

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
M. B. ELMER
van 8 februari 1996 *

Inleiding

1. In deze zaak heeft de Commissie het Hof verzocht vast te stellen, dat de Bondsrepubliek Duitsland de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken¹, zoals gewijzigd bij richtlijn 89/440/EEG van de Raad van 18 juli 1989² (hierna: „richtlijn”), doordat het Wasser- und Schifffahrtsamt Emden een overheidsopdracht voor het uitbaggeren van de Beneden-Eems tussen Papenburg en Oldersum heeft geplaatst volgens een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving in het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen*.

2. De Bondsrepubliek Duitsland heeft niet betwist, dat het betrokken project onder de richtlijn valt, doch heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep met het betoog, dat aan de voorwaarden van het hierna aangehaalde artikel 5, lid 3, sub c, van de richtlijn was voldaan, zodat de opdracht kon

worden geplaatst volgens een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving.

De relevante gemeenschapsbepalingen

3. Artikel 5, lid 1, van de richtlijn bepaalt, dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken een „openbare procedure”, een „niet-openbare procedure” of een „onderhandelingsprocedure” toepassen.

Volgens artikel 5, lid 2, kunnen de aanbestedende diensten in nader omschreven gevallen opdrachten voor de uitvoering van werken plaatsen volgens een procedure van gunning via onderhandelingen, na een voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving en selectie van de gegadigden overeenkomstig openbaar gemaakte kwalitatieve criteria.

Luidens artikel 5, lid 3, kunnen de aanbestedende diensten in bepaalde gevallen hun

* Oorspronkelijke taal: Deens.

1 — PB 1971, L 185, blz. 5.

2 — PB 1989, L 210, blz. 1.

opdrachten voor de uitvoering van werken plaatsen volgens de procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving. Dit is volgens artikel 5, lid 3, sub c, onder meer mogelijk,

„voor zover zulks strikt noodzakelijk is, wanneer dwingende spoed, voortvloeiende uit voor de betrokken aanbestedende diensten onvoorziene gebeurtenissen, onverenigbaar is met de inachtneming van de termijnen behorende bij de openbare of niet-openbare procedure dan wel bij de procedure van gunning via onderhandelingen bedoeld in lid 2. De omstandigheden waarop een beroep wordt gedaan om de dwingende spoed te rechtvaardigen, mogen in geen geval aan de aanbestedende diensten te wijten zijn.”

Artikel 5, lid 4, bepaalt: „In alle andere gevallen maken de aanbestedende diensten gebruik van de openbare of niet-openbare procedure voor het plaatsen van hun opdrachten voor de uitvoering van werken.”

4. Volgens artikel 12, lid 1 juncto lid 8, van de richtlijn maken de aanbestedende diensten via een aankondiging in het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* de hoofdkenmerken bekend van de opdrachten voor de uitvoering van werken die zij voornemens zijn te plaatsen en waarvan het bedrag gelijk is aan of meer bedraagt dan een in de richtlijn genoemde drempel. Ingevolge artikel 12, lid 2 juncto lid 9, moeten de aanbestedende diensten die een overheidsopdracht voor de uitvoering van een werk willen plaatsen volgens een openbare of een niet-openbare procedure dan wel volgens een procedure van gunning via onderhandelingen in de gevallen

bedoeld in artikel 5, lid 2, hun voornemen hiertoe te kennen geven in een aankondiging in het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen*.

Artikel 14 bepaalt, welke termijnen de aanbestedende diensten bij niet-openbare procedures en procedures van gunning via onderhandelingen in de zin van artikel 5, lid 2, moeten vaststellen voor de ontvangst van de aanvragen tot deelneming. Deze termijn moet in de regel ten minste 37 dagen bedragen, te rekenen vanaf de datum waarop de aankondiging van het project is verzonden naar het Bureau voor officiële publikaties der Europese Gemeenschappen. Volgens artikel 15, lid 1, kan evenwel in gevallen waarin het om dringende redenen onmogelijk is de in artikel 14 voorgeschreven termijnen in acht te nemen, een termijn van ten minste 15 dagen worden vastgesteld.

