

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

C. O. LENZ

van 29 juni 1995 *

A — Inleiding

staat, dat de aankondiging van de opdracht vóór die datum is bekendgemaakt.

1. In de door het Tribunale amministrativo regionale del Lazio ingeleide prejudiciële procedure gaat het om het probleem van de werkingsduur van een uitzonderingsbepaling in richtlijn 71/305/EEG¹ betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, zoals gewijzigd bij richtlijn 89/440/EEG.² In artikel 29, lid 5, van de richtlijn, dat in het hoofdstuk „Gunningscriteria” is opgenomen, is de procedure neergelegd die de aanbestedende dienst moet volgen in het geval van „inschrijvingen die (...) abnormaal laag lijken te zijn”.³ Ingevolge artikel 29, lid 5, vierde alinea, dient de aanbestedende dienst „tot eind 1992” de voorgeschreven procedure onder bepaalde omstandigheden niet te volgen. In de onderhavige zaak nu gaat het om de vraag, of de aanbesteding op 31 december 1992 definitief moest hebben plaatsgevonden, opdat de aanbestedende dienst zich op de uitzonderingsbepaling kan beroepen, dan wel of het vol-

2. Bij besluit van de aanbestedende dienst van 4 februari 1993 is de door Furlanis, verzoekster in het hoofdgeding, ingediende inschrijving afgewezen ingevolge toepassing van een criterium van automatische uitsluiting.

3. Het hoofdgeding vindt zijn oorsprong in een door de Azienda nazionale autonoma strade (ANAS) bekendgemaakte niet-openbare procedure voor werken ter verwezenlijking van de autoweg Piceno - Aprutina, baanvak Ascoli Piceno - Comunanza. De aankondiging van de opdracht werd in september 1992 bekendgemaakt, waarop verzoekster een verzoek om deelneming indiende. Bij brief van 12 december 1992 werd verzoekster uitgenodigd tot deelneming aan de niet-openbare procedure voor de in de bekendmaking van september 1992 beschreven werken. In die brief was 4 februari 1993 vermeld als uiterste datum voor het onderzoek van de inschrijvingen.

4. De opdracht werd aan een concurrerende onderneming toegewezen; ingevolge toepassing van een automatisch criterium werd verzoekster uitgesloten, op grond dat haar inschrijving abnormaal laag was. Verzoekster bestrijdt dit besluit van de aanbestedende dienst in rechte. In de procedure voor de

* Oorspronkelijke taal: Duits.

1 — 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).

2 — Richtlijn 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 1989, L 210, blz. 1); zie ook de versie van richtlijn 71/305 zoals geconsolideerd bij 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 1993, L 199, blz. 54).

3 — Artikel 29, lid 5, van richtlijn 71/305 is identiek met artikel 30, lid 4, van richtlijn 93/37.

verwijzende rechter voert zij onder meer aan, dat de rechtsgrondslag van het besluit waarbij haar inschrijving is uitgesloten, in verscheidene opzichten in strijd met het gemeenschapsrecht is. De verwijzende rechter was kennelijk van oordeel, dat van die middelen alleen dat betreffende het probleem van de beperking in de tijd van de uitzonderingsbepaling aan het Hof moest worden voorgelegd. Hij verzoekt het Hof om een prejudiciële beslissing over de navolgende vraag:

„Moet artikel 1, punt 20, van richtlijn 89/440/EEG tot wijziging van richtlijn 71/305/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, aldus worden uitgelegd, dat de tot eind 1992 geldende uitzonderingsprocedure voor de beoordeling van inschrijvingen die in verhouding tot de uit te voeren werken abnormaal laag zijn, betrekking heeft op

a) procedures waarin vóór die datum een definitieve aanbesteding had plaatsgevonden, dan wel op

b) de vóór deze datum ingeleide aanbestedingsprocedures?”

5. In de procedure zijn opmerkingen ingediend door verzoekster, de rechtsoptvolger van de onderneming waaraan de opdracht is gegund, de Italiaanse regering en de Commissie.

