CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL C. GULMANN

van 18 november 1993 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. De Commissie heeft het onderhavige beroep ingesteld om te doen vaststellen, dat de Italiaanse Republiek de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens richtlijn 71/305/EEG van de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken. [1] Deze niet-nakoming bestaat volgens de Commissie hierin, dat Italië, „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 zonder openbare aanbesteding en zonder een bericht van openbare inschrijving te publiceren in het Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, een contract voor de aanleg van een gedeelte van een autosnelweg had gegund.

2. Bedoeld gedeelte was onderdeel van de autosnelweg „Ascoli-Mare", die de stad Ascoli Piceno, die de hoofdstad is van de gelijknamige provincie en die ongeveer 25 km landinwaarts van de Adriatische Zee ligt, moest verbinden met enerzijds autosnelweg A 14 en autoweg nr. 16, die langs de kust loopt, en anderzijds de kustplaats San Benedetto del Tronto.

De eerste stukken van deze autosnelweg, de kavels I-III en het eerste gedeelte van kavel IV, zijn het voorwerp van een beperkte aanbesteding geweest en werden voltooid in het begin van de jaren '70. Het werk voor kavel IV werd gegund aan de onderneming Rozzi Costantino. Kavel IV, die onder meer de verbinding met autosnelweg A 14 en autoweg nr. 16 betrof, werd in de daaropvolgende jaren uitgebreid met zogeheten aanvullende studies, die onder meer een verlenging van het oorspronkelijke tracé inhielden.

3. De onderhavige zaak betreft de zogeheten elfde en twaalfde aanvullende studie, die in de laatste fase te zamen als één studie werden behandeld. Deze hield een verlenging van het autosnelwegtracé in. Het doel was, de fysieke belemmeringen, veroorzaakt door autoweg nr. 16 en de spoorlijn Bologna-Lecce, uit te schakelen en daarmee een gemakkelijke verbinding te creëren tussen de haven van San Benedetto enerzijds en de grote verkeersaders en het industriegebied van Ascoli Piceno anderzijds. De aanleg omvatte onder meer de bouw van een viaduct over de spoorlijn Bologna-Lecce. Dit weggedeelte was enkele kilometers lang en moest het in de tiende aanvullende studie beoogde snelweggedeelte verbinden met een weg die terzelfder tijd door de gemeente Ascoli Piceno werd aangelegd richting San Benedetto.

* Oorspronkelijke taal: Deens.

1 — Richtlijn van 26 juli 1971, PB 1971, L 185, blz. 5.

4. Vaststaat, dat de uitvoering van de eerste tien aanvullende studies voor kavel IV aan dezelfde onderneming was gegund als die de oorspronkelijke kavel IV had uitgevoerd, namelijk de onderneming Rozzi Costantino.

De elfde en de twaalfde aanvullende studie waren goedgekeurd door de Agenzia per la promozione dello sviluppo del Mezzogiorno, die vervolgens de verantwoordelijkheid voor de uitvoering van de studie overdroeg aan het provinciaal bestuur van Ascoli Piceno. Dit ging, zonder een bericht van openbare inschrijving te publiceren in het Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, op 21 mei 1990 over tot onderhandse aanbesteding van de uitvoering van de studie aan de onderneming Rozzi Costantino voor een bedrag van ongeveer 36 miljard LIT.

Voorts heeft de Italiaanse regering meegedeeld, dat de aanleg van het in geding zijnde weggedeelte richting San Benedetto, waarover zoals gezegd door de gemeente Ascoli Piceno en niet door het provinciaal bestuur was beslist, eveneens aan de onderneming Rozzi Costantino was gegund.

5. De Commissie, opmerkzaam gemaakt op de omstandigheden rond de aanleg van de autosnelweg Ascoli-Mare, besloot tegen Italië een procedure ex artikel 169 in te leiden, doch enkel met betrekking tot de elfde en de twaalfde aanvullende studie. De aanmaningsbrief werd op 17 januari 1991 aan de Italiaanse regering gezonden.

6. Tussen partijen is niet weersproken, dat de betrokken studie onder richtlijn 71/305 valt.

Voorts zijn partijen het erover eens, dat de in verband met de sluiting van de overeenkomst gekozen procedure objectief gezien een schending van de richtlijn inhoudt, tenzij de bijzondere uitzonderingsbepaling van artikel 9, sub b, van de richtlijn van toepassing is, dat wil zeggen tenzij de studie betrekking heeft op „werken waarvan de uitvoering om technische redenen (...) slechts aan een bepaalde ondernemer kan worden toevertrouwd".