Ingevolge artikel 14, lid 3, moet bij niet-openbare procedures de door de aanbestedende diensten vast te stellen termijn voor de ontvangst van de inschrijvingen ten minste 40 dagen bedragen, te rekenen vanaf de datum waarop de schriftelijke uitnodiging is verzonden. Volgens artikel 14, lid 4, kan die termijn echter worden verkort tot 26 dagen, indien de in artikel 12, lid 1, bedoelde aankondiging is bekendgemaakt. In de in artikel 15, lid 1, bedoelde spoedgevallen kan de termijn nog verder worden verkort, namelijk tot 10 dagen, te rekenen vanaf de datum van de uitnodiging.

De feiten

5. In september 1989 werd op verzoek van de stad Papenburg een plan gemaakt voor het uitdiepen van de Beneden-Eems, ten einde de doorvaart van schepen van de zogeheten Panamaklasse, met een diepgang van 6,80 m, mogelijk te maken. Die maatregel werd, gelet op de algemene ontwikkeling van het verkeer, voor de streek in het algemeen van economisch belang geacht, daar hierdoor de economische structuur van het overigens structureel zwakke gebied zou worden verbeterd.

6. In 1990 bleek, dat de grootste werkgever in de regio, de Meyer-werf, een contract had afgesloten inzake de levering van een schip met een diepgang van 6,80 m („Zenith”) tegen een prijs van ongeveer 500 miljoen DM. De doorvaart van dat schip zou enkel mogelijk zijn, indien een deel van de Beneden-Eems werd uitgediept. Die doorvaart was gepland voor 18 februari 1992, een dag waarop het springvloed zou zijn. Zo de afgesproken leveringsdatum niet werd gehaald, zou de werf een boete van 80 000 USD per dag verschuldigd zijn.

7. Het Wasser- und Schiffahrtsamt Emden ressorteert onder de federale Wasser- und Schiffahrtsverwaltung en was verantwoordelijk voor de uitvoering van het project inzake het uitdiepen van de Beneden-Eems. De plannen voor dit project moesten echter eerst

worden goedgekeurd. De voor de goedkeuringsprocedure verantwoordelijke instantie was de Wasser- und Schiffahrtsdirektion Aurich.

8. Na een aantal noodzakelijke vooronderzoeken startte de Wasser- und Schiffahrtsdirektion Aurich op 5 november 1990 de goedkeuringsprocedure, opdat het project zo nodig eind mei 1991 kon worden goedgekeurd. Op 11 april 1991 werd een discussiebijeenkomst over het project gehouden. Het bestuur van het district Weser-Ems, dat in het kader van de goedkeuringsprocedure zijn toestemming moest verlenen, bracht bij die gelegenheid geen bezwaren naar voren tegen het project.

9. Het Wasser- und Schiffahrtsamt Emden was voornemens het gehele project inzake het uitdiepen van de Beneden-Eems volgens de openbare procedure aan te besteden; het maakte derhalve in het supplement van het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* van 20 april 1991 de hoofdkenmerken van de voorgenomen werken bekend.

10. Eind mei 1991 weigerde het districtsbestuur Weser-Ems om ecologische redenen zijn definitieve toestemming te verlenen voor de plannen. Het project betreffende een meer permanente uitdieping van de Beneden-Eems werd derhalve tot nader order opgeschort. De goedkeuringsprocedure met betrekking

tot het project dat erin bestond, een deel van de Beneden-Eems voorlopig uit te diepen om de doorvaart van het door de Meyer-werf gebouwde schip mogelijk te maken, werd echter voortgezet.