B — Standpuntbepaling

6. In de versie die voor de onderhavige zaak relevant is, luidt artikel 29, lid 5, van de richtlijn als volgt:

„Indien voor een bepaalde opdracht inschrijvingen worden gedaan die in verhouding tot het uit te voeren werk abnormaal laag lijken te zijn, verzoekt de aanbestedende dienst, alvorens deze inschrijvingen te mogen afwijzen, schriftelijk om preciseringen over de samenstelling van de inschrijving die hij dienstig acht en onderzoekt hij deze samenstelling waarbij hij rekening houdt met de verstrekte motivering.

De aanbestedende dienst kan motiveringen (...) in aanmerking nemen.

(...)

Tot eind 1992 kan, wanneer de geldende nationale wetgeving zulks mogelijk maakt, de aanbestedende dienst echter bij uitzondering en met uitsluiting van elke discriminatie op grond van nationaliteit inschrijvingen die in verhouding tot de prestatie abnormaal laag zijn afwijzen zonder de in de eerste alinea vermelde procedure te moeten volgen, wanneer het aantal dergelijke inschrijvingen voor

een bepaalde opdracht zo groot is, dat de tenuitvoerlegging van deze procedure een aanzienlijke vertraging zou veroorzaken en het met de uitvoering van de betrokken opdracht samenhangende openbare belang zou worden geschaad. De in artikel 12, lid 5, bedoelde aankondiging bevat een vermelding betreffende het gebruik van deze uitzonderingsprocedure."

7. De bij de zaak betrokken partijen leggen deze bepaling op verschillende wijze uit.

8. *Verzoekster* in het hoofdgeding herhaalt haar materieelrechtelijke bedenkingen bij de verenigbaarheid van de nationale omzetting-bepaling met het gemeenschapsrecht. Aangezien de verwijzende rechter te kennen geeft, dat hij voor de beoordeling van die middelen geen prejudiciële beslissing van het Hof behoeft, dien ik hier op die middelen niet in te gaan.

9. Aangezien richtlijn 89/440 en het tot omzetting van die richtlijn vastgestelde presidentieel decreet nr. 406/91 de geldigheid van de uitzonderingsregeling tot en met 31 december 1992 hebben beperkt, heeft de ANAS volgens *verzoekster* die bepaling geschonden. De enkele vermelding van een mogelijke automatische uitsluiting van abnormaal lage inschrijvingen in de aankondiging van de opdracht verplichtte haars

inziens de administratie niet dienovereenkomstig te handelen. Alvorens de aanbestedende dienst kon nagaan, of aan de voorwaarden voor automatische uitsluiting was voldaan, had hij eerst moeten onderzoeken, of de betrokken bepaling ten tijde van de definitieve aanbesteding nog gold. Had hij dat gedaan, dan zou zijn gebleken dat de geldigheidsduur van de uitzonderingsbepaling reeds verstreken was. Nu de ANAS in de uitnodigingsbrief van 12 december 1992 de uiterste datum voor het onderzoek van de inschrijvingen op 4 februari 1993 heeft bepaald, had hij de mogelijkheid van een eventuele automatische uitsluiting niet eens meer mogen vermelden.

10. Volgens *verzoekster* moet voor recht worden verklaard, dat de regeling inzake automatische uitsluiting van abnormaal lage inschrijvingen na 31 december 1992 niet meer van toepassing was.

