ARREST VAN HET HOF
12 januari 1994 *

In zaak C-296/92,

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door A. Aresu en R. Pellicer, leden van haar juridische dienst, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij N. Annecchino, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verzoekster,

tegen

Italiaanse Republiek, vertegenwoordigd door L. Ferrari Bravo, hoofd van de dienst Diplomatieke geschillen van het Ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigde, bijgestaan door P. G. Ferri, avvocato dello Stato, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ter Italiaanse ambassade, Rue Marie-Adélaïde 5,

verweerster,

betreffende een verzoek aan het Hof om vast te stellen, dat de Italiaanse Republiek 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 werken (PB 1971, L 185, blz. 5), doordat zij, zonder in te grijpen ten einde de met het gemeenschapsrecht strijdige rechtsgevolgen daarvan onmiddellijk te voorkomen, heeft geaccepteerd dat het provinciaal bestuur van Ascoli Piceno de elfde en de

* Procestaal: Italiaans.

twaalfde aanvullende studie voor de voltooiing van het tracé van de autosnelweg „Ascoli-Mare" (kavel IV — project 5134) ondershands aanbesteedde en geen bericht van openbare inschrijving publiceerde in het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen,*

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: G. F. Mancini, president van de Tweede en de Zesde kamer, waarnemend voor de president, J. C. Moitinho de Almeida en D. A. O. Edward, kamerpresidenten, R. Joliet, F. A. Schockweiler (rapporteur), G. C. Rodríguez Iglesias, F. Grévisse, M. Zuleeg en J. L. Murray, rechters,

advocaat-generaal: C. Gulmann
griffier: L. Hewlett, administrateur

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de pleidooien van partijen ter terechtzitting van 29 september 1993,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 18 november 1993,

het navolgende

Arrest

1 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 6 juli 1992, heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen het Hof krachtens artikel 169 EEG-

Verdrag verzocht vast te stellen, dat de Italiaanse Republiek 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 werken (PB 1971, L 185, blz. 5), doordat zij, zonder in te grijpen ten einde de met het gemeenschapsrecht strijdige rechtsgevolgen daarvan onmiddellijk te voorkomen, heeft geaccepteerd dat het provinciaal bestuur van Ascoli Piceno de elfde en twaalfde aanvullende studie voor de voltooiing van het tracé van de autosnelweg „Ascoli-Mare" (kavel IV — project 5134) ondershands aanbesteedde en geen bericht van openbare inschrijving publiceerde in het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen.*

2 In het begin van de jaren '70 verrichtte het provinciaal bestuur van Ascoli Piceno diverse aanbestedingen van werken in verband met de aanleg van een autosnelweg die de stad Ascoli Piceno moest verbinden met autosnelweg A 14 en autoweg nr. 16, die langs de Adriatische Zee loopt. Deze werken waren in vier kavels verdeeld.

3 Kavel IV werd gegund aan de onderneming Rozzi Costantino. Voor de werken betreffende deze kavel werden vervolgens twaalf aanvullende studies verricht, die tot een aanzienlijke verlenging van het oorspronkelijke tracé leidden. De uitvoering van de werken waarin deze studies voorzagen, werd eveneens aan de onderneming Rozzi Costantino opgedragen. Voor de werken overeenkomstig de elfde en de twaalfde studie ging het provinciaal bestuur van Ascoli Piceno op 21 mei 1990 over tot ondershandse aanbesteding aan deze onderneming voor een totaal bedrag van 36 250 000 000 LIT.

4 Van mening, dat de aanbesteding van de werken in verband met deze twee studies onder de werkingssfeer van richtlijn 71/305 viel en niet viel onder een van de in artikel 9 bedoelde gevallen, en dat derhalve overeenkomstig de richtlijn een bericht van openbare inschrijving had moeten worden gepubliceerd in het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen,* nodigde de Commissie de Italiaanse regering bij brief van 17 januari 1991 overeenkomstig artikel 169 EEG-Verdrag uit, binnen 30 dagen haar opmerkingen over de haar verweten niet-nakoming te maken.

5 Toen de Italiaanse regering niet binnen de gestelde termijn antwoordde, herhaalde de Commissie haar standpunt in het met redenen omkleed advies dat zij op 1 augustus 1991 tot de Italiaanse Republiek richtte en waarin zij concludeerde, dat „waar het provinciaal bestuur van Ascoli Piceno de bouw van een gedeelte van de autosnelweg ‚Ascoli-Mare' (kavel IV) ondershands heeft aanbesteed en geen bericht van openbare inschrijving in het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* heeft gepubliceerd, de Italiaanse Republiek de krachtens richtlijn 71/305/EEG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen". De Commissie verzocht de Italiaanse Republiek, dit met redenen omkleed advies binnen twee maanden op te volgen.

6 Bij brief van 30 december 1991 deed de Italiaanse regering de Commissie een notitie toekomen, gedateerd 31 oktober 1991, waarin het provinciaal bestuur van Ascoli Piceno enige toelichtingen verschafte over de betrokken aanbesteding en zich, ter rechtvaardiging van de gunning van het werk aan de onderneming Rozzi Costantino, beriep op artikel 5, sub b, van wet nr. 584 van 8 augustus 1977, waarbij artikel 9, sub b, van richtlijn 71/305 in Italiaans recht is omgezet.

