

## CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

J. KOKOTT

van 29 april 2004<sup>1</sup>

### I — Inleiding

1. Het onderhavige geschil betreft een niet-nakomingsprocedure waarin de Commissie de Italiaanse Republiek verwijt dat zij bij de gunning van drie overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken 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<sup>2</sup> (hierna: „richtlijn 93/37”) niet heeft nageleefd.

2. Het gaat hierbij in wezen om de vraag of en onder welke omstandigheden bij nieuwe werken die bestaan in de herhaling van soortgelijke eerdere werken, een procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving mag worden toegepast. Volgens richtlijn 93/37 is dit mogelijk gedurende een periode van drie jaar. In deze niet-nakomingsprocedure gaat het in wezen om de vraag hoe deze termijn concreet dient te worden berekend. De Italiaanse Republiek beroept zich voor de door haar gekozen berekeningswijze op een verschoonbare dwaling.

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2 — PB L 199, blz. 54.

### II — Rechtskader

3. Het rechtskader van de onderhavige procedure wordt gevormd door artikel 7, leden 3 en 4, van richtlijn 93/37. Deze bepaling luidt als volgt:

„3. De aanbestedende diensten kunnen in de volgende gevallen hun opdrachten voor de uitvoering van werken plaatsen volgens de procedure van gunning via onderhandelingen, zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving:

[...]

- b) voor werken waarvan de uitvoering om technische of artistieke redenen of om redenen van bescherming van exclusieve rechten slechts aan een bepaalde aannemer kan worden toevertrouwd;
- c) voorzover zulks strikt noodzakelijk is, indien de termijnen voor de openbare of niet-openbare procedure dan wel voor de in lid 2 bedoelde procedure van gunning via onderhandelingen wegens

dwingende spoed, als gevolg van gebeurtenissen die door de betrokken aanbestedende diensten niet konden worden voorzien, niet in acht kunnen worden genomen. De omstandigheden waarop ter verantwoording van de dwingende spoed een beroep wordt gedaan, mogen in geen geval aan de aanbestedende diensten te wijten zijn;

[...]

- e) in geval van nieuwe werken, bestaande uit de herhaling van soortgelijke werken die door dezelfde aanbestedende diensten aan de met een eerste opdracht belaste aannemer worden toevertrouwd, mits deze werken overeenstemmen met een basisproject dat het voorwerp vormde van een overeenkomstig de in lid 4 bedoelde procedures geplaatste eerste opdracht.

De mogelijkheid om deze procedure toe te passen dient reeds bij het uitschrijven van de aanbesteding van het eerste deel van het werk te worden vermeld, en het totale voor de volgende werken geraamde bedrag wordt door de aanbestedende diensten in aanmerking genomen voor de toepassing van artikel 6. Van deze procedure kan slechts gebruik worden gemaakt gedurende een periode van drie jaar volgende op de oorspronkelijke opdracht.

4. In alle andere gevallen maken de aanbestedende diensten voor het plaatsen van opdrachten voor de uitvoering van werken gebruik van de openbare of van de niet-openbare procedure."

4. De eerste en de tweede overweging van de considerans van richtlijn 93/37 luiden als volgt:

„Overwegende dat 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 herhaaldelijk en ingrijpend is gewijzigd; dat derhalve zowel om redenen van een rationele ordening van de tekst als om redenen van duidelijkheid genoemde richtlijn dient te worden gecodificeerd;

Overwegende dat bij de gelijktijdige verwezenlijking van de vrijheid van vestiging en van het vrij verrichten van diensten op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken in de lidstaten voor rekening van de staat, van de territoriale en van de andere publiekrechtelijke instellingen, niet alleen de beperkingen moeten worden opgeheven, maar dat tevens de nationale procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken moeten worden gecoördineerd;”

5. De achtste overweging van de considerans van deze richtlijn luidt:

„Overwegende dat de procedure van gunning via onderhandelingen als een uitzondering dient te worden beschouwd en daarom slechts kan worden toegepast in deze limitatief opgesomde gevallen;”

6. De eerste zin van de tiende overweging van de considerans van de richtlijn luidt: — hoogwaterdebietregeling van de rivier Terdoppio — kanaal Scolmatore ten zuidwesten van Cerano.

„Overwegende dat het, voor de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten, noodzakelijk is dat de door de aanbestedende diensten van de lidstaten opgestelde aankondigingen van opdrachten op communautair niveau bekend worden gemaakt.”

8. De met deze opdrachten gemoeide waarde, namelijk respectievelijk ongeveer 37,21 en 19,5 miljard ITL, lag onbetwist boven de in artikel 6 van richtlijn 93/37 genoemde drempelwaarde van 5 miljoen ECU.