11. De *vennootschap Itinera*, de rechtsopvolger van de onderneming waaraan de opdracht is gegund en die in het hoofdgeding aan de zijde van verweerster heeft geïntervenieerd, betoogt, dat er niet de minste onzekerheid bestaat omtrent de inhoud van de betrokken bepaling. Evenmin is er haars inziens sprake van strijdigheid tussen die bepaling en de nationale omzettingbepaling. Derhalve is het verzoek om een prejudiciële beslissing niet-ontvankelijk. Voor het geval

dat het Hof het verzoek om een prejudiciële beslissing toch ontvankelijk zou verklaren, betoogt Itinera, dat op de aanbestedingsprocedure de bepalingen van toepassing zijn die ten tijde van de aankondiging van de opdracht golden. Zowel de aankondiging van de opdracht als de uitnodiging om inschrijvingen in te dienen dateren van vóór 31 december 1992. Alle inschrijvers, waaronder verzoekster, hebben hun inschrijvingen overeenkomstig de voorwaarden van de aankondiging ingediend. Het vertrouwensbeginsel zou worden geschonden, indien de aanbestedende dienst werd gedwongen een overeenkomst te sluiten op andere condities dan die welke aan de mededingers zijn voorgesteld. Daar administratieve handelingen voorts in beginsel in overeenstemming moeten zijn met de regels die gelden op het ogenblik waarop zij worden vastgesteld, zou het Hof de uitzonderingsbepaling van toepassing moeten verklaren op alle aanbestedingsprocedures die vóór 31 december 1992 zijn ingeleid.

12. Ook de *Italiaanse regering* is van mening, dat de uitzonderingsbepaling van toepassing is op de vóór 31 december 1992 ingeleide aanbestedingsprocedures. Aangezien de aanbestedende dienst deze vorm van uitsluiting in de aankondiging heeft opgenomen, dient hij hem ook toe te passen. Bovendien hebben de mededingers het recht, te verlangen dat de aanbestedende dienst dienovereenkomstig handelt, daar anders de regelmatigheid van de aanbestedingsprocedure in het gedrang zou komen.

13. De *Commissie* wijst om te beginnen op de ontstaansgeschiedenis van de uitzonde-

ringsbepaling. Zij verwijst naar een rapport van het Comité van permanente vertegenwoordigers van de Raad van 11 oktober 1988⁴, waaruit kan worden afgeleid, dat de uitzonderingsbepaling op uitdrukkelijk verzoek van de Italiaanse delegatie is opgenomen. De Italiaanse delegatie had daarom verzocht in verband met bijzondere politieke moeilijkheden in haar land. Het Voorzitterschap deed een compromisvoorstel, waarvan de vastgestelde tekst de weerspiegeling is. Voorts werd voorgesteld, dat de Italiaanse delegatie een protocolverklaring zou afgeven, inhoudende dat slechts gebruik zou worden gemaakt van de uitzonderingsbepaling, indien alle inschrijvingen van Italiaanse ondernemingen uitgingen. Alle andere delegaties dienden te verklaren dat zij geen gebruik zouden maken van de uitzonderingsbepaling.

14. De Commissie is van mening, dat de betrokken bepaling aldus moet worden uitgelegd, dat de definitieve aanbesteding vóór 31 december 1992 had moeten plaatsvinden. De enkele aankondiging van de opdracht vóór die datum volstaat haars inziens niet om de uitzonderingsbepaling te kunnen toepassen. Tot staving van haar standpunt voert zij in wezen drie argumenten aan. In de eerste plaats stelt zij, dat het om een in de tijd beperkte uitzondering gaat, die in beginsel strikt moet worden uitgelegd. Dienaangaande verwijst zij naar het arrest in zaak 199/85.⁵ Haar tweede argument baseert zij op de bewoordingen van de uitzonderingsbepaling, waarin wordt gezegd, dat de

⁴ — Document nr. 8589/88 MAP 23, IL8 (blz. 10 en 11).

⁵ — Arrest van 10 maart 1987 (zaak 199/85, *Commissie/Italië*, Jurispr. 1987, blz. 1039).

aanbestedende dienst de inschrijving kan „afwijzen”, wat op het tijdstip van de definitieve aanbesteding wijst. Als derde argument wijst zij op de rechtspraak van het Hof, volgens welke de procedurevoorschriften aan waarborg voor de inschrijvers zijn.⁶

De bedreiging die een afwijking van de procedureregels voor de inschrijvers kan meebrengen, moet zoveel mogelijk worden beperkt, wat ervoor pleit, 31 december 1992 als uiterste datum voor toepassing van de uitzonderingsbepaling te beschouwen.