7 Van mening, dat deze mededeling als antwoord op het met redenen omkleed advies te laat kwam en niet bevredigend was, heeft de Commissie het onderhavige beroep ingesteld, dat, gelijk in rechtsoverweging 1 is uiteengezet, strekt tot vaststelling door het Hof, dat de Italiaanse Republiek, door zich neer te leggen bij de ondershandse aanbesteding door het provinciaal bestuur van Ascoli Piceno, de krachtens richtlijn 71/305 op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.

8 In haar verweerschrift stelt de Italiaanse regering enkel, dat de verplichting van de Lid-Staat om toe te zien op de toepassing van richtlijn 71/305, een andere is dan de verplichting om die richtlijn toe te passen, welke op de aanbestedende diensten rust. Slechts indien een aanbestedende dienst de richtlijn zodanig duidelijk en klaarblijkelijk heeft geschonden, dat het niet-ingrijpen door de Lid-Staat niet te rechtvaardigen is, kan worden vastgesteld dat een Lid-Staat zijn verplichting tot toezicht niet is nagekomen.

9 In dupliek heeft de Italiaanse regering stukken overgelegd die wat de betrokken aanbesteding betreft, moeten bewijzen dat er „technische redenen" in de zin van artikel 9, sub b, van richtlijn 71/305 bestonden, die rechtvaardigden dat de in geding zijnde werken aan een bepaalde ondernemer werden opgedragen, en dat er daarom voor de ondershandse procedure is gekozen. Voorts betoogt zij, dat zij zich reeds in de precontentieuze fase op artikel 9, sub b, van richtlijn 71/305 heeft beroepen en dat zij in haar verweerschrift die „technische redenen" niet heeft aangevoerd, omdat het verwijt dat de Commissie de Italiaanse Republiek in haar verzoekschrift maakt, geen betrekking heeft op de beweerdelijk met richtlijn 71/305 strijdige gedragingen van het provinciaal bestuur van Ascoli Piceno, maar op het feit dat de Italiaanse regering niet heeft ingegrepen om die gedraging te verhinderen of de gevolgen ervan ongedaan te maken.

10 In haar schriftelijke opmerkingen over de dupliek, die zij met verlof van het Hof heeft ingediend, stelt de Commissie primair, dat de door de Italiaanse regering overgelegde technische stukken „nieuwe middelen" zijn, die ingevolge artikel 42, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering niet in de loop van het geding mogen worden voorgedragen, en subsidiair, dat de aan die stukken ontleende technische argumenten volkomen ongegrond zijn.

11 Allereerst zij herinnerd aan de vaste rechtspraak van het Hof (zie met name arrest van 11 mei 1989, zaak 76/86, Commissie/Duitsland, Jurispr. 1989, blz. 1021, r.o. 8), dat het onderwerp van een beroep krachtens artikel 169 EEG-Verdrag wordt afgebakend door de in dit artikel bedoelde precontentieuze fase. Mitsdien kan het beroep niet op andere grieven worden gebaseerd dan die welke in het met redenen omkleed advies zijn genoemd (zie arrest van 17 november 1992, zaak C-157/91, Commissie/Nederland, Jurispr. 1992, blz. I-5899, r.o. 17).

12 Vervolgens moet worden vastgesteld, dat de Commissie in haar met redenen omkleed advies de Italiaanse Republiek heeft verweten, dat zij de krachtens richtlijn 71/305 op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen doordat het provinciaal bestuur van Ascoli Piceno de in geding zijnde werken ondershands heeft aanbesteed en geen bericht van aanbesteding heeft geplaatst in het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen.* In haar verzoekschrift daarentegen verzoekt de Commissie het Hof, vast te stellen dat de Italiaanse Republiek de op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen door te accepteren dat het provinciaal bestuur

van Ascoli Piceno aldus te werk ging, zonder in te grijpen ten einde de gevolgen daarvan ongedaan te maken.

13 Weliswaar is elke Lid-Staat ten opzichte van de Gemeenschap aansprakelijk voor elke niet-nakoming van het gemeenschapsrecht door een van zijn territoriale lichamen, maar er moet op worden gewezen, dat het onderhavige beroep niet de vaststelling van een dergelijke niet-nakoming beoogt, en dat het verzoekschrift in elk geval gebaseerd is op een andere grief dan die welke is geformuleerd in het met redenen omkleed advies, welke discrepantie aanleiding heeft gegeven tot het in de rechtsoverwegingen 9 en 10 van dit arrest weergegeven geschil over de door de Italiaanse regering voorgedragen verweermiddelen.

14 Mitsdien moet het beroep van de Commissie niet-ontvankelijk worden verklaard.

Kosten

15 Ingevolge artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, dient zij in de kosten te worden verwezen.

HET HOF VAN JUSTITIE,

rechtdoende:

1) Verklaart het beroep niet-ontvankelijk.

2) Verwijst de Commissie in de kosten van de procedure.

Mancini Moitinho de Almeida Edward

Joliet Schockweiler Rodríguez Iglesias

Grévisse Zuleeg Murray

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 12 januari 1994.

De griffier

J.-G. Giraud

De waarnemend president

G. F. Mancini

president van de Tweede en Zesde kamer