

COMMISSIE / ITALIË

ARREST VAN HET HOF (Tweede kamer)

14 september 2004*

In zaak C-385/02,

betreffende een beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 226 EG,

ingesteld op 28 oktober 2002,

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door K. Wiedner en R. Amorosi als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

Italiaanse Republiek, vertegenwoordigd door M. Fiorilli als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

* Procestaal: Italiaans.

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: C. W. A. Timmermans, kamerpresident, J.-P. Puissochet, J. N. Cunha Rodrigues (rapporteur), R. Schintgen en N. Colneric rechters,

advocaat-generaal: J. Kokott,

griffier: M. Múgica Arzamendi, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 10 maart 2004,

gelet op de opmerkingen van partijen,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 29 april 2004,

het navolgende

Arrest

- 1 De Commissie van de Europese Gemeenschappen verzoekt het Hof vast te stellen dat de Italiaanse Republiek, doordat de Magistrato per il Po di Parma, het gedecentraliseerde orgaan van het ministerie van Openbare Werken (thans: ministerie van Infrastructuurvoorzieningen en van Vervoer), opdrachten betreffende de voltooiing van de bouw van een waterretentiebekken voor de bergrivier Parma te

Marano (gemeente Parma), betreffende aanpassingen aan en de voltooiing van een waterretentiebekken voor de bergrivier Enza, en betreffende de hoogwaterdebietregeling van de bergrivier Terdoppio 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 (PB L 199, blz. 54; hierna: „richtlijn”), inzonderheid artikel 7, lid 3, daarvan.

Toepasselijke bepalingen

- 2 Artikel 7, lid 3, sub b, c en e, van de richtlijn bepaalt:

„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.”

- 3 Artikel 7, lid 4, van de richtlijn luidt:

„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.”

De feiten

- 4 Bij decreten nrs. 11414 en 11416 van 9 oktober 1997 en nr. 11678 van 15 oktober 1997 heeft de Magistrato per il Po di Parma overeenkomsten betreffende de uitvoering van de volgende werken goedgekeurd:
 - de voltooiing van de bouw van een waterretentiebekken voor de bergrivier Parma te Marano (gemeente Parma);
 - aanpassingen aan en de voltooiing van een waterretentiebekken voor de bergrivier Enza, en
 - de hoogwaterdebietregeling van de bergrivier Terdoppio ten zuidwesten van Cerano.
- 5 Met deze werken waren bedragen van respectievelijk ongeveer 37, 21 et 19,5 miljard lires gemoeid.
- 6 De oorspronkelijke opdrachten voor de genoemde werken waren op de volgende data geplaatst:
 - 22 december 1988 betreffende de bergrivier Parma,
 - 26 oktober 1982 betreffende de bergrivier Enza, en

— 20 mei 1988 betreffende de bergrivier Terdoppio.

De precontentieuze procedure

- 7 Bij brief van 27 september 2000 heeft de Commissie de Italiaanse autoriteiten om inlichtingen verzocht over de procedure die was gevolgd voor het plaatsen van de in punt 4 vermelde opdrachten (hierna: „betrokken opdrachten”).
- 8 Bij brieven van 19 oktober 2000 en 26 maart 2001 hebben de Italiaanse autoriteiten hierop geantwoord dat de procedure die zij hadden gevolgd in overeenstemming was met de vereisten van artikel 7, lid 3, sub e, van de richtlijn, omdat de betrokken werken overeenkwamen met soortgelijke werken die de Magistrato per il Po di Parma aan de met de oorspronkelijke opdrachten belaste ondernemingen eerder reeds had opgedragen en omdat zij in overeenstemming waren met een basisproject waarvoor overeenkomstig de in artikel 7, lid 4, van de richtlijn bedoelde procedures reeds een eerste opdracht was geplaatst. Voorts was de mogelijkheid voor de opdrachtgever om de procedure van gunning via onderhandelingen toe te passen reeds bij het uitschrijven van de aanbesteding van de oorspronkelijke opdrachten vermeld en was het totale voor elke opdracht geraamde bedrag door de Magistrato per il Po di Parma in aanmerking genomen voor de toepassing van de communautaire voorschriften. Ten slotte was binnen drie jaar volgende op de oorspronkelijke opdracht van de procedure van gunning via onderhandelingen gebruikgemaakt.
- 9 Bij brief van 23 april 2001 heeft de Commissie de Italiaanse Republiek aangemaand haar opmerkingen in te dienen.