11. In antwoord op een verzoek van een niet-Duitse onderneming om toezending van nadere informatie over de op 20 april 1991 aangekondigde werken, liet het Wasser- und Schiffsahrtsamt Emden die onderneming op 30 mei 1991 weten, dat zij het bestek pas kon krijgen na bekendmaking van de uitnodiging tot inschrijving in het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen*. Op 19 juni 1991 deelde het Wasser- und Schiffsahrtsamt Emden de betrokken onderneming verder mee, dat wegens tijdgebrek moest worden afgezien van de geplande openbare procedure.

12. In plaats daarvan werd besloten, de opdracht betreffende het voorlopig uitdiepen van een deel van de Beneden-Eems te plaatsen volgens de procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving, welke procedure op 21 juni 1991 werd gestart. In het kader daarvan werden zes Duitse ondernemingen uitgenodigd een offerte in te dienen. Op 3 juli 1991 werd besloten de plannen betreffende het voorlopig uitdiepen van een deel van de Beneden-Eems goed te keuren. Dat besluit werd op 15 augustus 1991 van kracht en nog

diezelfde dag werd de opdracht gegund aan een van de ondernemingen die was verzocht mee te dingen.

13. Een dag eerder, op 14 augustus 1991, had de Commissie de Bondsregering per telexbericht gewezen op het feit, dat naar haar oordeel niet was voldaan aan de voorwaarden waaronder een opdracht mag worden geplaatst volgens de procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving. Bij schrijven van 2 september 1991 antwoordde de Bondsregering de Commissie, dat haars inziens de in artikel 5, lid 3, sub c, geformuleerde voorwaarden waaronder een opdracht volgens genoemde procedure kan worden geplaatst, wél waren vervuld.

14. Daar de Commissie het niet met de Bondsregering eens was, dat het project onder artikel 5, lid 3, sub c, viel, leidde zij bij aanmaningsbrief van 12 november 1991 overeenkomstig artikel 169 van het Verdrag een niet-nakomingsprocedure in. In haar antwoord van 6 maart 1992 verwees de Bondsregering opnieuw naar artikel 5, lid 3, sub c, van de richtlijn. De Commissie herhaalde haar standpunt in haar met redenen omkleed advies van 27 april 1993. In haar antwoord van 28 september 1993 wees de Bondsregering erop, dat de gekozen procedure noodzakelijk was, daar het project voltooid moest zijn vóór 18 februari 1992, de datum waarop de doorvaart van het door de Meyer-werf gebouwde schip was gepland.

Argumenten van partijen en eigen standpunt

15. Zoals uit de inleiding blijkt, hangt het antwoord op de vraag, of de Bondsrepubliek Duitsland in deze zaak moet worden veroordeeld wegens schending van de krachtens het gemeenschapsrecht op haar rustende verplichtingen, hiervan af, of was voldaan aan de voorwaarden van artikel 5, lid 3, sub c, van de richtlijn. Was dit het geval, dan was de Bondsrepubliek gerechtigd de opdracht voor de uitvoering van de betrokken werken te plaatsen volgens de procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving. Waren de voorwaarden van artikel 5, lid 3, sub c, daarentegen niet vervuld, dan mocht de Bondsrepubliek de opdracht niet op die wijze plaatsen en moet zij overeenkomstig de conclusies van de Commissie worden veroordeeld.

16. In het hierna volgende zal ik dan ook ten aanzien van elk van de in artikel 5, lid 3, sub c, geformuleerde voorwaarden de standpunten van partijen bespreken en mijn eigen opvatting dienaangaande naar voren brengen.

Eerst wil ik er echter op wijzen, dat de mogelijkheid om te werk te gaan volgens de in artikel 5, leden 2 en 3, van de richtlijn bedoelde onderhandelingsprocedure, luidens de zestiende overweging van de considerans van de richtlijn „als uitzondering moet

worden beschouwd en daarom slechts dient te worden toegepast in een beperkt aantal uitdrukkelijk genoemde gevallen”. Verder komen de bewoordingen van het huidige artikel 5, lid 3, sub c, nagenoeg overeen met die van het oude artikel 9, sub d, van richtlijn 71/305. 's Hof's rechtspraak inzake de uitlegging van het oude artikel 9, sub d, moet derhalve worden toegepast op het huidige artikel 5, lid 3, sub c.

