

ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

• 26 oktober 1995 \*

In zaak C-143/94,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 177 EG-Verdrag van het Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Italië), in het aldaar aanhangig geding tussen

Furlanis costruzioni generali SpA

en

Azienda nazionale autonoma strade (ANAS),

Itinera Co. Ge. SpA, voorheen Edilvie Srl,

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van artikel 29, lid 5, van 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 artikel 1, punt 20, van richtlijn 89/440/EEG van de Raad van 18 juli 1989 (PB 1989, L 210, blz. 1),

wijst

\* Procestaal: Italiaans.

HET HOF VAN JUSTITIE (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: C. N. Kakouris (rapporteur), kamerpresident, P. J. G. Kapteyn en H. Ragnemalm, rechters,

advocaat-generaal: C. O. Lenz  
griffier: L. Hewlett, administrateur

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

- Furlanis costruzioni generali SpA, vertegenwoordigd door A. Biagini en N. Marcone, advocaten te Rome,
  
- Itinera Co. Ge. SpA, voorheen Edilvie Srl, vertegenwoordigd door V. Biagetti en C. Cignitti, advocaten te Rome,
  
- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door U. Leanza, hoofd van de dienst diplomatieke geschillen van het Ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigde, bijgestaan door M. Fiorilli, avvocato dello Stato,
  
- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door A. Aresu, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de mondelinge opmerkingen van Furlanis costruzioni generali SpA, Itinera Co. Ge. SpA, de Italiaanse regering en de Commissie ter terechtzitting van 11 mei 1995,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 29 juni 1995,

het navolgende

### Arrest

- 1 Bij beschikking van 31 maart 1994, ingekomen bij het Hof op 24 mei daaraanvolgend, heeft het Tribunale amministrativo regionale del Lazio krachtens artikel 177 EG-Verdrag een prejudiciële vraag gesteld over de uitlegging van artikel 29, lid 5, van 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 artikel 1, punt 20, van richtlijn 89/440/EEG van de Raad van 18 juli 1989 (PB 1989, L 210, blz. 1).
- 2 Die vraag is gerezen naar aanleiding van een beroep van de vennootschap Furlanis costruzioni generali (hierna: „Furlanis”) tegen een besluit van de Azienda nazionale autonoma strade (hierna: „ANAS”), een publiekrechtelijke aanbestedende dienst, in het kader van een niet-openbare procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken.
- 3 In artikel 29, lid 5, van richtlijn 71/305, zoals gewijzigd bij artikel 1, punt 20, van richtlijn 89/440, is de procedure neergelegd die bij overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken moet worden gevolgd in het geval van inschrijvingen die abnormaal laag zijn in verhouding tot het uit te voeren werk. De eerste alinea van deze bepaling luidt 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.”

- 4 De laatste alinea van deze bepaling voorziet in een tijdelijke afwijking van deze regel:

„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.”

- 5 Richtlijn 89/440 is bij presidentieel decreet nr. 406/91 van 19 december 1991 in Italiaans recht omgezet. Artikel 29, lid 6, van dit decreet, waarbij vorenbedoelde uitzonderingsbepaling is omgezet, bepaalt, dat tot en met 31 december 1992 „de aanbestedende dienst mag overgaan tot automatische uitsluiting van abnormaal lage inschrijvingen (...), wanneer er meer dan dertig inschrijvingen zijn ingediend. De mogelijkheid van uitsluiting en het afwijkingspercentage ten opzichte van het gemiddelde moeten worden vermeld in de aankondiging van de opdracht.”

- 6 Uit het dossier blijkt, dat de ANAS bij aankondiging van 28 februari 1992, bekendgemaakt in het Italiaanse Staatsblad van 2 oktober 1992, een niet-openbare aanbesteding op grond van artikel 29 van presidentieel decreet nr. 406/91 heeft uitgeschreven voor de werken ter verwezenlijking van de autoweg Piceno-Aprutina, baanvak Ascoli Piceno - Comunanza, tweede kavel, tweede tranche, voor een maximum bedrag van 36 900 000 000 LIT.
  