7. Het zou in deze zaak relatief eenvoudig zijn een standpunt in te nemen, indien het enkel ging om de vraag, of aan de voorwaarden van artikel 9, sub b, was voldaan.

De Italiaanse regering stelt evenwel, dat de Commissie haar conclusie aldus heeft geformuleerd, dat de Italiaanse Republiek moet worden veroordeeld niet wegens de met de richtlijn strijdige gedraging van het provinciaal bestuur, maar omdat zij niet heeft ingegrepen om deze gedraging te beletten, en daarmee haar verplichting tot toezicht niet is nagekomen.

De Italiaanse regering betwist, dat zij niet heeft voldaan aan haar verplichting tot toezicht, en hierop baseert zij primair haar conclusie tot verwerping van het beroep. Slechts subsidiair stelt zij, dat aan de voorwaarden van artikel 9, sub b, was voldaan.

8. Allereerst moet worden opgemerkt, dat de formulering van de conclusie van de Commissie in deze zaak aanleiding heeft gegeven tot bepaalde procedurele problemen.

De Italiaanse regering heeft in haar verweerschrift vooral willen aantonen, dat zij haar verplichting tot toezicht niet heeft geschonden. Zij vermeldt weliswaar, dat de nietnakoming van de verplichtingen op grond van de richtlijn kon worden gebaseerd op artikel 9, sub b, maar uit haar betoog betreffende deze bepaling blijkt, dat zij deze bepaling vooral meende te kunnen gebruiken om aan te tonen, dat in de onderhavige situatie verre van duidelijk was dat de richtlijn was geschonden. Zij is er niet gedetailleerd op ingegaan, in hoeverre aan de voorwaarden van artikel 9, sub b, was voldaan.

In repliek heeft de Commissie enerzijds met name benadrukt, dat volgens vaste rechtspraak van het Hof de Lid-Staten op objectieve gronden kunnen worden veroordeeld wegens met de richtlijn strijdige gedragingen van landelijke, regionale en plaatselijke organen, en anderzijds, dat de Italiaanse Republiek niet alleen de met de richtlijn strijdige gedraging van het provinciaal bestuur heeft geaccepteerd, maar ook later niet heeft ingegrepen om de onwettige rechtsgevolgen daarvan te voorkomen.

Eerst in dupliek heeft de Italiaanse regering een betoog ten gronde gehouden over de vraag, in hoeverre aan het bepaalde in artikel 9, sub b, was voldaan, door in dit verband werktekeningen en dergelijke over te leggen.

9. De Commissie heeft het Hof verzocht, een nieuwe memorie te mogen indienen om commentaar te leveren op de overgelegde werktekeningen en dergelijke. Deze toestemming werd verleend en de Commissie heeft een memorie ingediend, met als bijlage een onderzoeksrapport van een deskundige, waarin werd bestreden dat aan de voorwaarden van artikel 9, sub b, was voldaan.

Voorts stelde de Commissie in haar memorie, dat de overgelegde werktekeningen en dergelijke waren te beschouwen als nieuwe middelen, die ingevolge artikel 42 van het Reglement voor de procesvoering niet mochten worden aangevoerd.

10. Het Hof mag mijns inziens de argumenten en inlichtingen die de Italiaanse regering in dupliek over de toepasselijkheid van artikel 9, sub b, heeft verschaft, niet op grondslag van artikel 42 van het Reglement voor de procesvoering buiten beschouwing laten.

De Italiaanse regering heeft zich zowel in haar antwoord op de brief van de Commissie in de administratieve procedure als in haar verweerschrift beroepen op artikel 9, sub b.

Het is weliswaar in beginsel bedenkelijk, dat een betoog ten gronde over de toepasselijkheid van artikel 9, sub b, eerst in dupliek wordt voorgedragen, maar dit vindt in elk geval voor een deel zijn oorzaak in de inhoud van de conclusie van de Commissie. Bovendien heeft de Commissie ten volle de gelegenheid gekregen om haar opmerkingen te maken naar aanleiding van de in dupliek naar voren gebrachte nieuwe argumenten en inlichtingen, zodat de procedurele rechten van de Commissie in wezen niet zijn aangetast.