- 10 De Italiaanse autoriteiten hebben bij brieven van 8 juni en 17 december 2001 met name geantwoord dat de in artikel 7, lid 3, sub e, van de richtlijn bedoelde periode van drie jaren volgende op de oorspronkelijke opdracht ingaat op de datum van de oplevering van de werken waarop de oorspronkelijke opdracht betrekking heeft, omdat deze datum het einde van de overeenkomst aangeeft.
- 11 Daar zij met dit antwoord geen genoegen kon nemen heeft de Commissie op 21 december 2001 een met redenen omkleed advies uitgebracht waarin zij de Italiaanse Republiek verzocht binnen twee maanden na de ontvangst ervan de nodige maatregelen te nemen om eraan te voldoen. Aangezien de Italiaanse Republiek op dit advies niet heeft geantwoord, heeft de Commissie het onderhavige beroep ingesteld.

De conclusies

- 12 De Commissie concludeert dat het het Hof behage:
- vast te stellen dat de Italiaanse Republiek, doordat de Magistrato per il Po di Parma opdrachten betreffende de voltooiing van de bouw van een waterretentiebekken voor de bergrivier Parma te Marano (gemeente Parma), betreffende aanpassingen aan en de voltooiing van een waterretentiebekken voor de bergrivier Enza, en betreffende de hoogwaterdebietregeling van de bergrivier Terdoppio ten zuidwesten van Cerano, heeft geplaatst volgens de procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving, niet heeft voldaan aan de verplichtingen die op haar rusten krachtens de richtlijn, inzonderheid artikel 7, lid 3, daarvan;
 - de Italiaanse Republiek te verwijzen in de kosten.

- 13 De Italiaanse Republiek concludeert dat het Hof zich, onverminderd de strekking van artikel 7, lid 3, van de richtlijn uit het oogpunt van de mededinging, op het standpunt stelt dat er in verband met de uitlegging van deze bepaling op basis van de bewoordingen van het grootste gedeelte van de taalversies, sprake is van aan de Italiaanse versie van de bepaling te wijten verschoonbare dwaling door de Italiaanse regering.

De niet-nakoming

- 14 Vaststaat dat de betrokken opdrachten onder de richtlijn vallen en zijn toegekend volgens de procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving. Deze procedure is slechts toegestaan in de in artikel 7, lid 3, van de richtlijn limitatief genoemde gevallen. In haar verweerschrift voert de Italiaanse regering drie middelen aan ten betoge dat de betrokken opdrachten onder een van deze gevallen vallen.
- 15 De Italiaanse regering betoogt in de eerste plaats dat de Magistrato per il Po di Parma tussen 1981 en 1990 procedures heeft gestart voor de uitvoering van werken om de gebieden en zones die door hoogwater van de rivier de Po en zijn zijtakken worden bedreigd, tegen wateroverlast te beschermen, middels opdrachten betreffende het opstellen van het totaalproject en betreffende de gefaseerde uitvoering van de werken naar gelang van de beschikbare middelen. De opdrachten betreffende het opstellen van het totaalproject en betreffende de eerste fase van de werken waren toegekend na een procedure in overeenstemming met het gemeenschapsrecht. De desbetreffende aankondigingen van de opdracht bevatten een clause op grond waarvan de aanbestedende dienst de uitvoering van latere fasen van de werken aan dezelfde onderneming mocht gunnen.
- 16 Gelet op de complexe en delicate aard van de werken heeft de Hoge Raad voor Openbare Werken in een technisch advies gepreciseerd dat deze werken door één

bekwame aannemer moesten worden verricht en dat indien zij gefaseerd zouden worden uitgevoerd, de continuïteit ervan moest worden gewaarborgd. Middels de clausule in de aankondiging van de opdracht en in de overeenkomsten betreffende het opstellen van het project alsmede betreffende de eerste fase van de werken is uitvoering gegeven aan dit technische advies. Voor het plaatsen van de betrokken opdrachten is geopteerd voor de procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving, ter uitvoering van een contractuele verplichting.