- 7 De aankondiging van de opdracht bepaalde, dat als abnormaal laag in verhouding tot het uit te voeren werk zouden worden beschouwd in de zin van die bepaling, de inschrijvingen die meer naar beneden afweken van de (voor de aanbesteding vastgestelde) basisprijs dan de gemiddelde afwijking vermeerderd met zeven punten.
  
- 8 Furlanis diende een van de vereiste documentatie voorzien verzoek tot deelneming in, waarop zij bij kennisgeving van 12 december 1992 werd uitgenodigd tot deelneming aan de niet-openbare aanbesteding, die op 4 februari 1993 zou plaatsvinden. Na ontvangst van de uitnodiging diende Furlanis de eigenlijke inschrijving in. Op 4 februari 1993 wees de aanbestedende dienst de opdracht toe aan de vennootschap Edilvie, nadien omgezet in Itinera Co. Ge. SpA (hierna: „Itinera”). Furlanis werd uitgesloten, omdat haar inschrijving volgens het in de aankondiging van de opdracht neergelegde criterium abnormaal laag was bevonden.
  
- 9 Furlanis bestreed de aanbesteding van de betrokken werken aan Edilvie voor het Tribunale amministrativo regionale del Lazio. In wezen voerde zij aan, dat zowel volgens de gemeenschapsregeling als volgens het Italiaanse omzettingsdecreet de uitzonderingsprocedure voor abnormaal lage inschrijvingen enkel betrekking had op vóór 31 december 1992 definitief geworden aanbestedingen; voor de toepassing van de uitzonderingsprocedure zou de enkele bekendmaking van de aankondiging van de opdracht vóór die datum niet volstaan.

- 10 Van oordeel dat er zich een uitleggingsprobleem voordeed met betrekking tot de datum van 31 december 1992 als uiterste datum voor de toepasselijkheid van de betrokken uitzonderingsbepaling, heeft de verwijzende rechter de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht 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.”

### De ontvankelijkheid

- 11 Itinera betwist de relevantie en dus de ontvankelijkheid van de prejudiciële vraag. Haars inziens kan er niet de minste onzekerheid bestaan omtrent de uitlegging van de betrokken bepaling. Volgt men immers het algemene beginsel, dat de eerste handeling van een procedure bepalend is voor de regeling die erop van toepassing is, dan moet worden aangenomen dat de datum van 31 december 1992 enkel betrekking heeft op de bekendmaking van de aankondiging van de opdracht.
- 12 In dit verband zij eraan herinnerd, dat het volgens vaste rechtspraak uitsluitend een zaak is van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing, om, gelet op de bijzonderheden van elk geval, te oordelen over de noodzaak van een prejudiciële

beslissing voor het wijzen van zijn vonnis alsmede over de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt. Een verzoek van een nationale rechter kan worden afgewezen, wanneer duidelijk blijkt, dat de door die rechter gestelde vraag over de uitlegging van het gemeenschapsrecht of de geldigheid van een communautair voorschrift geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding (zie laatstelijk arrest van 6 juli 1995, zaak C-62/93, Soupergaz, Jurispr. 1995, blz. I-1883, r. o. 10). In het hoofdgeding is dit echter niet het geval.

- 13 Het Hof dient de vraag van de verwijzende rechter dus te onderzoeken.

### **De prejudiciële vraag**

- 14 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen, of artikel 29, lid 5, laatste alinea, van richtlijn 71/305, zoals gewijzigd, aldus moet worden uitgelegd, dat alleen procedures waarin vóór 31 december 1992 een definitieve aanbesteding heeft plaatsgevonden, onder de in die bepaling voorziene uitzondering vallen, dan wel of de uitzondering geldt voor alle procedures waarin vóór die datum een aankondiging van een opdracht is bekendgemaakt.
- 15 Volgens Itinera en de Italiaanse regering vallen ook procedures waarin de aankondiging van de opdracht vóór 31 december 1992 is bekendgemaakt, zonder dat de definitieve aanbesteding heeft plaatsgevonden, onder de betrokken uitzonderingsbepaling, daar een aanbestedingsprocedure materialiter volgens de in de aankondiging van de opdracht vastgestelde regels verloopt, welke aankondiging juridisch gezien een handeling is waarbij de aanbestedende dienst zichzelf regels stelt.

