



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

6 oktober 2016*

„Prejudiciële verwijzing — Overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken — Richtlijn 2004/18/EG — Artikel 7, onder c) — Bedrag van de drempelwaarden voor overheidsopdrachten — Waarde van opdracht lager dan het drempelbedrag — Abnormaal lage inschrijvingen — Automatische uitsluiting — Bevoegdheid van de aanbestedende dienst — Verplichtingen die voor de aanbestedende dienst voortvloeien uit de vrijheid van vestiging, de vrijheid van dienstverrichting en het algemene non-discriminatiebeginsel — Markten die een duidelijk grensoverschrijdend belang kunnen vertonen”

In zaak C-318/15,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (regionale bestuursrechtbank Piemonte, Italië) bij beslissing van 29 april 2015, ingekomen bij het Hof op 26 juni 2015, in de procedure

Tecnoedi Costruzioni Srl

tegen

Comune di Fossano,

in tegenwoordigheid van:

Ge.Co. Italia SpA,

Niccoli Costruzioni Srl,

Selva Mercurio Srl,

wijst HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: T. von Danwitz, kamerpresident, C. Lycourgos, E. Juhász (rapporteur), C. Vajda en K. Jürimäe, rechters,

advocaat-generaal: Y. Bot,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

* Procestaal: Italiaans.

gelet op de opmerkingen van:

- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door C. Colelli, avvocato dello Stato,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door G. Gattinara en A. Tokár als gemachtigden,

het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 49 en 56 VWEU betreffende, respectievelijk, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting, alsook van de algemene beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie en het evenredigheidsbeginsel.
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Tecnoedi Costruzioni Srl en de Comune di Fossano (gemeente Fossano, Italië), betreffende de regelmatigheid van de definitieve gunning door deze gemeente van een overheidsopdracht voor werken aan Ge.Co. Italia SpA.

Toepasselijke bepalingen

Recht van de Unie

- 3 Overweging 2 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB 2004, L 134, blz. 114), preciseert:

„Bij het plaatsen van overheidsopdrachten die worden afgesloten in de lidstaten voor rekening van de staat, territoriale lichamen en andere publiekrechtelijke instellingen moeten de beginselen van het Verdrag geëerbiedigd worden, met name het vrije verkeer van goederen, vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van diensten, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie [...]”

- 4 Volgens artikel 7, onder c), van richtlijn 2004/18, met als opschrift „Drempelbedragen voor overheidsopdrachten”, zoals gewijzigd bij verordening (EU) nr. 1251/2011 van de Commissie van 30 november 2011 (PB 2011, L 319, blz. 43), in de versie ervan die ratione temporis geldt in het hoofdeding, is deze richtlijn van toepassing op overheidsopdrachten voor werken waarvan de geraamde waarde exclusief belasting over de toegevoegde waarde (hierna: „btw”) gelijk is aan of groter dan 5 000 000 EUR.

Italiaans recht

- 5 Decreto legislativo (wetsdecreet) nr. 163 houdende de Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (wetboek overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen tot omzetting van de richtlijnen 2004/17/EG

en 2004/18/EG) van 12 april 2006 (gewoon supplement bij GURI nr. 100 van 2 mei 2006), bepaalt in artikel 122, lid 9, ervan, met als opschrift „Bijzondere regeling voor overeenkomsten betreffende openbare werken waarvan de waarde lager is dan het drempelbedrag”:

„Met betrekking tot inschrijvingen voor werken waarvan de waarde 1 miljoen EUR of minder bedraagt en waarvoor het gunningscriterium van de laagste prijs geldt, kan in de oproep tot inschrijvingen worden bepaald dat de offertes waarin een kortingspercentage wordt toegepast dat hoger of gelijk is dan de „normaliteitsbovengrens” die in artikel 86 is vastgesteld, automatisch worden uitgesloten, in welk geval artikel 87, lid 1, niet van toepassing is. Van deze mogelijkheid tot automatische uitsluiting kan echter geen gebruik worden gemaakt indien het aantal ingediende offertes minder dan tien bedraagt, in welk geval artikel 86, lid 3, van toepassing is.”

- 6 Artikel 86, lid 3, van dit decreto legislativo bepaalt:

„De aanbestedende diensten kunnen hoe dan ook op basis van specifieke gegevens nagaan of een offerte die hun abnormaal laag voorkomt, geschikt is en in aanmerking komt.”