### III — Feiten en precontentieuze procedure

7. De Magistrato per il Po di Parma, een gedecentraliseerd orgaan van het toenmalige Italiaanse ministerie van Openbare Werken (thans ministerie van Infrastructuurvoorzieningen en Vervoer), heeft in 1997 drie overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken geplaatst.<sup>3</sup> Het ging daarbij om aanvullende fasen voor de volgende projecten op het gebied van de bescherming tegen hoogwater:

9. De uitvoering van de werken is volgens de procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving aan dezelfde ondernemingen gegund die al in de jaren tachtig met de eerste opdrachten waren belast. In die eerste fase ging het om de volgende opdrachten:

- voltooiing van de bouw van een hoogwaterretentiebekken voor de rivier Parma te Marano, gemeente Parma;
- aanpassing aan en voltooiing van een waterretentiebekken voor de rivier Enza, en

- werken met betrekking tot de rivier Parma op basis van een overeenkomst van 22 december 1988;
- werken met betrekking tot de rivier Enza op basis van een overeenkomst van 26 oktober 1982, en
- werken met betrekking tot de rivier Terdoppio op basis van een overeenkomst van 20 mei 1988.

<sup>3</sup> — De betrokken overeenkomsten heeft de Magistrato per il Po di Parma goedgekeurd bij decreten nrs. 11411 en 11416 van 9 oktober 1997 en nr. 11678 van 15 oktober 1997.

10. Bij brief van 27 september 2000 heeft de Commissie de Italiaanse regering om uitvoerige inlichtingen verzocht over de procedure die was gevolgd voor het plaatsen van de drie laatste opdrachten uit 1997. In hun antwoord van 19 oktober 2000 hebben de Italiaanse autoriteiten verklaard dat zij gebruik hebben gemaakt van de procedure van artikel 7, lid 3, sub e, van richtlijn 93/37. De betrokken werken waren een herhaling van soortgelijke werken die door dezelfde aanbestedende dienst aan dezelfde aannemer waren toevertrouwd aan wie reeds de eerste opdracht was gegund; zij stemden overeen met een basisproject dat reeds het voorwerp van de eerste opdracht vormde en overeenkomstig de procedure van artikel 7, lid 4, van de richtlijn was aanbesteed. Reeds bij het uitschrijven van de aanbesteding van het eerste deel van het werk was de mogelijkheid vermeld om de procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving toe te passen en was het totale voor de volgende werken geraamde bedrag in aanmerking genomen. Van de procedure van gunning via onderhandelingen was binnen de gestelde termijn van drie jaar volgende op de oorspronkelijke opdracht gebruikgemaakt, welke termijn pas was ingegaan op de datum van de oplevering van de eerdere werken.

11. In antwoord op de aanmaningsbrief van 23 april 2001, waarin de Commissie de rechtsopvatting van de Italiaanse autoriteiten inzake de berekening van de periode van drie jaar afwees, heeft de Italiaanse Republiek bij brieven van 8 juni 2001 en 17 december 2001 haar standpunt in wezen bevestigd.

12. Daar het met redenen omkleed advies van de Commissie van 21 december 2001 niet werd beantwoord, heeft de Commissie op 28 oktober 2002 op grond van artikel 226, tweede alinea, EG het onderhavige beroep tegen de Italiaanse Republiek bij het Hof ingesteld.

#### IV — Conclusies van partijen

13. De Commissie verzoekt het Hof

- vast te stellen dat de Italiaanse Republiek, doordat de Magistrato per il Po di Parma, een gedecentraliseerd orgaan van het ministerie van Openbare Werken (thans ministerie van Infrastructuurvoorzieningen en Vervoer), aanvullende opdrachten betreffende de voltooiing van de bouw van een waterretentiebekken voor de rivier Parma te Marano, gemeente Parma, alsmede betreffende aanpassingen aan en voltooiing van een retentiebekken voor de rivier Enza, en betreffende de hoogwaterdebietregeling van de rivier Terdoppio — kanaal Scolmatore ten zuidwesten van Cerano, heeft geplaatst volgens de procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving, ofschoon de voorwaarden daarvoor niet waren vervuld, niet heeft voldaan aan de verplichtingen die op haar rusten krachtens 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, in het bijzonder krachtens artikel 7, lid 3, ervan;

— de Italiaanse Republiek in de kosten te verwijzen.

14. De Italiaanse Republiek concludeert niet uitdrukkelijk tot verwerving van het beroep. Zij verzoekt het Hof evenwel, ongeacht de uitlegging die aan artikel 7, lid 3, van richtlijn 93/37 moet worden gegeven, ervan uit te gaan dat de Italiaanse Republiek een verschoonbare dwaling heeft begaan die te wijten is aan de Italiaanse taalversie van de bepaling.

## V — Beoordeling

### A — *Ontvankelijkheid*

15. Volgens vaste rechtspraak behoeft de Commissie bij de uitoefening van haar aan artikel 226 EG ontleende bevoegdheden geen specifiek procesbelang aan te tonen. Die bepaling beoogt immers niet, de eigen rechten van de Commissie te beschermen. Zij moet veeleer in het algemeen belang van de Gemeenschap als hoedster van de verdragen toezien op de uitvoering van het gemeenschapsrecht door de lidstaten en eventuele schendingen doen vaststellen met het oog op de beëindiging ervan. Gelet op deze rol is de Commissie bij uitsluiting bevoegd te beslissen of het opportuun is om een niet-nakomingsprocedure in te leiden en op grond van welk handelen of nalaten. Zelfs wanneer de nationale wetgeving van een lidstaat in overeenstemming is

met het gemeenschapsrecht, kan de Commissie verzoeken een niet-nakoming vast te stellen, hierin bestaande dat in een bepaald geval de gemeenschapsrechtelijke voorschriften niet in acht zijn genomen en het door een richtlijn beoogde resultaat niet is bereikt.<sup>4</sup>

16. Bij een beroep op grond van artikel 226 EG wordt het onderwerp van geschil bepaald door het met redenen omkleed advies van de Commissie. Een dergelijk beroep is zonder voorwerp en dus niet-ontvankelijk, voorzover de verweten niet-nakoming binnen de door Commissie gestelde termijn is opgeheven.<sup>5</sup> Dan heeft de niet-nakomingsprocedure zijn doel namelijk reeds in de precontentieuze fase bereikt.