15. Voor de beantwoording van de enige vraag waarom het gaat, namelijk die betreffende de werking van de uiterste datum van 31 december 1992, moet in de eerste plaats met de bewoordingen van de betrokken bepaling te rade worden gegaan. Aldaar is bepaald: „tot eind 1992 kan (...) de aanbestedende dienst (...) *inschrijvingen* die in verhouding tot de prestatie abnormaal laag zijn *afwijzen* (...)”⁷; op basis van die tekst moet

er worden van uitgegaan, dat de definitieve beslissing over de uitsluiting van de inschrijving uiterlijk op dat ogenblik moet worden genomen. Een dergelijke negatieve definitieve beslissing vindt in de regel plaats op het ogenblik van de gunning van de opdracht. Met de gunning eindigt de openbare aanbestedingsprocedure; daarna worden de betrekkingen tussen de opdrachtgever en de onderneming waaraan de opdracht is gegund in de regel op contractuele basis geregeld. Mijns inziens pleiten de ondubbelzinnige bewoordingen inzake de afwijzing van inschrijvingen ervoor, dat de aanbestedingsprocedure vóór eind 1992 volledig beëindigd moest zijn, om binnen de werkingssfeer van de uitzonderingsregeling te vallen.

16. De betrokken bepaling is niet zo maar opgenomen in het hoofdstuk „Gunningscriteria”, dat de laatste fase van de aanbestedingsprocedure betreft. Zij is een in de tijd beperkte uitzondering op de normaal te volgen procedure, vergelijkbaar met de uitzondering in artikel 29 bis van richtlijn 71/305⁸, krachtens welke tot en met 31 december 1992 onder bepaalde omstandigheden regionale preferenties werden gedoogd. Dergelijke bepalingen zijn zonder enige twijfel uitzonderingsregelingen, die volgens de rechtspraak van het Hof strikt moeten worden uitgelegd. In het arrest van 10 maart 1987 in zaak 199/85 stelde het Hof uitdrukkelijk:

6 — Zie arresten van 10 februari 1982 (zaak 76/81, *Transporoute*, Jurispr. 1982, blz. 417, r. o. 17) en 22 juni 1989 (zaak 103/88, *Fratelli Costanzo*, Jurispr. 1989, blz. 1839, r. o. 18).

7 — Zie artikel 29, lid 5, vierde alinea; zie ook de andere taalversies van de richtlijn met vergelijkbare inhoud.
Italiaanse versie:
„Tuttavia, per un periodo che si estende sino alla fine del 1992 (...) l'amministrazione aggiudicatrice può (...) rifiutare le offerte che presentano un carattere anormalmente basso (...)”
Franse versie:
„Toutefois, et pour une période allant jusqu'à la fin 1992 (...) le pouvoir adjudicateur peut (...) rejeter des offres présentant un caractère anormalement bas (...)”
(Cursivering van mij.)

„Deze bepalingen, krachtens welke mag worden afgeweken van de regels die de

8 — Zie artikel 31 van richtlijn 93/37.

doeltreffendheid van de door het Verdrag op het gebied van de overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken erkende rechten beogen te verzekeren, moeten strikt worden uitgelegd (...)”⁹

17. De ontstaansgeschiedenis van de bepaling verschaft bijkomende argumenten voor de stelling dat het om een uitzondering gaat, en wel in meer dan één opzicht. Nadat de Italiaanse delegatie om politieke redenen had verzocht, de uitzonderingsbepaling in de tekst van de richtlijn op te nemen, is de bepaling samen met de desbetreffende protocollen vastgesteld als een in de tijd beperkte uitzonderingsregeling voor één Lid-Staat. De niet-uniforme werking van de richtlijn die daarvan het gevolg is, pleit mijns inziens eveneens voor een strikte uitlegging, wat in concreto betekent, dat aanbestedingsprocedures waarin van de mogelijke toepassing van de uitzonderingsbepaling gewag wordt gemaakt, uiterlijk eind 1992 moesten zijn afgesloten.