Ten aanzien van het oude artikel 9 heeft het Hof in het algemeen verklaard³, dat

„de bepalingen van artikel 9 van richtlijn 71/305, krachtens welke mag worden afgeweken van de regels die beogen te verzekeren dat de door het Verdrag op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken erkende rechten kunnen worden waargenomen, strikt moeten worden uitgelegd en dat degene die zich erop wil beroepen, dient te bewijzen dat de uitzonderlijke omstandigheden die de afwijking rechtvaardigen, daadwerkelijk bestaan”.

Verder overwoog het Hof in zijn arrest van 2 augustus 1993⁴:

„Volgens artikel 9, sub d, van richtlijn 71/305 moet voor de toepassing van de in die

3 — Zie laatstelijk arrest van 18 mei 1995 (zaak C-57/94, Commissie/Italië, Jurispr. 1995, blz. I-1249, r. o. 23).

4 — Zaak C-107/92 (Commissie/Italië, Jurispr. 1993, blz. I-4655, r. o. 12).

bepaling voorziene afwijking, te weten ont-
heffing van de verplichting om een uitnodi-
ging tot inschrijving bekend te maken, aan
drie voorwaarden zijn voldaan. Die afwijking
onderstelt namelijk het bestaan van een
onvoorziene gebeurtenis, van dwingende
spoed die onverenigbaar is met de inachtnem-
ing van de bij andere procedures behorende
termijnen, en, ten slotte, van een oor-
zakelijk verband tussen de onvoorziene
gebeurtenis en de daaruit voortvloeiende
dwingende spoed.”

17. De Bondsregering heeft betoogd, dat er
„dwingende spoed” was om het project vóór
18 februari 1992 te voltooien, daar op die
datum de doorvaart van het door de Meyer-
werf gebouwde schip „Zenith” was gepland.
Bij overschrijding van die termijn had het
schip niet op tijd geleverd kunnen worden,
waardoor de Meyer-werf, met ongeveer 1
800 werknemers de grootste werkgever in de
regio, aanzien zou hebben verloren en een
contractuele boete had moeten betalen.
Bovendien was de voltooiing van het project
vóór 18 februari 1992 niet alleen noodzake-
lijk gelet op de belangen van de Meyer-werf,
maar ook gelet op de belangen van de struc-
tureel zwakke regio: de niet-nakoming van
haar contractuele verplichtingen door de
Meyer-werf zou waarschijnlijk op lange ter-
mijn tot gevolg hebben gehad, dat de werf op
het punt van betrouwbaarheid en produkti-
viteit een slechte naam had gekregen. Dit zou
tot een verlies van orders en dus van arbeids-
plaatsen hebben geleid. In het ergste geval
had de werf moeten sluiten, waardoor het
gebied zijn grootste werkgever zou zijn
kwijtgeraakt.

De Commissie heeft hiertegen ingebracht,
dat de door de Bondsregering aangevoerde
gronden ontoereikend waren om de in arti-
kel 5, lid 3, sub c, bedoelde „dwingende
spoed” op te leveren. Met betrekking tot de
eventuele gevolgen voor de regio heeft de
Commissie in het bijzonder aangevoerd, dat
niets erop wijst dat die gevolgen zich zouden
hebben voorgedaan.