- 16 Furlanis en de Commissie daarentegen betogen, dat de betrokken bepaling, daar zij een uitzonderingsbepaling is, strikt moet worden uitgelegd in die zin, dat alleen de vóór 31 december 1992 afgesloten procedures van aanbesteding eronder vallen.
- 17 Dienaangaande zij opgemerkt, dat volgens de bewoordingen van de betrokken bepaling de aanbestedende dienst tot eind 1992 inschrijvingen die abnormaal laag zijn in verhouding tot het uit te voeren werk, kan „afwijzen”. De tekst van deze bepaling heeft dus betrekking op de definitieve beslissing van de aanbestedende dienst over de ingediende inschrijvingen, en niet enkel op de handeling waarmee de procedure van aanbesteding is ingeleid.
- 18 Deze uitlegging wordt bevestigd door het feit, dat de betrokken bepaling is opgenomen in het hoofdstuk „Gunningscriteria” van de richtlijn, dat betrekking heeft op de laatste fase van de aanbestedingsprocedure.
- 19 Nog andere redenen pleiten voor een strikte uitlegging van de betrokken bepaling.
- 20 Er zij op gewezen, dat het Hof in zijn arrest van 10 maart 1987 (zaak 199/85, Commissie/Italië, Jurispr. 1987, blz. 1039, r. o. 14) met betrekking tot bepalingen krachtens welke mag worden afgeweken van de regels die de doeltreffendheid van de door het Verdrag op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken erkende rechten beogen te verzekeren, heeft geoordeeld, dat dergelijke bepalingen strikt moeten worden uitgelegd. Dit geldt ook voor de in casu aan de orde zijnde bepaling, die een tijdelijke regeling invoert welke afwijkt van en een uitzondering vormt op de in de gemeenschapsregeling voorziene normale procedure.



- 21 Voorts pleit voor een strikte uitlegging van de betrokken bepaling het feit dat de afwijkende en tijdelijke regeling, zoals de Commissie heeft opgemerkt, op verzoek van één Lid-Staat is ingevoerd, zulks wegens specifieke problemen in diens nationale rechtsorde.
- 22 Mitsdien moet op de voorgelegde vraag worden geantwoord, dat artikel 29, lid 5, laatste alinea, van richtlijn 71/305, zoals gewijzigd bij artikel 1, punt 20, van richtlijn 89/440, aldus moet worden uitgelegd, dat enkel procedures waarin uiterlijk op 31 december 1992 een definitieve aanbesteding heeft plaatsgevonden, onder de in die bepaling bedoelde uitzondering vallen.

### Kosten

- 23 De kosten door de Italiaanse regering en de Commissie van de Europese Gemeenschappen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakt, kunnen niet voor vergoeding in aanmerking komen. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen.

HET HOF VAN JUSTITIE (Vierde kamer),

uitspraak doende op de door het Tribunale amministrativo regionale del Lazio bij beschikking van 31 maart 1994 gestelde vraag, verklaart voor recht:

Artikel 29, lid 5, laatste alinea, van 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 artikel 1, punt 20, van richtlijn 89/440/EEG van de Raad van 18 juli 1989, moet aldus worden uitgelegd, dat enkel procedures waarin uiterlijk op 31 december 1992 een definitieve aanbesteding heeft plaatsgevonden, onder de in die bepaling bedoelde uitzondering vallen.

Kakouris

Kapteyn

Ragnemalm

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 26 oktober 1995.

De griffier

De president van de Vierde kamer

R. Grass

C. N. Kakouris