18. De regeling van artikel 29, lid 5, eerste alinea, waarvan tijdelijk en in bepaalde omstandigheden kan worden afgeweken, beoogt de gelijke behandeling van de inschrijvers en de transparantie van de procedure te garanderen. Met betrekking tot het doel van artikel 29, lid 5, van richtlijn 71/305

(oude versie)¹⁰, dat vergelijkbaar is met de relevante inhoud van artikel 29, lid 5, van richtlijn 71/305 (nieuwe versie), overwoog het Hof in zaak 76/81, dat die bepaling ten doel heeft, de inschrijver tegen elke willekeur van de aanbestedende dienst te beschermen.¹¹ In een later arrest stelde het Hof vast, dat een mathematisch uitsluitingscriterium de indieners van een bijzonder lage inschrijving de mogelijkheid ontnaemt, te bewijzen dat hun inschrijving serieus is. De toepassing van zulk een criterium is dus in strijd met de doelstelling van richtlijn 71/305.¹²

19. De litigieuze uitzondering nu maakt het mogelijk, van deze in artikel 29, lid 5, eerste alinea, gestelde fundamentele beginselen af te wijken. Neemt men aan, dat het voor de mogelijke toepassing van de uitzonderingsbepaling volstaat, dat de openbare aanbestedingsprocedure is ingeleid, dan wordt het mogelijk de werkingsduur van de uitzonderingsregeling voor onbepaalde duur te verlengen. Indien de bepaling op die manier wordt uitgelegd, dan ontstaat daardoor mijns inziens rechtsonzekerheid.

20. In beginsel behoort men ervan uit te gaan, dat termijnen duidelijk en op niet mis

10 — „Ingeval voor een bepaalde opdracht inschrijvingen worden gedaan die in verhouding tot het uit te voeren werk duidelijk abnormaal laag zijn, onderzoekt de aanbestedende dienst de samenstelling daarvan, alvorens te besluiten tot gunning van de opdracht. Hij houdt rekening met het resultaat van dit onderzoek. Met het oog daarop verzoekt hij de inschrijver de nodige motiveringen te verstrekken (...)”

11 — Arrest Transporoute, reeds aangehaald, r. o. 17.

12 — Arrest Fratelli Costanzo, reeds aangehaald, r. o. 18.

9 — Arrest Commissie/Italië, reeds aangehaald, r. o. 14.

te verstande wijze te berekenen moeten zijn. Dit uitgangspunt vindt mijns inziens ook steun in het arrest van het Hof in de zaak C-392/92 over de uitlegging van richtlijn 85/337/EEG betreffende de milieu-effectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten. Die zaak betrof onder meer de mogelijkheid om overgangsbepalingen vast te stellen na afloop van de termijn voor omzetting van de richtlijn. Bouwvergunningprocedures en procedures voor het vaststellen van plannen zijn ongetwijfeld langdurige administratieve procedures. Niettemin heeft het Hof geoordeeld, dat de omzettingstermijn in ieder geval moet worden nageleefd, daar anders via de omweg van overgangsbepalingen de omzettingstermijn indirect verlengd zou kunnen worden.¹³ Advocaat-generaal Gulmann beriep zich in dat verband uitdrukkelijk op overwegingen van rechtszekerheid.¹⁴

ring hebben aangevoerd, dat de rechtszekerheid gebiedt, dat de bij de aankondiging van de opdracht geldende voorschriften tot aan het einde van de aanbestedingsprocedure worden toegepast. Bij de beoordeling van dit — in beginsel niet van de hand te wijzen — argument moet mijns inziens nader worden ingegaan op de vraag, waarin het potentiële gevaar voor de rechtszekerheid bestaat. Het feit dat de uitzonderingsbepaling in het recht van de Lid-Staat wordt overgenomen en het beroep op die bepaling maken het enkel mogelijk, dat wordt afgeweken van de verplichting van de procedure op tegenspraak en dat inschrijvingen op basis van een automatisch criterium worden uitgesloten. Het vervallen van de uitzonderingsbepaling belet de aanbestedende dienst geenszins abnormaal lage inschrijvingen uit te sluiten, zij het dat hij alsdan de procedurevoorschriften van artikel 29, lid 5, eerste alinea, moet naleven. Het vervallen van de uitzonderingsregeling versterkt dus de rechtspositie van alle inschrijvers.