11. Ik zal hierna om te beginnen de vraag bespreken, of het provinciaal bestuur op grond van artikel 9, sub b, van de richtlijn tot onderhandse aanbesteding van het werk over mocht gaan en bekendmaking van een aanbesteding in het Publikatieblad achterwege mocht laten.

Voor een eventuele veroordeling van de Italiaanse Republiek is primair vereist, dat het provinciaal bestuur in strijd met de richtlijn heeft gehandeld.

12. De vraag is, of er bij de aanleg van het betrokken weggedeelte, en met name van het viaduct over de spoorlijn, sprake was van „werken waarvan de uitvoering om technische redenen (...) slechts aan een bepaalde ondernemer kan worden toevertrouwd", dat wil zeggen in casu de ondernemer belast met de aanleg van het snelweggedeelte (waarop de tiende aanvullende studie betrekking had) waarvan de verlenging het voorwerp was van de in geding zijnde studie.

13. De Italiaanse regering heeft in dit verband gesteld, dat blijkens de overgelegde werktekeningen in casu sprake was van dergelijke „technische redenen", en voorts dat het onmogelijk was

— de in de tiende aanvullende studie bedoelde werkzaamheden af te ronden voordat de in de omstreden studie bedoelde structuren waren aangelegd,

— op twee verschillende plaatsen tegelijk te beginnen, omdat het terrein ter plaatse heel weinig ruimte bood, en

— de lopende werken en de in geding zijnde werken elk afzonderlijk uit te voeren, omdat de funderingen structureel nauw met elkaar verbonden waren.

14. De Commissie betwist, dat deze omstandigheden op zichzelf technische redenen kunnen zijn die tot gevolg hebben, dat het werk slechts kan worden toevertrouwd aan de ondernemer belast met het weggedeelte dat het voorwerp was van de tiende aanvullende studie.

15. Uit het advies dat de Commissie heeft ingewonnen bij een deskundige — een Franse ingenieur —, blijkt dat het weliswaar, gezien de door de Italiaanse regering naar voren gebrachte overwegingen, noodzakelijk was de in geding zijnde werken in tijd en ruimte te coördineren met de lopende werken, maar dat een dergelijke coördinatie ook thans noodzakelijk was geweest, ook al waren de werken opgedragen aan een en dezelfde ondernemer, zodat er geen sprake was van „technische redenen" waarop de keuze van de Italiaanse autoriteiten in dit geval kon worden gebaseerd.

16. Mijns inziens heeft de Italiaanse regering niet voldaan aan de bewijsplicht die volgens vaste rechtspraak van het Hof [2] op haar rust, wil de uitzonderingsbepaling toepassing kunnen vinden.

Het betoog van de Italiaanse regering was betrekkelijk abstract. Zij heeft niet op overtuigende wijze — ook niet door de overlegging van de werktekeningen — de gestelde

2 — Arrest van 10 maart 1987, zaak 199/85, Commissie/Italië, Jurispr. 1987, blz. 1039.

ernstige moeilijkheden aangetoond die zich zouden voordoen indien de aanleg van het omstreden weggedeelte was opgedragen aan een andere ondernemer dan die belast was met de aanleg van het gedeelte bedoeld in de tiende aanvullende studie. Het bestaan van dergelijke ernstige moeilijkheden valt ook moeilijk te aan te nemen, wanneer men ziet naar wat in het door de Commissie ingewonnen advies is uiteengezet.

Mijns inziens mag men er ook niet geheel aan voorbijgaan, dat de Italiaanse regering in haar verweerschrift zelf zekere twijfels heeft geuit over de vraag, in hoeverre aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 9, sub b, was voldaan.

17. Ik ben dan ook van mening, dat ervan mag worden uitgegaan, dat het provinciaal bestuur van Ascoli Piceno in de zin als door de Commissie gesteld, in strijd heeft gehandeld met richtlijn 71/305.

18. De vraag is evenwel, of de Italiaanse Republiek wegens deze gedraging kan worden veroordeeld, gezien het feit dat haar luidens de conclusie wordt verweten in strijd met de richtlijn te hebben gehandeld door de met de richtlijn strijdige gedraging van het provinciaal bestuur te accepteren „zonder in te grijpen ten einde de met het gemeenschapsrecht strijdige rechtsgevolgen daarvan onmiddellijk te voorkomen".