17. Zoals de Italiaanse regering evenwel zelf erkent, heeft zij in het onderhavige geval niets ondernomen om de gevolgen van de eventuele niet-nakoming in verband met de drie door de Commissie genoemde over-

4 — Zie arrest van 10 april 2003, Commissie/Duitsland (C-20/01 en C-28/01, Jurispr. blz. I-3609, punten 29 en 30, met verdere verwijzingen).

5 — Vaste rechtspraak; zie bijvoorbeeld arrest van 29 januari 2004, Commissie/Oostenrijk (C-209/02, Jurispr. blz. I-1211, punten 16-18, met verdere verwijzingen), en arrest Commissie/Duitsland (aangehaald in voetnoot 4, punten 32 e.v., met verdere verwijzingen). In de oudere rechtspraak wordt in dit verband nog het begrip „procesbelang” gebruikt, echter met hetzelfde resultaat; zie bijvoorbeeld arrest van 24 maart 1988, Commissie/Griekenland (240/86, Jurispr. blz. 1835, punten 14-16).

heidsopdrachten op te heffen. Andere aanbestedingsprocedures zijn weliswaar geannuleerd, maar de litigieuze aanbestedingsprocedure kon om technische redenen en vanwege dreigende gevaren voor de openbare veiligheid niet ongedaan worden gemaakt.

18. Hoewel het recht inzake overheidsopdrachten de lidstaten niet verplicht eenmaal gesloten overeenkomsten te beëindigen, is en blijft de gunning van een opdracht in strijd met de desbetreffende richtlijn een schending van het gemeenschapsrecht.<sup>6</sup> Dat de Commissie in individuele gevallen de gemeenschapsrechter achteraf kan laten toetsen of de regels inzake overheidsopdrachten zijn nageleefd, strookt overigens met de strekking en het doel van zowel de niet-nakomingsprocedure als de aanbestedingsrichtlijnen. Een veroordeling kan namelijk buiten de context van het concrete individuele geval tot de conclusie leiden dat de betrokken lidstaat als geadresseerde van de richtlijn bij de uitvoering ervan tekort is geschoten.<sup>7</sup>

19. De Italiaanse regering beklemtoont dat zij zich op basis van de recente ontwikkeling van het Italiaanse aanbestedingsrecht en haar praktijk bij het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken nog slechts door mededingingscriteria laat leiden. Daarom hoeft niet te worden gevreesd voor herhaling van de feiten die tot de onderhavige niet-nakomingsprocedure hebben geleid.

20. De loutere opmerking dat aanbestedingsprocedures in het vervolg op basis van mededingingscriteria zullen worden gevoerd, sluit procedurefouten in de toekomst evenwel niet uit. Zoals de Commissie terecht stelt, is het namelijk volstrekt mogelijk dat ook andere aanbestedende diensten in Italië de periode van drie jaar verkeerd zullen uitleggen, temeer daar de kring van potentiële aanbestedende diensten door de overdracht van bevoegdheden aan regionale en lokale overheden aanzienlijk is verruimd.

21. Ook gezien dit gevaar voor herhaling<sup>8</sup> dient het beroep ontvankelijk te worden verklaard.

## B — *Gegrontheid*

22. Het beroep van de Commissie is gegrond wanneer de Italiaanse Republiek een der krachtens het Verdrag op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen (artikel 228, lid 1, EG). Uit artikel 1, eerste alinea, EG, juncto artikel 249, derde alinea, EG, volgt de verplichting tot omzetting van richtlijn 93/37. De Commissie verwijt de Italiaanse Republiek deze verplichting niet te zijn nagekomen.

6 — Arrest Commissie/Duitsland (aangehaald in voetnoot 4, punt 39).

7 — Zie hieromtrent de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed in de zaak Commissie/Duitsland (aangehaald in voetnoot 4, in het bijzonder punten 50, 53 en 54).

8 — Zie bijvoorbeeld arrest van 9 juli 1970, Commissie/Frankrijk (26/69, Jurispr. blz. 565, punten 12 en 13), en conclusie van advocaat-generaal Lenz van 13 januari 1988 in de zaak Commissie/Griekenland (aangehaald in voetnoot 5, punt 13).