- 7 Artikel 87, lid 1, van dat decreto legislativo luidt als volgt:

„Wanneer een offerte abnormaal laag lijkt, verzoekt de aanbestedende dienst de inschrijver bewijzen over te leggen betreffende de prijsbestanddelen op basis waarvan de totale basisprijs is vastgesteld, alsook – indien de opdracht wordt toegewezen op basis van het criterium van de economisch voordeligste inschrijving – betreffende de andere gegevens die overeenkomstig artikel 88 moeten worden gehanteerd om de offerte te beoordelen. Tot de uitsluiting kan pas worden besloten wanneer dit extra onderzoek is beëindigd, na hoor en wederhoor.”

- 8 De in artikel 122, lid 9, van decreto legislativo nr. 163/2006 voorziene drempel voor abnormaal lage aanbiedingen, die de aanbestedende diensten de bevoegdheid verleent om bepaalde als abnormaal laag beschouwde inschrijvingen uit te sluiten, wordt berekend volgens de wiskundige formule die is vastgesteld in artikel 86, lid 1, van dat decreto legislativo.

- 9 Artikel 253, lid 20 bis, van dit decreto legislativo bepaalt:

„De aanbestedende diensten kunnen tot 31 december 2015 de bepalingen van artikel 122, lid 9, en van artikel 124, lid 8, toepassen met betrekking tot overeenkomsten waarvan de waarde de in artikel 28 vastgestelde drempels niet overschrijdt [de in artikel 7 van richtlijn 2004/18 vastgestelde drempels wat de toepassing van deze richtlijn betreft].”

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

- 10 Bij een op 26 juni 2013 gepubliceerde oproep tot inschrijvingen heeft de gemeente Fossano (provincie Cuneo, Italië) een open aanbestedingsprocedure uitgeschreven betreffende de gunning van werken voor de verbetering van de energie-efficiëntie en de uitbreiding van de kleuterschool „Gianni Rodari”, voor een totale waarde van 1.158.899,97 EUR. Het voor deze opdracht toegepaste gunningscriterium was dit van de laagste prijs. Het bestek van deze aanbesteding bepaalde dat „abnormaal lage inschrijvingen overeenkomstig artikel 122, lid 9, van decreto legislativo nr. 163/2006 automatisch zullen worden uitgesloten indien het aantal geldig ingediende offertes tien of meer bedraagt”.
- 11 Van de 101 ontvangen offertes zijn er door de selectiecommissie 86 toegelaten. Tijdens de eerste openbare bijeenkomst van 24 juli 2013 heeft deze selectiecommissie de offertes uitgesloten waarin een kortingspercentage was gehanteerd dat hoger lag dan de „normaliteitsbovengrens” die is vastgesteld in artikel 86, lid 1, van decreto legislativo nr. 163/2006.