19. Het is mij niet geheel duidelijk, waarom de Commissie haar conclusie aldus heeft geformuleerd. Deze formulering is te meer verrassend omdat volgens vaste rechtspraak van het Hof een Lid-Staat op objectieve gronden wegens schending van de richtlijn kan worden veroordeeld, ongeacht welk orgaan — op centraal, regionaal of plaatselijk niveau — de bepalingen van de richtlijn niet in acht heeft genomen. [3]

20. Het Hof kan uiteraard onderzoeken of het opportuun is te verklaren, dat er een algemene verplichting bestaat voor de individuele Lid-Staat als zodanig om in alle gevallen erop toe te zien, dat de organen op centraal, regionaal of plaatselijk niveau bij de openbare aanbesteding van werken de richtlijn in acht nemen, en dat een niet-nakoming kan worden vastgesteld telkens wanneer objectief kan worden geconstateerd dat niet aan de verplichting tot toezicht is voldaan doordat in strijd met de richtlijn is gehandeld.

Dit zou evenwel leiden tot een rechtssituatie die overeenkomt met die waarin de Commissie het Hof enkel verzoekt vast te stellen, dat de staat zijn verplichtingen krachtens het gemeenschapsrecht niet is nagekomen doordat een van zijn organen in strijd met de richtlijn heeft gehandeld.

Dan zou het van geen belang zijn, welke formulering de Commissie voor haar conclusies kiest.

3 — Zie onder meer arrest van het Hof van 5 mei 1970 (zaak 77/69, Commissie/België, Jurispr. 1970, blz. 237), alsook het in de vorige noot genoemde arrest, waarin de Italiaanse Republiek aansprakelijk werd gehouden voor de schending van richtlijn 71/305 door een lokaal bestuursorgaan.

21. Afgezien daarvan, dat conclusies uiteraard moeten worden verstaan overeenkomstig de formulering ervan, blijkt uit de procedurele problemen die in de onderhavige zaak zijn gerezen, hoe belangrijk het is dat het Hof eisen stelt aan de nauwkeurigheid van de conclusies van de Commissie.

22. Mijns inziens, en mede gelet op de memories en de mondelinge behandeling, moet de conclusie van de Commissie aldus worden verstaan, dat de Italiaanse Republiek niet moet worden veroordeeld wegens het feit dat het provinciaal bestuur in strijd met de richtlijn heeft gehandeld, maar omdat de Italiaanse Republiek dit heeft geaccepteerd en niet heeft ingegrepen.

In deze zaak is de vraag, welke instanties de gedraging van het provinciaal bestuur zouden hebben geaccepteerd en zouden hebben nagelaten in te grijpen, niet aan de orde gesteld. Deze vraag behoeft echter niet nader te worden onderzocht. De conclusie van de Commissie onderstelt noodzakelijkerwijs, dat er instanties bestaan die een dergelijke toezichthoudende taak hebben en die uit de aard der zaak instanties van de centrale overheid zijn.

23. Voor een arrest houdende veroordeling is dus noodzakelijk, dat als vaststaand wordt aangenomen, dat er instanties bestaan die de gedraging van het provinciaal bestuur hebben geaccepteerd en hebben nagelaten in te grijpen.

De Commissie dient aannemelijk te maken, dat dit in casu het geval is geweest.

De Italiaanse regering betwist, zoals gezegd, dat de centrale instanties de gedraging hebben geaccepteerd en dat zij in de praktijk de mogelijkheid hadden in te grijpen. Zij wijst erop, dat zij door de Commissie eerst in januari 1991, dat wil zeggen acht maanden na de gunning aan de betrokken ondernemer, op deze gedraging opmerkzaam werd gemaakt en dat zij volgens de Italiaanse wetgeving niet de mogelijkheid had effectief in te grijpen.

24. Om deze redenen meen ik het Hof in overweging te moeten geven, het beroep tegen de Italiaanse Republiek te verwerpen.

De Commissie heeft niet aannemelijk gemaakt, dat de Italiaanse regering of andere centrale instanties de handelwijze van het provinciaal bestuur uitdrukkelijk of stilzwijgend hebben geaccepteerd, en zij heeft niet voldoende aannemelijk gemaakt, dat de Italiaanse regering of de andere centrale instanties daadwerkelijk de mogelijkheid hadden achteraf corrigerend in te grijpen.

Conclusie

25. Mitsdien geef ik het Hof in overweging, het beroep te verwerpen en de Commissie in de kosten te verwijzen.