18. Laat ik vooropstellen, dat indien het
project betreffende het uitdiepen van een
deel van de Beneden-Eems niet op 18
februari 1992 was voltooid, de Meyer-werf
haar contractuele verplichtingen niet had
kunnen nakomen. Zo een Lid-Staat, telkens
wanneer een onderneming door een verdra-
ging bij de uitvoering van openbare werken,
haar contractuele verplichtingen niet zou
kunnen nakomen, van de procedures voor
het plaatsen van opdrachten kon afwijken,
zou het toepassingsgebied van artikel 5, lid 3,
sub c, wel bijzonder ruim worden. Dit zou
niet stroken met het uitgangspunt, dat deze
bepaling een uitzondering is, die enkel moet
worden toegepast voor zover zulks strikt
noodzakelijk is. De wens van een Lid-Staat
om een onderneming te helpen haar ver-
plichtingen na te komen, kan dan ook naar
mijn mening op zichzelf niet worden geacht
„dwingende spoed” op te leveren, die een
afwijking van de voorgescreven aanbested-
dingsprocedures zou rechtvaardigen.

19. Gaat men er echter van uit, dat indien
het project niet vóór 18 februari 1992 was
voltooid, de door de Bondsregering
genoemde gevolgen zich zouden hebben

voorgedaan, dan zouden de consequenties van de termijnoverschrijding bijzonder ernstig zijn geweest. De Meyer-werf ligt naar zeggen van de Bondsregering in een zogeheten structureel zwakke regio, waar zij met 1 800 werknemers de grootste werkgever is. Bovendien blijken verscheidene toeleveringsbedrijven, goed voor ongeveer 1 700 arbeidsplaatsen, van het bestaan van de werf afhankelijk te zijn. Ik kan er alleen maar sympathie voor opbrengen, dat een regering alles doet wat in haar vermogen ligt om arbeidsplaatsen te redden, en het is ook duidelijk, dat zowel in Duitsland als in andere Lid-Staten belang wordt gehecht aan het voortbestaan van de scheepsbouwindustrie.

De Bondsregering heeft evenwel naar mijn mening geen nadere bewijzen aangevoerd voor haar stelling, dat een vertraging bij de uitvoering van het project en de daaruit voortvloeiende niet-nakoming door de Meyer-werf van haar contractuele verplichtingen, op zichzelf zouden hebben geleid tot sluiting van de werf, met alle ernstige gevolgen van dien. Mijns inziens kan dan ook niet worden gezegd, dat de Bondsregering heeft voldaan aan haar verplichting om te bewijzen, dat in het onderhavige geval daadwerkelijk sprake was van „dwingende spoed”.

20. De Bondsregering heeft overigens niet aangevoerd, dat de voorgenomen werken noodzakelijk waren om waardeverlies te voorkomen als gevolg van het feit, dat de doorvaart van het gebouwde schip onmogelijk zou zijn en het schip dus zou moeten worden vernietigd. Er is derhalve geen aanleiding om nader te onderzoeken, in hoeverre dit gezichtspunt in de onderhavige zaak tot de conclusie had kunnen leiden, dat er sprake was van „dwingende spoed” in de zin van artikel 5, lid 3, sub c, van de richtlijn.

21. Volgens de Bondsregering was in casu ook voldaan aan de voorwaarde, dat de dwingende spoed, waardoor naar haar oordeel de inachtneming van de termijnen die in de richtlijn voor de aanbestedingsprocedures zijn vastgesteld, onmogelijk was, moet voortvloeien uit „voor de betrokken aanbestedende diensten onvoorziene gebeurtenissen”. Het Wasser- und Schifffahrtsamt Emden kon namelijk niet voorzien, dat het districtsbestuur Weser-Ems zou weigeren het project goed te keuren, daar het tijdens de gehouden discussiebijeenkomst geen bezwaren naar voren had gebracht. Die weigering kan volgens de Bondsregering evenmin worden beschouwd als *een omstandigheid die aan de aanbestedende dienst te wijten is*, daar het districtsbestuur Weser-Ems een overheidsorgaan van een deelstaat is, waarop het Wasser- und Schifffahrtsamt Emden, een federaal overheidsorgaan, geen invloed kan uitoefenen.

