vaststellen dat de Italiaanse Republiek niet heeft voldaan aan bepaalde verplichtingen die op haar rusten krachtens de richtlijnen 92/50, 93/36, 93/37 en 93/38 alsook de artikelen 43 EG en 49 EG. De Commissie geeft in het kader van deze grief evenwel niet aan welke van deze richtlijnen en/of bepalingen van het Verdrag de Italiaanse Republiek juist zou hebben geschonden door het beginsel van gelijke behandeling niet in acht te nemen.

106 De artikelen 43 EG en 49 EG leggen overigens geen algemene verplichting tot gelijke behandeling op, maar een verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, zoals uit de in punt 66 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak blijkt. De Commissie verstrekt in het kader van de onderhavige grief evenwel geen enkele aanwijzing dat er eventueel sprake is van een dergelijke discriminatie.

107 Bijgevolg moet de zesde grief niet-ontvankelijk worden verklaard.

108 Gelet op een en ander moet worden vastgesteld dat de Italiaanse Republiek, door de vaststelling van:

- artikel 2, lid 1, van wet nr. 109/1994, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37;
- artikel 2, lid 5, van deze wet, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens richtlijn 93/37;
- de artikelen 27, lid 2, en 28, lid 4, van deze wet, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens de richtlijnen 92/50 en 93/38.

## Kosten

109 Ingevolge artikel 69, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering kan het Hof de proceskosten verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld. Aangezien de Commissie ten dele in het ongelijk is gesteld met betrekking tot de tweede, de vierde en de vijfde grief, en zij in het ongelijk is gesteld met betrekking tot de derde grief, en de zesde grief bovendien niet-ontvankelijk is verklaard, en de Italiaanse Republiek in het ongelijk is gesteld met betrekking tot de eerste grief, alsook ten dele in het ongelijk is gesteld met betrekking tot de tweede, de vierde en de vijfde grief, dienen elk van de twee partijen te worden verwezen in hun eigen kosten.

110 Volgens artikel 69, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering dragen de lidstaten die in het geding zijn tussengekomen, hun eigen kosten.

Het Hof van Justitie (Tweede kamer) verklaart:

1) Door de vaststelling van:

- artikel 2, lid 1, van kaderwet nr. 109 van 11 februari 1994 inzake openbare werken (*legge quadro in materia di lavori pubblici*), zoals gewijzigd bij wet nr. 166 van 1 augustus 2002, is de Italiaanse Republiek de verplichtingen niet nagekomen die op haar rusten krachtens richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, en richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997;
  
- artikel 2, lid 5, van deze wet, zoals gewijzigd, is de Italiaanse Republiek de verplichtingen niet nagekomen die op haar rusten krachtens richtlijn 93/37, zoals gewijzigd;
  
- de artikelen 27, lid 2, en 28, lid 4, van deze wet, zoals gewijzigd, is de Italiaanse Republiek de verplichtingen niet nagekomen die op haar



**rusten krachtens richtlijn 92/50 en richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie.**

- 2) **Het beroep wordt verworpen voor het overige.**
  
- 3) **De Commissie van de Europese Gemeenschappen en de Italiaanse Republiek dragen hun eigen kosten.**
  
- 4) **De Franse Republiek, het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Finland dragen hun eigen kosten.**

ondertekeningen