- 17 Volgens de Italiaanse regering heeft de aanbestedende dienst willen voldoen aan technische vereisten betreffende de uitvoering van alle werken door één opdrachtnemer. De gefaseerde uitvoering van werken levert vaak problemen van verenigbaarheid in de uitvoering op en dus, in geval van vernietiging of beschadiging van de werken, moeilijkheden bij het vaststellen van de respectieve aansprakelijkheid voor de daaruit voortvloeiende schade.
- 18 Dit eerste verweermiddel moet aldus worden begrepen dat het aan artikel 7, lid 3, sub b, van de richtlijn is ontleend, aangezien deze bepaling toestaat dat voor werken waarvan de uitvoering om technische redenen slechts aan een bepaalde aannemer kan worden toevertrouwd, gebruik wordt gemaakt van de procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving.
- 19 De bepalingen van artikel 7, lid 3 van de richtlijn, krachtens welke mag worden afgeweken van de regels ter verzekering van de door het EG-Verdrag op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken erkende rechten, moeten strikt worden uitgelegd, en wie zich erop wil beroepen dient te bewijzen dat de uitzonderlijke omstandigheden die de afwijking rechtvaardigen, daadwerkelijk bestaan (zie in die zin arrest van 18 mei 1995, Commissie/Italië, C-57/94, Jurispr. blz. I-1249, punt 23, en 28 maart 1996, Commissie/Italië, C-318/94, Jurispr. blz. I-1949, punt 13).

- 20 Daaruit volgt dat de Italiaanse autoriteiten moeten bewijzen dat het om technische redenen noodzakelijk was de betrokken opdrachten aan de met de oorspronkelijke opdracht belaste aannemer te gunnen (zie in die zin arrest Commissie/Italië, reeds aangehaald, punt 24).
- 21 Het doel van het verzekeren van de continuïteit van de werken ter uitvoering van ingewikkelde projecten om een gebied voor wateroverlast te behoeden, is weliswaar een technische overweging waarvan het belang moet worden erkend, doch de loutere stelling dat een geheel van werken complex en delicaat is, volstaat niet om aan te tonen dat dit slechts aan één en dezelfde aannemer kan worden opgedragen, in het bijzonder wanneer de werken gefaseerd verlopen en de verwezenlijking ervan over vele jaren moet worden gespreid.
- 22 In casu heeft de Italiaanse regering zich ertoe beperkt in het algemeen te wijzen op de betekenis van een advies van de Hoge Raad voor Openbare Werken, zonder bijzonderheden te geven waaruit zou kunnen blijken dat het noodzakelijk was om een beroep te doen op één enkele aannemer.
- 23 Wat het door de Italiaanse regering aangevoerde argument betreft dat de gebruikmaking van de procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving, voor de betrokken opdrachten de uitvoering van een contractverplichting vormt, moet — gesteld dat dit relevant is — worden vastgesteld dat deze regering niet heeft aangetoond dat een dergelijke verplichting bestaat. Integendeel, volgens de aan het Hof voorgelegde gegevens was de Magistrato per il Po di Parma niet verplicht om latere fasen van de werken aan de opdrachtnemers van de eerste fasen te gunnen, maar had hij enkel de mogelijkheid om dat te doen.