1. Schending van richtlijn 93/37

23. De drie betrokken overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken uit 1997 zijn geplaatst via de procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving. Volgens artikel 7, lid 4, van richtlijn 93/37 dient echter bij het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken in beginsel *niet* van de onderhandelingsprocedure, maar van de openbare of de niet niet-openbare procedure gebruik te worden gemaakt. De procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving kan slechts in uitzonderingsgevallen worden toegepast.<sup>9</sup> Deze zijn in artikel 7, lid 3, van de richtlijn limitatief opgesomd.<sup>10</sup> In casu zou een procedure van gunning via onderhandelingen hooguit op basis van artikel 7, lid 3, sub b, c of e, in aanmerking kunnen komen, waarvan de toepasselijkheid hierna wordt onderzocht.

a) Technische redenen in de zin van artikel 7, lid 3, sub b, van richtlijn 93/37

24. De Italiaanse regering beroept zich om te beginnen op technische redenen die vergden dat de drie betrokken opdrachten aan de aannemer werden gegund die reeds de eerdere werken had uitgevoerd. Men zou

dus op het eerste gezicht kunnen denken aan toepassing van artikel 7, lid 3, sub b, van richtlijn 93/37.

25. Deze bepaling is volgens de bewoordingen ervan echter enkel van toepassing op werken waarvan de uitvoering „*slechts* aan een *bepaalde* aannemer kan worden toevertrouwd”<sup>11</sup>. Volgens de rechtspraak van het Hof gaat het om een strikt uit te leggen uitzondering, die slechts in uitzonderlijke omstandigheden van toepassing is.<sup>12</sup>

26. Voor de toepasselijkheid van artikel 7, lid 3, sub b, van richtlijn 93/37 is in het bijzonder niet voldoende dat de aanbestedende dienst het opportuun acht een vervolgoopdracht te gunnen aan de contractant waarmee hij tot nu toe heeft samengewerkt, of dat hij zich voor de vorm beroept op niet nader aangeduide technische eisen. Hij moet daarentegen gedetailleerd aangeven waarom technische redenen zich in een bepaald geval dwingend tegen de gunning van de opdracht aan andere aannemers verzetten en dus de gunning van de opdracht aan juist de oorspronkelijke contractant absoluut nood-

11 — Cursivering van mij.

12 — Arrest van 18 mei 1995, Commissie/Italië (C-57/94, Jurispr. blz. I-1249, punt 23). Het arrest heeft weliswaar betrekking op artikel 9, sub b, van 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 (PB L 185, blz. 5; hierna: „richtlijn 71/305”), maar deze bepaling is een tekstueel nagenoeg identieke voorloper van het hier uit te leggen artikel 7, lid 3, sub b, van richtlijn 93/37. Zie voorts arrest van 28 maart 1996, Commissie/Duitsland (C-318/94, Jurispr. blz. I-1949, punt 13), en punt 64 van de conclusie van advocaat-generaal Jacobs van 23 maart 2000 in de zaak Commissie/Frankrijk (arrest van 5 oktober 2000, C-337/98, Jurispr. blz. I-8377).

9 — Zie ook de achtste overweging van de considerans van richtlijn 93/37.

10 — Zie op dit punt ook het arrest van 17 september 1998, Commissie/België (C-323/96, Jurispr. blz. I-5063, punt 34).

zakelijk maken. Anders zou het gevaar bestaan dat aanbestedende diensten misbruik maken van artikel 7, lid 3, sub b, van richtlijn 93/37 om zich te onttrekken aan de uitschrijving van aanbestedingen, en zo het algemene doel van de richtlijn, de ontwikkeling van de mededinging<sup>13</sup> op het gebied van overheidsopdrachten, kunnen omzeilen.

27. De bewijslast voor het bestaan van uitzonderlijke omstandigheden rust op degene die zich daarop wil beroepen.<sup>14</sup> In casu heeft de Italiaanse regering slechts aangevoerd dat de bevoegde instantie de beschadiging of het verval van de tot dan toe voltooide bouwwerken en gevoelige kwesties over de verdeling van de aansprakelijkheid tussen meerdere aannemers heeft willen vermijden. Zelfs wanneer zij het om die reden opportuun zou achten de vervolgoopdracht te gunnen aan de aannemer van de eerste fase, is er nog geen sprake van dwingende technische redenen voor de gunning van de opdracht aan juist die aannemer. Derhalve kan de toepassing van de procedure van gunning via onderhandelingen niet op artikel 7, lid 3, sub b, van richtlijn 93/37 worden gebaseerd.

28. Ter terechtzitting heeft de Italiaanse regering nog opgemerkt dat zich bij de

aanbesteding van de drie in het geding zijnde opdrachten helemaal geen andere potentiële opdrachtnemer heeft aangediend, zodat de mededinging althans in casu niet is benadeeld. Dit argument is niet overtuigend. Het doel van de voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving is namelijk een zo groot mogelijke kring van inschrijvers te informeren over de aanstaande plaatsing van de opdracht. Derhalve kan niet worden uitgesloten dat zich, wanneer de uitnodiging tot inschrijving naar behoren was bekendgemaakt, andere potentiële opdrachtnemers zouden hebben gemanifesteerd.

b) Dwingende spoed in de zin van artikel 7, lid 3, sub c, van richtlijn 93/37

29. De Italiaanse regering beroept zich voorts op de bijzondere spoed waarmee de drie betrokken opdrachten moesten worden gegund. Men zou dus kunnen denken aan toepassing van artikel 7, lid 3, sub c, van richtlijn 93/37.

