ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)
28 maart 1996 *

In zaak C-318/94,

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur H. van Lier en, aanvankelijk, door A. Bardenhewer, vervolgens door C. Schmidt, leden van haar juridische dienst, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij C. Gómez de la Cruz, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verzoekster,

tegen

Bondsrepubliek Duitsland, vertegenwoordigd door E. Röder, Ministerialrat bij het Bondsministerie van Economisch zaken, en G. Thiele, Assessor bij dat ministerie, als gemachtigden,

verweerster,

betreffende een verzoek aan het Hof om 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 werken (PB 1971, L 185, blz. 5), zoals gewijzigd bij richtlijn 89/440/EEG van de Raad van 18 juli 1989 (PB 1989, L 210, blz. 1), doordat het Wasser- und Schiffahrtsamt 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*,

wijst

* Procestaal: Duits.

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: D. A. O. Edward, kamerpresident, J. C. Moitinho de Almeida, P. Jann (rapporteur), L. Sévon en M. Wathelet, rechters,

advocaat-generaal: M. B. Elmer
griffier: R. Grass

gezien het rapport van de rechter-rapporteur,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 8 februari 1996,

het navolgende

Arrest

1 Bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het Hof op 6 december 1994, heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen 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 werken (PB 1971, L 185, blz. 5), zoals gewijzigd bij richtlijn 89/440/EEG van de Raad van 18 juli 1989 (PB 1989, L 210, blz. 1; hierna: „richtlijn"), doordat het Wasser- und Schiffahrtsamt 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 In september 1989 werd op verzoek van de stad Papenburg een plan gemaakt voor het uitdiepen van de Beneden-Eems, teneinde de doorvaart van schepen van de zogeheten Panamaklasse, met een diepgang van 6,80 m, mogelijk te maken. Die uitdieping was voor de streek van groot economisch belang. Bovendien nam de Meyer-werf, de grootste werkgever in de regio, in 1990 de verplichting op zich, uiterlijk op 18 februari 1992 een schip van die klasse te leveren. Bij overschrijding van die termijn zou een boete van 80 000 USD per dag verschuldigd zijn. Het schip zou alleen na voltooiing van de geplande werken op genoemde datum kunnen worden geleverd.

3 Ingevolge de Duitse wettelijke regeling moesten de plannen voor het project inzake het uitdiepen van de Beneden-Eems een goedkeuringsprocedure doorlopen, in het kader waarvan in het bijzonder het bestuur van het district Weser-Ems zijn toestemming moest verlenen. Eind mei 1991, toen de procedure zou worden afgesloten, liet het districtsbestuur Weser-Ems, dat eerder geen bezwaren naar voren had gebracht, weten, dat het om ecologische redenen niet met de plannen instemde. Derhalve werd besloten, de goedkeuringsprocedure enkel voort te zetten met betrekking tot de plannen voor dat onderdeel van het project dat erin bestond, de rivier voorlopig uit te diepen om de doorvaart van het door de Meyer-werf gebouwde schip mogelijk te maken. Die plannen werden op 15 augustus 1991 definitief goedgekeurd.

4 Het Wasser- und Schiffahrtsamt Emden, dat voornemens was de werken volgens de openbare procedure aan te besteden, verzond echter reeds op 15 april 1991 een

aankondiging met informatie over de voorgenomen werken, die in het supplement van het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* van 20 april 1991 werd bekendgemaakt.

5 Gelet op de vertraging die zich bij de goedkeuring van de plannen had voorgedaan, besloot het Wasser- und Schiffahrtsamt Emden af te zien van de openbare procedure en de opdracht te plaatsen volgens een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving. Op 15 augustus 1991 werd de opdracht volgens deze laatste procedure geplaatst.

6 Bij aanmaningsbrief van 12 november 1991 leidde de Commissie overeenkomstig artikel 169 van het Verdrag tegen de Bondsrepubliek Duitsland een niet-nakomingsprocedure in wegens schending van de bij de plaatsing van opdrachten te volgen procedurevoorschriften. Zij beklemtoonde, dat de keuze voor de onderhandelingsprocedure in casu niet werd gerechtvaardigd door artikel 5, lid 3, sub c, van de richtlijn. In een mededeling van 6 maart 1992 betwistte de Bondsregering dit.

7 In het met redenen omkleed advies van 27 april 1993 herhaalde de Commissie haar standpunt en verzocht zij de Bondsregering, binnen twee maanden na de kennisgeving van het advies de maatregelen te nemen die nodig waren om eraan te voldoen, en in het bijzonder de uitvoering van de betrokken opdracht alsmede van elke andere opdracht die op dezelfde wijze volgens een onderhandelingsprocedure was gegund, op te schorten.