De Commissie heeft hiertegen ingebracht, dat de weigering van het bestuur van het district Weser-Ems om de plannen voor het uitdiepen van de Beneden-Eems definitief goed te keuren, niet kan worden beschouwd als een omstandigheid die de aanbestedende dienst niet had kunnen voorzien, daar het Wasser- und Schifffahrtsamt Emden rekening had moeten houden met de mogelijkheid van een dergelijk politiek „omgaan”. Bovendien, aldus de Commissie, hebben de Duitse autoriteiten de dwingende spoed door hun eigen gedrag in de hand gewerkt, zodat er sprake is van omstandigheden die aan de aanbestedende dienst te wijten zijn.

22. Ik wijs erop, dat bij de planning en uitvoering van grote openbare werken verschillende omstandigheden in aanmerking moeten worden genomen. De plannen voor dergelijke werken moeten in de Lid-Staten dan ook dikwijls een goedkeuringsprocedure doorlopen. Het doel van zo'n procedure is, dat de autoriteiten kennis krijgen van de op het spel staande openbare en particuliere belangen en deze tegen elkaar kunnen afwegen. Tijdens de goedkeuringsprocedure kunnen alle mogelijke bezwaren naar voren worden gebracht. Het is mogelijk, dat de goedkeuringsprocedure zonder problemen verloopt. Dit behoeft echter niet altijd zo te zijn. Een aanbestedende dienst kan derhalve niet bij voorbaat rekenen op een bepaalde afloop van de goedkeuringsprocedure.

23. Tegenwoordig spelen de milieu-aspecten van uit te voeren werken een uiterst belangrijke rol. Daarom is het bij elk groter openbaar project hoogst waarschijnlijk, dat tijdens de goedkeuringsprocedure om ecologische redenen bezwaar wordt gemaakt tegen het project. Dikwijls zullen dan diepgaande discussies en onderzoeken nodig zijn en soms zal het project moeten worden gewijzigd of zal er zelfs helemaal van moeten worden afgezien.

Ook op het niveau van de Gemeenschap heeft het milieu hoge prioriteit. Zo is bij

voorbeeld de richtlijn inzake de milieu-effectbeoordeling⁵ vastgesteld, volgens welke nader aangegeven bouwwerken of andere projecten, die aanzienlijke gevolgen voor het milieu kunnen hebben, aan een milieu-effectbeoordeling moeten worden onderworpen alvorens een vergunning voor de uitvoering ervan kan worden verleend.

Bij een goedkeuringsprocedure zullen meestal politiek gekozen organen betrokken zijn, die na een beoordeling van alle aspecten van het project moeten beslissen, of daarvoor toestemming kan worden verleend. Ook omdat standpunt- en meerderheidswijzigingen tot de politieke realiteit behoren, kan een aanbestedende dienst er pas zeker van zijn een gepland project te kunnen uitvoeren, wanneer de goedkeuringsprocedure volledig is doorlopen en de politieke organen hun definitieve en bindende goedkeuring voor het betrokken project hebben verleend.

24. In casu wist het Wasser- und Schifffahrtsamt Emden vanaf het moment waarop het besluit inzake het uitdiepen van de Beneden-Eems was genomen, dat de desbetreffende plannen een goedkeuringsprocedure moesten doorlopen. Het moet dit orgaan dus de hele tijd duidelijk zijn geweest, dat er, bij voorbeeld om ecologische redenen, bezwaren tegen het project naar voren zouden kunnen worden gebracht en dat derhalve het gevaar bestond, dat het bestuur van het district Weser-Ems uiteindelijk zou weigeren de plannen goed te keuren. Het feit dat genoemd bestuur tijdens een inleidende discussiebijeenkomst over het project geen bezwaren naar voren had gebracht, kon naar

5 — Richtlijn 85/337/EEG van de Raad van 27 juni 1985 betreffende de milieu-effectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten (PB 1985, L 175, blz. 40).

mijn mening voor het Wasser- und Schifffahrtsamt Emden dan ook geen reden zijn om de mogelijkheid uit te sluiten, dat dit bestuur in de daaropvolgende goedkeuringsprocedure zijn definitieve en wettelijk bindende goedkeuring zou weigeren.