30. Alleen al vanwege de bewoordingen ervan is een beroep op deze bepaling evenwel aan stringente voorwaarden onderworpen, daar zij spreekt van strikte noodzaak, dwingende spoed en gebeurtenissen die niet konden worden voorzien. Overigens dient deze bepaling ook vanwege haar uitzonde-

13 — Zie de eerste zin van de tiende overweging van de considerans van richtlijn 93/37.

14 — Arrest Commissie/Italië (aangehaald in voetnoot 12, punt 23).



ringskarakter strikt te worden uitgelegd.<sup>15</sup> Alleen dan kan misbruik door aanbestedende diensten worden voorkomen en kan het door de richtlijn nagestreefde doel, de ontwikkeling van de mededinging<sup>16</sup> op het gebied van overheidsopdrachten, in acht worden genomen.

32. De bewijslast voor het bestaan van de dwingende spoed rust op degene die zich daarop wil beroepen.<sup>17</sup> In casu heeft de Italiaanse regering slechts aangevoerd dat de gunning spoedeisend was wegens het gevaar van overstromingen dat ten gevolge van de reeds verrichte werken zou zijn toegenomen. Uit niets is echter gebleken dat de bevoegde instanties dit mogelijk verhoogde overstromingsgevaar niet hadden kunnen voorzien, temeer daar de gefaseerde uitvoering van de maatregelen tegen hoogwater reeds in de oorspronkelijke planning was opgenomen. Derhalve is niet voldaan aan de voorwaarden voor de toepassing van artikel 7, lid 3, sub c, van richtlijn 93/37.

31. Zoals voorts duidelijk blijkt uit de tweede volzin van artikel 7, lid 3, sub c, van richtlijn 93/37, kan de aanbestedende dienst zich niet ter verantwoording van dwingende spoed beroepen op omstandigheden die aan hem zelf te wijten zijn. In casu bestond het plan voor de maatregelen ter bescherming tegen hoogwater al ten minste sinds de gunning van de eerste fase van de werken, dus sinds de jaren tachtig. De Italiaanse regering heeft zelf aangegeven dat de in het geding zijnde werken van meet af aan waren gepland en enkel om budgettaire redenen op basis van een tweede, aparte opdracht werden uitgevoerd. Hieruit blijkt dat er geen sprake was van bijzondere spoed, maar van louter interne organisatorische overwegingen van de aanbestedende dienst.

c) Herhaling van soortgelijke werken binnen drie jaar in de zin van artikel 7, lid 3, sub e, van richtlijn 93/37

33. Ten slotte beroept de Italiaanse regering zich op artikel 7 lid 3, sub e, van de richtlijn. Vaststaat dat alle voorwaarden van deze bepaling, afgezien van de termijn van drie jaar, bij de gunning van de drie betrokken overheidsopdrachten waren vervuld. Tussen partijen bestaat enkel onenigheid over het tijdstip waarop de in de laatste volzin van de bepaling bedoelde termijn van drie jaar ingaat. Daarvan hangt af of de aanbestedende

15 — Arrest van 10 maart 1987, *Commissie/Italië* (199/85, Jurispr. blz. 1039, punt 14). Het arrest heeft weliswaar betrekking op artikel 9, sub d, van richtlijn 71/305, maar deze bepaling is een tekstueel nagenoeg identieke voorloper van het hier uit te leggen artikel 7, lid 3, sub c, van richtlijn 93/37. Zie voorts arrest *Commissie/Duitsland* (aangehaald in voetnoot 12, punt 13), en punt 64 van de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak *Commissie/Frankrijk*, aangehaald in voetnoot 12.

16 — Zie de eerste zin van de tiende overweging van de considerans van richtlijn 93/37.

17 — Arrest *Commissie/Italië* (aangehaald in voetnoot 15, punt 14).

dienst in casu de procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving mag volgen.

34. De Italiaanse regering baseert haar uitlegging, dat de termijn pas ingaat bij de voltooiing van de werken in het kader van de eerste opdracht, in het bijzonder op de Italiaanse taalversie van richtlijn 93/37. Daarin wordt de uitdrukking „*conclusione dell' appalto iniziale*” gebruikt om het begin van de termijn aan te geven. Deze formulering wijkt af van de in de vorige richtlijn<sup>18</sup> gebruikte formulering „*aggiudicazione dell' appalto iniziale*”, die duidelijk betrekking had op het plaatsen van de oorspronkelijke opdracht.

35. Volgens vaste rechtspraak van het Hof<sup>19</sup> hebben alle taalversies van een communautaire bepaling in beginsel dezelfde waarde. De relevante aanvangsdatum van de periode van drie jaar in artikel 7, lid 3, sub e, van richtlijn 93/37 kan daarom niet worden vastgesteld aan de hand van slechts één taalversie op zich, maar moet juist worden bepaald op basis van een vergelijkend onderzoek van alle taalversies.

36. In sommige taalversies van richtlijn 93/37 laat de duidelijkheid van de gebruikte formulering helaas te wensen over. Zo wordt in de Duitse versie bijvoorbeeld gesproken van de „Abschluss des ersten Auftrags”, in de Franse van de „conclusion du marché initial” en in de Nederlandse zelfs slechts van de „oorspronkelijke opdracht”. Ondubbelzinnig tegen de uitlegging van de Italiaanse regering en vóór het standpunt van de Commissie spreken daarentegen enkele andere taalversies, namelijk de Engelse („conclusion of the original contract”), de Deense („indgaelsen af den oprindelige kontrakt”), de Spaanse („celebración del contrato inicial”) en de Portugese („celebração do contrato inicial”).