- 12 Tecnoedi Costruzioni Srl heeft de opdracht voorlopig verkregen (met een korting van 25,397 %). Op de tweede openbare bijeenkomst van 30 juli 2013 is de selectiecommissie vervolgens ambtshalve overgegaan tot een nieuwe evaluatie van het standpunt van de twee concurrerende inschrijvers die ten onrechte waren uitgesloten, namelijk de tijdelijke joint ventures Niccoli Costruzioni srl en Selva Mercurio srl, en zij heeft besloten om deze toe te laten. Voorts heeft deze commissie de opdracht voorlopig gegund aan Ge.Co. Italia SpA. Vervolgens heeft de selectiecommissie de opdracht bij besluit van 5 september 2013 definitief gegund aan deze laatste onderneming, die een offerte met een kortingspercentage van 25,427 % had ingediend.
- 13 Met het door haar ingestelde beroep heeft Tecnoedi Costruzioni verzocht om nietigverklaring van het besluit van 5 september 2013 tot definitieve gunning van de opdracht aan Ge.Co. Italia en om nietigverklaring van de notulen van de aanbestedingsbijeenkomst van 30 juli 2013, waarbij de tijdelijke joint ventures Serva Mercurio en Niccoli Costruzioni opnieuw zijn toegelaten tot de procedure en de overeenkomst voorlopig is toegewezen aan Ge.Co. Italia. Subsidiair heeft verzoekster in het hoofdeding geconcludeerd tot nietigverklaring van het bestek wegens schending van artikel 122, lid 9, van decreto legislativo nr. 163/2006, aangezien de automatische uitsluiting van abnormaal lage inschrijvingen volgens dit artikel niet is toegestaan voor werken waarvan de waarde meer bedraagt dan 1 miljoen EUR, zoals het geval is met betrekking tot de opdracht die aan de orde is in het hoofdeding.
- 14 Gelet op dit laatste door Tecnoedi Costruzioni aangevoerde middel is de verwijzende rechter van oordeel dat een verzoek om een prejudiciële beslissing moet worden voorgelegd aan het Hof. Onder verwijzing naar het arrest van 15 mei 2008, SECAP en Santorso (C-147/06 en C-148/06, EU:C:2008:277), merkt de verwijzende rechter op dat de nationale wettelijke regeling het volledig aan de aanbestedende diensten overlaat om in de oproep tot inschrijvingen de automatische uitsluiting op te nemen van abnormaal lage inschrijvingen, zelfs wanneer het bedrag ervan niet veel verschilt van de drempelwaarde waarin de Unierechtelijke voorschriften voorzien, en bovendien, wanneer slechts een gering aantal offertes is geselecteerd, met name vanaf tien, zonder dat rekening hoeft te worden gehouden met concrete gegevens waaruit een duidelijk grensoverschrijdend belang kan worden afgeleid.
- 15 Deze nationale wettelijke regeling legt de aanbestedende diensten niet de verplichting op om concreet te beoordelen of sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, gelet op de specifieke kenmerken van de betrokken opdracht. Volgens de rechtspraak van het Hof kan het grensoverschrijdende belang van een opdracht niet alleen uit het economische belang van de desbetreffende overeenkomst voortvloeien, maar ook uit de technische kenmerken van de betrokken werken of de plaats van uitvoering ervan.
- 16 In weerwil van het feit dat de in het hoofdeding aan de orde zijnde opdracht voor werken een geraamde waarde van 1 158 899,97 EUR heeft, kan volgens de verwijzende rechter niet worden uitgesloten dat deze opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont, aangezien Fossano minder dan 200 kilometer verwijderd is van de Italiaans-Franse grens en sommige van de inschrijvers die in de aanbestedingsprocedure zijn geselecteerd, Italiaanse ondernemingen betreffen die niet in de aangrenzende gebieden gevestigd zijn, maar onder meer in Lazio, dat ongeveer 600 kilometer ver is, dan wel in Campanië, dat op een afstand van ongeveer 800 kilometer is gelegen. Bovendien kan er volgens de rechtspraak van het Hof zelfs een grensoverschrijdend belang bestaan indien geen enkele buitenlandse marktdeelnemer een offerte heeft ingediend (arrest van 14 november 2013, Belgacom, C-221/12, EU:C:2013:736, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 17 De verwijzende rechter voegt daaraan toe dat artikel 253, lid 20 bis, van decreto legislativo nr. 163/2006 toestaat om abnormaal lage inschrijvingen automatisch uit te sluiten, zelfs voor opdrachten waarvan de waarde enigszins lager is dan de drempelwaarde waarin de Unierechtelijke voorschriften voorzien, zonder dat een aannemelijke rechtvaardiging wordt verstrekt met betrekking tot de noodzaak van een dergelijke lange periode waarin overgangsregels blijven gelden.

- 18 Gelet op de voorgaande overwegingen heeft de Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (regionale bestuursrechtbank Piemonte, Italië) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Dienen de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU en de beginselen van vrijheid van vestiging en vrije dienstverrichting, het beginsel van gelijke behandeling, het discriminatieverbod en het evenredigheidsbeginsel aldus te worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale wettelijke regeling zoals die welke thans van kracht is in Italië, namelijk de artikelen 122, lid 9, en 253, lid 20-bis, van decreto legislativo nr. 163/2006, betreffende de automatische uitsluiting van abnormaal lage inschrijvingen in aanbestedingsprocedures voor de toewijzing van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken met een geraamde waarde die onder de [bij artikel 7, onder c), van richtlijn 2004/18 vastgestelde] drempel ligt, maar welke opdrachten een grensoverschrijdend belang hebben?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