- 24 Daaruit volgt dat het aan artikel 7, lid 3, sub b, van de richtlijn ontleende verweermiddel ongegrond is en moet worden afgewezen.
- 25 In de tweede plaats moesten volgens de Italiaanse regering de betrokken werken dringend worden voltooid om te voorkomen dat het gevaar van overstromingen groter wordt zolang zij niet af zijn.
- 26 Het tweede verweermiddel moet aldus worden begrepen dat het is ontleend aan artikel 7, lid 3, sub c, van de richtlijn, op grond waarvan gebruik kan worden gemaakt van de procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving, indien de termijnen voor de normale procedures wegens dwingende spoed, als gevolg van gebeurtenissen die door de betrokken aanbestedende diensten niet konden worden voorzien, niet kunnen worden nageleefd. De tweede volzin van deze bepaling preciseert dat de omstandigheden waarop ter rechtvaardiging van de dwingende spoed een beroep wordt gedaan, in geen geval aan de aanbestedende diensten te wijten mogen zijn.
- 27 In de onderhavige zaak waren de oorspronkelijke opdrachten voor werken ter voorkoming van overstromingen in de jaren tachtig gegund. Bovendien was van meet af aan bepaald dat de uitvoering van de werken gefaseerd zou geschieden naargelang er middelen beschikbaar waren.
- 28 Deze elementen wijzen niet op enige dwingende spoed. Zij zijn integendeel een uitvloeisel van de door de aanbestedende dienst opgezette organisatie.

- 29 Daaruit volgt dat het tweede verweermiddel, dat is gebaseerd op artikel 7, lid 3, sub c, van de richtlijn, ongegrond is en moet worden afgewezen.
- 30 In de derde plaats voert de Italiaanse regering artikel 7, lid 3, sub e, van de richtlijn aan dat, onder bepaalde voorwaarden, toestaat dat gebruik wordt gemaakt van de procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving, in geval van nieuwe werken, die overeenkomen met soortgelijke werken die door dezelfde aanbestedende diensten aan de met een eerste opdracht belaste aannemer werden toevertrouwd.
- 31 Ingevolge de laatste volzin van deze bepaling staat deze mogelijkheid slechts open gedurende een periode van drie jaar volgende op de oorspronkelijke opdracht. De Italiaanse regering betoogt dat deze periode ingaat vanaf de voltooiing van de oorspronkelijke opdracht en niet vanaf de gunning van die opdracht.
- 32 Subsidiair verzoekt de Italiaanse regering het Hof te aanvaarden dat er sprake is van verschoonbare dwaling die aan de bewoordingen van de Italiaanse versie van artikel 7, lid 3, van de richtlijn is te wijten.
- 33 In dit verband zij opgemerkt dat artikel 7, lid 3, sub e, van de richtlijn toestaat dat gebruik wordt gemaakt van de procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving voor nieuwe werken bestaande uit de herhaling van soortgelijke werken die door dezelfde aanbestedende diensten aan de met een eerste opdracht belaste aannemer werden toevertrouwd. De laatste volzin van deze bepaling preciseert niettemin dat van deze procedure slechts gebruik kan worden gemaakt „gedurende een periode van drie jaar volgende op de oorspronkelijke opdracht”.