37. Ook is vermeldenswaard dat de door de Italiaanse regering aangehaalde tekstwijziging van artikel 7, lid 3, sub e, van richtlijn 93/37, vervanging van „aggiudicazione” door „conclusione”, alleen in de Italiaanse taalversie voorkomt, terwijl in de andere taalversies op dit punt geen wijzigingen zijn opgetreden ten opzichte van de eerdere regeling<sup>20</sup>. Alleen al daarom moet ervan worden uitgegaan dat het hier slechts om een redactionele wijziging van de Italiaanse tekst gaat en niet om een inhoudelijke herformulering van de bepaling. Deze opvatting vindt steun in de eerste overweging van de considerans van richtlijn 93/37, waarin wordt aangegeven dat de eerdere richtlijn

18 — Artikel 5, lid 3, sub e, van richtlijn 71/305, zoals gewijzigd bij richtlijn 89/440/EEG van de Raad van 18 juli 1989 tot wijziging van richtlijn 71/305/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 210, blz. 1).

19 — Zie bijvoorbeeld arresten van 2 april 1998, EMU Tabac e.a. (C-296/95, Jurispr. blz. I-1605, punt 36), en 9 januari 2003, Givane e.a. (C-257/00, Jurispr. blz. I-345, punt 36).

20 — Artikel 5, lid 3, sub e, van richtlijn 71/305, zoals gewijzigd bij richtlijn 89/440.

om redenen van een rationele ordening van de tekst en om redenen van duidelijkheid diende te worden gecodificeerd.

38. Uiteindelijk is echter niet de formulering op zich beslissend, maar een onderzoek van de betrokken bepaling in haar context en aan de hand van haar doel.<sup>21</sup>

39. Wat om te beginnen de plaats van de litigieuze termijnbepaling binnen de totale context van richtlijn 93/37 betreft, merk ik op dat in artikel 1, sub a, ervan uitdrukkelijk het begrip *overeenkomsten* — en niet bijvoorbeeld het begrip „werken” — ter omschrijving van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken wordt gebruikt, ook in de Italiaanse versie: „gli „appalti pubblici di lavori” sono *contratti* a titolo oneroso [...]”.<sup>22</sup>

40. Voorts volgt a contrario uit artikel 7, lid 4, van de richtlijn, dat de onder normale omstandigheden te gebruiken procedures beschrijft, dat artikel 7, lid 3, sub e, van richtlijn 93/37 een uitzondering bevat, die alleen al vanwege haar aard strikt dient te worden uitgelegd.

41. Wat vervolgens het doel van de termijn van drie jaar betreft, deze draagt wezenlijk bij tot de verwezenlijking van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, doordat zij de ontwikkeling van de mededinging bevordert.<sup>23</sup> Ook daarom moet de — voor de concurrenten minder voordelige — procedure van gunning via onderhandelingen als een uitzondering worden beschouwd en kan deze slechts in limitatief opgesomde gevallen worden toegepast.<sup>24</sup>

42. Derhalve pleit zowel de algemene context als het doel van artikel 7, lid 3, sub e, van richtlijn 93/37 voor een strikte uitlegging van de termijn van drie jaar in die zin dat deze periode ingaat bij het *sluiten van de overeenkomst* inzake de eerste opdracht. Indien de *voltooiing* van de eerste opdracht als aanvangsdatum van deze periode werd genomen, zou de procedure van gunning via onderhandelingen juist ruimere toepassing vinden, hetgeen in strijd zou zijn met het doel van de verwezenlijking van mededinging op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken. Zoals de Commissie terecht stelt, zou de laatstgenoemde berekeningswijze bovendien de rechtszekerheid aantasten. De voltooiing van een werk hoeft namelijk niet per se te worden gelijkgesteld met de aanvaarding door de opdrachtgever; theoretisch komen ook andere gebeurtenissen hiervoor in aanmerking, zoals het leggen van de laatste steen, het afbreken van de steigers, de sluiting van de bouwplaats of de betaling

21 — Zie bijvoorbeeld arresten van 27 februari 2003, Truley (C-373/00, Jurispr. blz. I-1931, punt 35); 13 november 2003, Granarolo (C-294/01, Jurispr. blz. I-13429, punt 43); 27 november 2003, Zita Modes (C-497/01, Jurispr. blz. I-14393, punt 34), en het arrest Givane e.a. (aangehaald in voetnoot 19, punten 38 en 39).

22 — Cursivering van mij.

23 — Zie de tweede overweging en de eerste zin van de tiende overweging van de considerans van richtlijn 93/37.

24 — Zie de achtste overweging van de considerans van richtlijn 93/37.

van het (nog uitstaande) loon. De datum van de sluiting van de overeenkomst kan daarentegen in het algemeen ondubbelzinnig worden vastgesteld.

uitlegging van de aanvangsdatum van de periode van drie jaar van artikel 7, lid 3, sub e, van richtlijn 93/37 te volgen, een verschoonbare dwaling („*errore scusabile*”) heeft begaan, gelet op de Italiaanse taalversie van deze bepaling.