25. De weigering van het districtsbestuur Weser-Ems om de plannen inzake het uitdiepen van de Beneden-Eems definitief goed te keuren, kan derhalve niet worden beschouwd als een „voor de betrokken aanbestedende diensten onvoorziene gebeurtenis”.

26. Volgens artikel 5, lid 3, sub c, tweede zin, mogen de omstandigheden waarop een beroep wordt gedaan om de dwingende spoed te rechtvaardigen, bovendien „in geen geval aan de aanbestedende diensten te wijten zijn”. Hiermee wordt beoogd, de toepassing van de uitzonderingsbepaling voor te behouden voor de gevallen waarin de omstandigheden die de dwingende spoed rechtvaardigen, te wijten zijn aan externe, dat wil zeggen buiten de invloedssfeer van de autoriteiten van een Lid-Staat gelegen omstandigheden.

Uit punt 24 van deze conclusie blijkt, dat de gestelde noodzaak om de procedure van artikel 5, lid 3, sub c, te volgen, ontstond,

doordat de aanbestedende dienst geen rekening had gehouden met de mogelijkheid, dat het districtsbestuur Weser-Ems zou weigeren de noodzakelijke goedkeuring te verlenen, zodat moest worden overgegaan tot het voorlopig uitdiepen van een deel van de Beneden-Eems. Men kan dan ook zeggen, dat het gedrag van de aanbestedende dienst zelf de eigenlijke oorzaak ervan was, dat de normale aanbestedingsprocedures niet konden worden gevolgd.

Daar komt nog bij, dat naar mijn mening binnen één Lid-Staat geen scheidslijn kan worden getrokken tussen de autoriteit die in een concreet geval de aanbestedende dienst is, en andere autoriteiten van de Lid-Staat. Een Lid-Staat moet — of hij nu federaal is opgebouwd of niet — worden geïdentificeerd met alle autoriteiten van die staat. Een Lid-Staat moet naar mijn mening dan ook instaan voor alle handelingen die door zijn verschillende autoriteiten worden verricht. Het mag niet zo zijn, dat een autoriteit haar verantwoordelijkheid kan ontlopen door te stellen, dat zij niet weet wat een andere autoriteit doet of voornemens is te doen.

De in artikel 5, lid 3, sub c, tweede zin, geformuleerde voorwaarde, dat de omstandigheden waarop een beroep wordt gedaan om de dwingende spoed te rechtvaardigen, „in geen geval aan de aanbestedende diensten te wijten mogen zijn”, kan derhalve naar mijn mening evenmin worden geacht te zijn vervuld.

27. Aan de laatste voorwaarde voor de toepassing van de uitzonderingsbepaling, namelijk dat de dwingende spoed „*onverenigbaar is met de inachtneming van de termijnen behorende bij de openbare of niet-openbare procedure dan wel bij de procedure van gunning via onderhandelingen bedoeld in lid 2*”, was volgens de Bondsregering voldaan, daar geen aanbestedingsprocedure kon worden ingeleid vóór de inwerkingtreding van het besluit houdende goedkeuring van het project op 15 augustus 1991, de datum waarop ook de opdracht werd gegund. Subsidiair heeft de Bondsregering aangevoerd, dat het niet mogelijk was de termijnen van de versnelde procedure van artikel 15, lid 1, in acht te nemen, daar de ervaring leert dat bij een aanbestedingsprocedure, bovenop de in artikel 15 voorziene 15 + 10 (= 25) dagen, nog 14 dagen nodig zijn om de ingekomen aanvragen tot deelneming door te nemen, 5 dagen om de werkplek te bezichtigen en 28 dagen om de ingediende offertes te bestuderen, hetgeen een totaal van 72 dagen oplevert.