21. In de onderhavige zaak moet de idee worden overgenomen, dat een schemertoe-stand na afloop van de wettelijk bepaalde termijn uit den boze is.

22. Zowel de in het geding interveniërende onderneming Itinera als de Italiaanse rege-

23. Het argument dat de mogelijkheid van automatische uitsluiting zowel in de aankondiging van de opdracht als in de brief houdende uitnodiging tot het indienen van inschrijvingen was vermeld, en dat de aanbestedende dienst bijgevolg verplicht was gebruik te maken van die procedure, kan mij niet overtuigen. Om te beginnen moet ervan worden uitgegaan, dat de procedure van automatische uitsluiting hoe dan ook slechts facultatief is. Voorts hangt zij materialiter af van voorwaarden, waarvan de aanbestedende dienst bij de inleiding van de aanbestedingsprocedure nog niet kan zeggen, of eraan voldaan is. Indien de aanbestedende dienst van

13 — Arrest van 9 augustus 1994 (zaak C-396/92, Bund Naturschutz in Bayern e. a., Jurispr. 1994, blz. I-3717, r. o. 18-20) en conclusie van advocaat-generaal Gulmann van 3 mei 1994 in zaak C-396/92 (Jurispr. 1994, blz. I-3719, punt 17).

14 — Conclusie in zaak C-396/92, t. a. p., punt 24.

zijn kant echter niet verplicht is een bepaalde procedure te volgen, kan de inschrijver zich a fortiori niet beroepen op een subjectief recht dat de aanbestedende dienst die procedure moet naleven.

24. Ook al heeft de aanbestedende dienst zich in de aankondiging van de opdracht en de uitnodiging tot inschrijving de mogelijkheid voorbehouden om door middel van de procedure van automatische uitsluiting abnormaal lage inschrijvingen uit te sluiten, dan wil dat nog niet zeggen dat hij zich daardoor in die zin heeft verbonden, dat hij alleen nog op die wijze kan handelen. Voor zover de aanbestedende dienst voorts op de mogelijkheid van uitsluiting heeft gewezen, dient hij rekening te houden met de rechts-

grondslag ervan, waarin eind 1992 als einddatum is vermeld. Ook zo bezien zou het mijns inziens de rechtszekerheid ten goede komen, indien de aanbestedende dienst zich na deze datum niet meer op de uitzondering kon beroepen. Aangezien het vervallen van de uitzonderingsregeling uiteindelijk de rechtspositie van de inschrijvers versterkt, zie ik niet in, op welke grond de uitzondering na eind 1992 nog geldig zou zijn.

25. Concluderend ben ik derhalve van mening, dat wil de uitzonderingsbepaling van toepassing zijn op een aanbestedingsprocedure, laatstbedoelde zo ver moet zijn gevorderd, dat de uitsluiting van abnormaal lage inschrijvingen vóór 31 december 1992 heeft plaatsgevonden.

C — Conclusie

26. Gelet op het voorgaande geef ik in overweging de prejudiciële vraag te beantwoorden als volgt:

„Ingevolge artikel 1, punt 20, van richtlijn 89/440/EEG tot wijziging van richtlijn 71/305/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, mag van de tot eind 1992 mogelijke uitzonderingsprocedure ter zake van in verhouding tot het uit te voeren werk abnormaal lage inschrijvingen slechts gebruik worden gemaakt in aanbestedingsprocedures die vóór die datum zo ver zijn gevorderd, dat de uitsluiting van de inschrijvingen vóór 31 december 1992 heeft plaatsgevonden.”