- 34 In het licht van een vergelijking van de taalversies van deze bepaling moet de uitdrukking „oorspronkelijke opdracht” worden opgevat in de zin van het sluiten van de oorspronkelijke overeenkomst en niet in de zin van de voltooiing van de werken waarop de opdracht betrekking heeft.
- 35 In het bijzonder de Deense versie „indgåelsen af den oprindelige kontrakt”, de Engelse versie „the conclusion of the original contract”, de Spaanse versie „formalización del contrato inicial” en de Portugese versie „celebração do contrato inicial”, duiden ondubbelzinnig op de overeenkomst en kunnen niet aldus worden opgevat dat zij betrekking hebben op de werken die het voorwerp van de overeenkomst vormen.
- 36 Deze uitlegging wordt bevestigd door het doel van de betrokken bepaling en haar plaats in het systeem van de richtlijn.
- 37 Aangezien het enerzijds een uitzonderingsbepaling betreft, die strikt moet worden uitgelegd, moet eerder worden gekozen voor de uitlegging die de periode waarin de uitzondering geldt, beperkt dan voor die welke deze periode verlengt. Aan dit doel wordt voldaan door de uitlegging die als uitgangspunt neemt de datum van het sluiten van de oorspronkelijke overeenkomst en niet de — noodzakelijk latere — datum van de voltooiing van de werken die het voorwerp van de overeenkomst vormen.
- 38 Anderzijds vereist de rechtszekerheid, die in procedures voor de gunning van overheidsopdrachten wenselijk is, dat de aanvangsdatum van de betrokken periode met zekerheid en objectief kan worden bepaald. De datum van de sluiting van een overeenkomst is zeker, maar vele data kunnen in aanmerking komen als datum voor de beëindiging van de werken en telkens vragen doen rijzen. Bovendien staat de datum van het sluiten van de overeenkomst van meet af aan vast, terwijl de datum

van de beëindiging van de werken, ongeacht hoe die wordt vastgesteld, gedurende de gehele uitvoering van de opdracht door toevallige factoren of opzettelijk kan worden gewijzigd.

- 39 Daaruit volgt dat de periode van drie jaren van artikel 7, lid 3, sub e, laatste volzin, van de richtlijn in casu inging bij het sluiten van de oorspronkelijke overeenkomsten in 1982 en 1988. De betrokken opdrachten zijn in 1997 gegend, zodat de in deze bepaling opgenomen uitzondering niet van toepassing was.
- 40 Wat het verzoek van de Italiaanse regering betreft om te aanvaarden dat er sprake is van verschoonbare dwaling, zij in herinnering gebracht dat in het kader van de niet-nakomingsprocedure de exacte inhoud van de verplichtingen van de lidstaten, met name in geval van onenigheid over de uitlegging, kan worden bepaald en dat die procedure berust op de objectieve vaststelling van de niet-nakoming door een lidstaat van de krachtens het Verdrag of een handeling van afgeleid recht op hem rustende verplichtingen (zie in die zin arrest van 18 januari 2001, Commissie/Spanje, C-83/99, Jurispr. blz. I-445, punt 23). Een lidstaat kan zich dus niet op het begrip verschoonbare dwaling beroepen ter rechtvaardiging van een niet-nakoming van de krachtens de richtlijn op hem rustende verplichtingen.
- 41 Daaruit volgt dat het derde verweermiddel, dat is gebaseerd op artikel 7, lid 3, sub e, van de richtlijn ongegrond moet worden verklaard.
- 42 Gelet op een en ander, dient te worden vastgesteld dat de Italiaanse Republiek niet heeft voldaan aan de krachtens de richtlijn op haar rustende verplichtingen, doordat de Magistrato per il Po di Parma, opdrachten betreffende de voltooiing van de bouw van een waterretentiebekken voor de bergrivier Parma te Marano (gemeente

Parma), betreffende aanpassingen aan en de voltooiing van een waterretentiebekken voor de bergrivier Enza en betreffende de hoogwaterdebietregeling van de bergrivier Terdoppio 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.

Kosten

- ⁴³ 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. Aangezien de Italiaanse Republiek in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van de Commissie in de kosten worden verwezen.

Het Hof van Justitie (Tweede kamer) verklaart:

- 1) Doordat de Magistrato per il Po di Parma, het gedecentraliseerde orgaan van het ministerie van Openbare Werken (thans: ministerie van Infrastructuurvoorzieningen en van Vervoer), opdrachten betreffende de voltooiing van de bouw van een waterretentiebekken voor de bergrivier Parma te Marano (gemeente Parma), betreffende aanpassingen aan en de voltooiing van een waterretentiebekken voor de bergrivier Enza en betreffende de hoogwaterdebietregeling van de bergrivier Terdoppio 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, heeft de Italiaanse Republiek niet 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.

2) De Italiaanse Republiek wordt verwezen in de kosten.

Ondertekeningen