43. Derhalve dient artikel 7, lid 3, sub e, van richtlijn 93/37 aldus te worden uitgelegd dat de in de laatste volzin ervan genoemde periode van drie jaar reeds ingaat bij het sluiten van de overeenkomst inzake de eerste opdracht en niet pas bij de voltooiing van de werken van de eerste fase. De Italiaanse regering heeft richtlijn 93/37, wat de drie betrokken overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken betreft, dus onjuist uitgelegd en toegepast.

46. Het begrip verschoonbare dwaling is in het gemeenschapsrecht, met name op het gebied van het recht op schadevergoeding wegens overheidsaansprakelijkheid, inderdaad niet volkomen onbekend. Hoewel het bestaan van schuld geen voorwaarde is voor de verplichting van de lidstaten tot vergoeding van de veroorzaakte schade<sup>25</sup>, kan het al dan niet verschoonbare karakter van een eventuele rechtsdwaling een factor zijn om te bepalen of een nationale instantie haar discretionaire bevoegdheid kennelijk en ernstig heeft overschreden en derhalve een voldoende gekwalificeerde schending van een regel van het gemeenschapsrecht heeft begaan.<sup>26</sup> Op het gebied van de niet-contractuele aansprakelijkheid is immers erkend dat niet elke schending van een lidstaat of een gemeenschapsinstelling noodzakelijkerwijs tot een schadevergoedingsplicht ten opzichte van particulieren hoeft te leiden; de voorwaarden waaronder schadevergoeding moet worden toegekend, zijn in feite afhankelijk van de aard van de schending van het gemeenschapsrecht.<sup>27</sup>

#### d) Voorlopige conclusie

44. Daar aan geen van de voorwaarden voor de uitzondering van artikel 7, lid 3, van richtlijn 93/37 is voldaan, is de Italiaanse Republiek de verplichtingen die op haar rusten krachtens het Verdrag niet nagekomen doordat zij de drie in het geding zijnde overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken heeft geplaatst volgens de procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving.

## 2. Geen verschoonbare dwaling

45. Tot slot voert de Italiaanse regering aan dat de aanbestedende dienst, door haar

25 — Arresten van 5 maart 1996, *Brasserie du Pêcheur en Factortame* (C-46/93 en C-48/93, Jurispr. blz. I-1029, punten 79 en 80), en 8 oktober 1996, *Dillenkofer e.a.* (C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 en C-190/94, Jurispr. blz. I-4845, punt 28).

26 — Arrest *Brasserie du Pêcheur en Factortame* (aangehaald in voetnoot 25, punten 55, 56 en 78), en arrest van 30 september 2003, *Köbler* (C-224/01, Jurispr. blz. I-10239, punten 53-55).

27 — Arresten *Dillenkofer* (aangehaald in voetnoot 25, punt 20) en *Brasserie du Pêcheur en Factortame* (aangehaald in voetnoot 25, punt 38).

47. Deze overwegingen inzake het recht op schadevergoeding wegens overheidsaansprakelijkheid kunnen echter niet worden toegepast op niet-nakomingsprocedures. Het doel van de niet-nakomingsprocedure is namelijk, de correcte en uniforme omzetting van het gemeenschapsrecht in alle lidstaten te verzekeren en ervoor te zorgen dat eventuele schendingen worden beëindigd.<sup>28</sup> Het gaat derhalve om een procedure waarin schendingen van het gemeenschapsrecht volkomen onafhankelijk van de motieven ervoor en van de aard en de ernst van de gevolgen ervan *objectief* worden vastgesteld.<sup>29</sup>

48. Iedere lidstaat draagt overigens tegenover de Gemeenschap de volledige verantwoordelijkheid ervoor dat elk overheidsgezag op zijn grondgebied in overeenstemming met het gemeenschapsrecht wordt uitgeoefend. Tot deze verantwoordelijkheid behoort de verplichting om alle maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van de uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichtingen te verzekeren en zich te onthouden van alles wat de verwezenlijking van de doelstellingen ervan in gevaar kan brengen (artikel 10 EG). Deze verantwoordelijkheid staat los van eventuele schuld.

49. Tegen deze achtergrond kunnen verweermiddelen van de lidstaten in het kader van niet-nakomingsprocedures slechts zeer

beperkt worden toegelaten, al was het maar omdat van meet af aan elk misbruik moet worden uitgesloten. Daarom erkent het Hof in deze procedure slechts één verweer, dat geen verband houdt met schuld, namelijk de volstreekte onmogelijkheid om communautaire verplichtingen na te komen.<sup>30</sup>

50. Een rechtsdwaling kan daarentegen geen legitiem verweer zijn in niet-nakomingsprocedures. Het Hof heeft bijvoorbeeld reeds geoordeeld dat een lidstaat zich niet op problemen in verband met de uitlegging van een richtlijn kan beroepen om de uitvoering ervan uit te stellen tot na de gestelde termijnen.<sup>31</sup>

51. Evenmin kan een lidstaat aanvoeren dat de schending van het gemeenschapsrecht slechts van weinig belang was of geen schade heeft veroorzaakt.<sup>32</sup>

28 — Ook de forfaitaire sommen en in het bijzonder de dwangsommen tot betaling waarvan een lidstaat kan worden veroordeeld (artikel 228, lid 2, EG) dienen in dit licht te worden gezien.