8 In haar antwoord van 28 september 1993 verklaarde de Bondsregering, dat de werken hoe dan ook op 18 februari 1992, de datum van levering van het schip, voltooid moesten zijn, zodat er uiterlijk medio augustus 1991 mee moest worden

begonnen. Wegens de problemen die in de procedure tot goedkeuring van de plannen waren gerezen, was een openbare procedure, die minstens 72 dagen zou hebben geduurd, uitgesloten.

9 Daar de Commissie met dit antwoord geen genoegen nam, heeft zij het onderhavige beroep ingesteld.

10 Onderzocht moet worden, of de Bondsrepubliek Duitsland op grond van artikel 5, lid 3, sub c, van de richtlijn de betrokken opdracht kon plaatsen volgens een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving. Genoemde bepaling luidt:

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

(...)

c) 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 (...)"

11 Vóór de wijziging ervan bij richtlijn 89/440 bepaalde richtlijn 71/305 in artikel 9:

„De aanbestedende diensten kunnen hun opdrachten voor de uitvoering van werken plaatsen zonder de bepalingen van deze richtlijn toe te passen, met uitzondering van die van artikel 10, in de volgende gevallen:

(...)

d) in strikt noodzakelijke gevallen waarin de bij de uitvoering van een werk te betrachten dringende spoed, voortvloeiende uit voor de aanbestedende diensten onvoorziene gebeurtenissen, onverenigbaar is met de inachtneming van de termijnen behorende bij andere procedures (...)"

12 Voor zover de bewoordingen van artikel 5, lid 3, sub c, van de richtlijn overeenkomen met die van het oude artikel 9, sub d, moeten zij op dezelfde wijze worden uitgelegd.

13 Dienaangaande heeft het Hof overwogen, 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 (arrest van 18 mei 1995, zaak C-57/94, Commissie/Italië, Jurispr. 1995, blz. I-1249, r. o. 23).

14 Het Hof heeft ook verklaard, dat voor de toepassing van de in artikel 9, sub d, van richtlijn 71/305 voorziene afwijking, te weten ontheffing van de verplichting om een uitnodiging tot inschrijving bekend te maken, aan drie voorwaarden moet zijn voldaan. Die afwijking onderstelt namelijk het bestaan van een onvoorziene

gebeurtenis, van dwingende spoed die onverenigbaar is met de inachtneming van de bij andere procedures behorende termijnen, en, ten slotte, van een oorzakelijk verband tussen de onvoorziene gebeurtenis en de daaruit voortvloeiende dwingende spoed (arrest van 2 augustus 1993, zaak C-107/92, Commissie/Italië, Jurispr. 1993, blz. I-4655, r. o. 12). Indien aan één van deze voorwaarden niet is voldaan, is het volgen van de onderhandelingsprocedure niet gerechtvaardigd.

15 Volgens de Bondsregering bestond de onvoorziene gebeurtenis voor de aanbestedende diensten hierin, dat het districtsbestuur Weser-Ems, nadat de discussiebijeenkomst had plaatsgevonden, volkomen onverwachts weigerde zijn goedkeuring te verlenen.

16 Dit argument kan niet worden aanvaard.

17 Immers, om te verzekeren dat in het kader van de procedure tot goedkeuring van projecten betreffende openbare werken rekening wordt gehouden met de op het spel staande openbare en particuliere belangen, kunnen de Lid-Staten aan natuurlijke of rechtspersonen die potentieel door een project worden geraakt, bepaalde rechten toekennen, die de bevoegde autoriteiten dienen te respecteren.

18 Dat een lichaam dat een project moet goedkeuren, vóór de daartoe bepaalde uiterste datum bezwaren opwerpt om redenen die het gerechtigd is aan te voeren, is derhalve een voorzienbare gebeurtenis in de procedure tot goedkeuring van de plannen.

19 De weigering van het districtsbestuur Weser-Ems om het project betreffende de uitbaggering van de Beneden-Eems goed te keuren, waardoor de bevoegde

autoriteiten dat project moesten wijzigen, kan bijgevolg niet worden beschouwd als een onvoorziene gebeurtenis voor de aanbestedende diensten, in de zin van artikel 5, lid 3, sub c, van de richtlijn.

20 Zonder dat behoeft te worden nagegaan, of in casu was voldaan aan de andere aan de afwijking verbonden voorwaarden, volgt uit het voorgaande, 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 werken, zoals gewijzigd bij richtlijn 89/440/EEG van de Raad van 18 juli 1989, doordat het Wasser- und Schiffahrtsamt 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*.

Kosten

21 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen. Aangezien de Bondsrepubliek Duitsland in het ongelijk is gesteld, dient zij in de kosten te worden verwezen.

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),

rechtdoende, verstaat:

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 Schiffahrtsamt 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.**

Edward Moitinho de Almeida Jann

Sevón Wathelet

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 28 maart 1996.

De griffier

R. Grass

De president van de Vijfde kamer

D. A. O. Edward