- 19 Volgens vaste rechtspraak van het Hof is de plaatsing van opdrachten die, gelet op hun waarde, buiten het toepassingsgebied van de richtlijnen betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten vallen, niettemin onderworpen aan de fundamentele regels en de algemene beginselen van het VWEU, in het bijzonder aan het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, alsook aan de daaruit voortvloeiende transparantieplichting, voor zover de betrokken opdrachten, gelet op bepaalde objectieve criteria, een duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen (zie in die zin arresten van 15 mei 2008, SECAP en Santorso, C-147/06 en C-148/06, EU:C:2008:277, punten 20 en 21; 11 december 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” e.a., C-113/13, EU:C:2014:2440, punten 45 en 46; 18 december 2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, punt 32, en 16 april 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, punt 16).
- 20 Wat de objectieve criteria betreft die kunnen duiden op het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang, heeft het Hof reeds geoordeeld dat met name het aanzienlijke bedrag van de betrokken opdracht, in combinatie met de plaats van uitvoering van de werken of de technische kenmerken van de opdracht en de specifieke kenmerken van de betrokken producten, dergelijke criteria kunnen zijn. In die context kan tevens rekening worden gehouden met het bestaan van klachten van in andere lidstaten gevestigde marktdeelnemers, mits wordt nagegaan of het werkelijke klachten en geen schijnklachten betreft (zie in die zin arresten van 15 mei 2008, SECAP en Santorso, C-147/06 en C-148/06, EU:C:2008:277, punt 31, en 16 april 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 21 De verwijzende rechter lijkt met betrekking tot de in het hoofding aan de orde zijnde opdracht ervan uit te gaan dat niet kan worden uitgesloten dat sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang aangezien dit volgens hem onder meer kan worden afgeleid uit het feit dat Fossano minder dan 200 kilometer verwijderd is van de Italiaans-Franse grens en sommige van de inschrijvers die voor deelneming aan de aanbestedingsprocedure zijn geselecteerd, meerdere Italiaanse ondernemingen betreffen die gevestigd zijn in gebieden die op een afstand van 600 of zelfs 800 kilometer van de plaats van uitvoering van de werken zijn gelegen.
- 22 Benadrukt moet in dit verband worden dat het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang niet louter hypothetisch kan worden afgeleid uit bepaalde gegevens die – in abstracto bezien – aanwijzingen daarvan zouden kunnen opleveren, maar dat dit belang op positieve wijze dient te blijken uit de beoordeling – in concreto – van de opdracht in kwestie. Inzonderheid kan de verwijzende rechter niet slechts een aantal elementen aan het Hof overleggen op basis waarvan niet kan worden uitgesloten dat sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, maar hij moet juist de gegevens verstrekken waaruit dit grensoverschrijdend belang blijkt.

- 23 Geconstateerd moet worden dat de verwijzende rechter in zijn verzoek om een prejudiciële beslissing geen enkel element heeft verstrekt op basis waarvan het Hof over degelijke gegevens kan beschikken.
- 24 Het is dienaangaande niet gerechtvaardigd om ervan uit te gaan dat een opdracht voor werken zoals die in het hoofgeding, met een waarde die zelfs niet één vierde bedraagt van de in het recht van de Unie vastgestelde drempelwaarde en waarvan de plaats van uitvoering op 200 kilometer van de grens met een andere lidstaat is gelegen, een duidelijk grensoverschrijdend belang kan vertonen, enkel omdat een aantal inschrijvingen zijn ingediend door in de betrokken lidstaat gevestigde ondernemingen die zich op een aanzienlijke afstand van de plaats van uitvoering van de betrokken werken bevinden.
- 25 Dit gegeven is immers kennelijk ontoereikend, gelet op de omstandigheden van de zaak in het hoofgeding, en betreft hoe dan ook niet het enige feit waarmee rekening moet worden gehouden, aangezien eventuele uit andere lidstaten afkomstige inschrijvers geconfronteerd kunnen worden met eisen en extra lasten die met name verband kunnen houden met de verplichting om zich aan te passen aan het juridische en bestuurlijke kader van de lidstaat van uitvoering van de werken en om te voldoen aan taalvereisten.
- 26 In die omstandigheden kan het Hof geen zinvol antwoord geven op de vraag die de verwijzende rechter heeft gesteld met het oog op de beslechting van het bij hem aanhangige geding, hetgeen het doel is van de in artikel 267 VWEU neergelegde samenwerking.
- 27 Bijgevolg is het verzoek om een prejudiciële beslissing niet-ontvankelijk.

Kosten

- 28 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

Het door de Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (regionale bestuursrechtbank Piemonte, Italië) bij beslissing van 29 april 2015 ingediende verzoek om een prejudiciële beslissing is niet-ontvankelijk.

ondertekeningen