29 — Ook advocaat-generaal Tizzano onderstreept het objectieve karakter van niet-nakomingsprocedures in punt 14 van zijn conclusie van 18 januari 2001 in de zaak *Commissie/Duitsland* (arrest van 8 maart 2001, C-316/99, Jurispr. blz. I-2037).

30 — Arresten van 15 januari 1986, *Commissie/België* (52/84, Jurispr. blz. 89, punt 16); 2 februari 1988, *Commissie/Nederland* (213/85, Jurispr. blz. 281, punt 22), en 26 juni 2003, *Commissie/Spanje* (C-404/00, Jurispr. blz. I-6695, punt 45, met verdere verwijzingen).

31 — Arresten van 8 maart 2001, *Commissie/Duitsland* (aangehaald in voetnoot 29, punt 9), en 20 maart 2003, *Commissie/Duitsland* (C-135/01, Jurispr. blz. I-2837, punt 25). Terecht stelt advocaat-generaal Tizzano in dit verband: „Niettemin moet ik erop wijzen dat, gelet op het objectieve karakter van niet-nakomingsprocedures, de goede wil van de regering van de betrokken lidstaat, hoe noodzakelijk en prijzenswaardig die ook is, de niet-nakoming, indien daarvan sprake is, niet kan opheffen” (punt 14 van de conclusie in de zaak *Commissie/Duitsland*, arrest van 8 maart 2001, aangehaald in voetnoot 29).

32 — Arresten van 18 december 1997, *Commissie/België* (C-263/96, Jurispr. blz. 7453, punt 30), en 10 april 1993, *Commissie/Duitsland* (aangehaald in voetnoot 4, punt 42).

52. Voorts kan volgens vaste rechtspraak de uitlegging en toepassing van het gemeenschapsrecht nooit slechts op één taalversie worden gebaseerd, zoals in casu is gebeurd; het uitgangspunt moet juist een onderzoek van alle taalversies in hun onderlinge verband zijn, met inachtneming van het doel en de context van de betrokken bepaling.<sup>33</sup> Eventuele twijfels moeten volgens het beginsel van loyale samenwerking (artikel 10 EG) aan de Commissie worden voorgelegd.

aanbestedende dienst een verschoonbare dwaling heeft begaan bij de bepaling van het begin van de periode van artikel 7, lid 3, sub e, van richtlijn 93/37.

### 3. Conclusie

53. Slechts wanneer de Commissie van haar kant, bijvoorbeeld in opmerkingen tegenover een lidstaat, bij deze staat een gewettigd vertrouwen in de juistheid van een bepaalde lezing van zijn uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende rechten en verplichtingen heeft gewekt, kan dit haar daarna in de niet-nakomingsprocedure worden tegengeworpen. In dit kader verwijst de Commissie terecht naar gevallen waarin een gemeenschapsinstelling door haar gedrag een valse indruk bij de justitiabelen heeft gewekt of althans in beslissende mate daartoe heeft bijgedragen.<sup>34</sup>

55. Uit de voorgaande overwegingen volgt dat de Italiaanse Republiek, doordat zij de drie in het geding zijnde overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken heeft geplaatst volgens de procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving, ofschoon de voorwaarden van richtlijn 93/37, met name van artikel 7, lid 3, ervan, daarvoor niet waren vervuld, niet heeft voldaan aan de verplichtingen die op haar rusten krachtens het Verdrag.

## VI — Kosten

54. Gelet op het voorgaande faalt het verweer van de Italiaanse regering dat de

56. Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is gevorderd. Zoals uit het voorgaande blijkt, dient het beroep van de Commissie te worden toegewezen. Derhalve moet de Italiaanse Republiek, die in het ongelijk is gesteld, overcenkomstig de vordering van de Commissie in de kosten worden verwezen.

33 — Het volstaat in dit verband te verwijzen naar het arrest van 6 oktober 1982, Cilfit (283/81, Jurispr. blz. 3415, punten 16-20), punt 35 van deze conclusie en de in voetnoot 19 aangehaalde rechtspraak.

34 — Arrest van 23 november 1995, Dominikanerinnen-Kloster Altenhohenau (C-285/93, Jurispr. blz. I-4069, punt 27, met verdere verwijzingen).

## VII — Conclusie

57. Op grond van het bovenstaande geef ik het Hof in overweging als volgt te beslissen:

„1) Doordat de Italiaanse Republiek, via de Magistrato per il Po di Parma, aanvullende opdrachten heeft geplaatst voor

— de uitvoering van werken voor de voltooiing van de bouw van een hoogwaterretentiebekken voor de rivier Parma te Marano in de gemeente Parma,

— de uitvoering van aanpassingen aan en de voltooiing van een waterretentiebekken voor de rivier Enza, en

— de uitvoering van werken betreffende de hoogwaterdebietregeling van de rivier Terdoppio — kanaal Scolmatore ten zuidwesten van Cerano,

volgens de procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving, ofschoon de voorwaarden daarvoor uit hoofde van 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, met name van artikel 7, lid 3, ervan, niet waren vervuld, heeft zij niet voldaan aan de verplichtingen die op haar rusten krachtens het Verdrag.

2) De Italiaanse Republiek wordt verwezen in de kosten.”