28. De Commissie heeft hiertegen ingebracht, dat de aanbestedende dienst in elk geval de termijnen van de versnelde procedure van artikel 15, lid 1, in acht had kunnen nemen, daar het Wasser- und Schiffsamt Emden over 55 dagen beschikte om de procedure tot een goed einde te brengen, namelijk van 21 juni 1991, de datum waarop de zes Duitse ondernemingen werden uitgenodigd een offerte in te dienen, tot 15 augustus 1991, de datum waarop de opdracht werd gegund.

29. Ik ben het met de Commissie eens, dat het Wasser- und Schiffsamt Emden op 21 juni 1991 een aanbestedingsprocedure had

kunnen starten. Op die dag leidde het namelijk de omstreden onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving in. Waar de Bondsrepubliek reeds op die dag de gewraakte procedure in gang zette, zonder de inwerkingtreding van het besluit houdende goedkeuring van het project inzake het voorlopig uitdiepen van een deel van de Beneden-Eems af te wachten, was er geen enkel beletsel voor het volgen van een procedure met bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving, waarin de uitvoering van het project afhankelijk werd gesteld van de inwerkingtreding van het goedkeuringsbesluit.

30. Op 21 juni 1991 waren 55 dagen beschikbaar voor het afwickelen van een aanbestedingsprocedure. Dit aantal dagen lijkt voldoende te moeten zijn voor het plaatsen van een opdracht volgens de versnelde procedure van artikel 15, lid 1, daar bovenop de in deze bepaling genoemde 15 + 10 dagen — in totaal dus 25 dagen —, nog 30 dagen beschikbaar waren om onder meer de ingediende aanvragen tot deelneming en offertes te bestuderen.

De periode die naar zeggen van de Bondsregering bovenop de in artikel 15, lid 1, voorziene 25 dagen nodig is, lijkt zonder meer langer dan noodzakelijk. De Bondsregering heeft tot staving van haar berekening enkel aangevoerd, dat deze gebaseerd is op een lange ervaring waar het gaat om de tijd die gemoeid is met de gunning van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken.

Het is echter aan de Bondsregering om te bewijzen, dat het onmogelijk was de versnelde procedure van artikel 15, lid 1, te volgen; naar mijn mening heeft zij in de gegeven omstandigheden onvoldoende aannemelijk gemaakt, dat het onmogelijk was om binnen de 55 dagen die beschikbaar waren van 21 juni 1991 tot de ondertekening van het contract op 15 augustus 1991, de datum van inwerkingtreding van het goedkeuringsbesluit, een procedure met bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving af te wikkelen.

De vordering van de Commissie moet naar mijn mening dan ook worden toegewezen, zodat moet worden vastgesteld dat de Bondsrepubliek Duitsland de richtlijn heeft geschonden, doordat het Wasser- und Schifffahrtsamt Emden een overheidsopdracht voor het uitbaggeren van de Beneden-Eems tussen Papenburg en Oldersum heeft geplaatst volgens een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving in het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen*.

31. Samenvattend moet worden vastgesteld, dat geen van de voorwaarden waaraan volgens artikel 5, lid 3, sub c, moet zijn voldaan om een opdracht te kunnen plaatsen volgens een onderhandelingsprocedure zonder een voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving, kan worden geacht vervuld te zijn geweest.

Kosten

32. De Commissie heeft geconcludeerd tot verwijzing van de Bondsrepubliek Duitsland in de kosten van het geding. Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd.

Conclusie

33. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging te beslissen als volgt:

„1) De Bondsrepubliek Duitsland is de verplichtingen niet nagekomen die op haar rusten krachtens richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, zoals gewijzigd bij richtlijn 89/440/EEG van de Raad van 18 juli 1989, doordat het Wasser- und Schifffahrtsamt Emden een overheidsopdracht voor het uitbaggeren van de Beneden-Eems tussen Papenburg en Oldersum heeft geplaatst volgens een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving in het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen*.

2) De Bondsrepubliek Duitsland wordt verwezen in de kosten van de procedure.”