

werken, in plaats van de aanbestedende dienst te verplichten de door de richtlijn voorziene contradictoire verificatieprocedure toe te passen.

De Lid-Staten kunnen verificatie van de inschrijvingen voorschrijven zodra deze abnormaal laag lijken te zijn, en niet slechts wanneer zij duidelijk abnormaal laag zijn.

Evenals de nationale rechter is een overheidsinstantie — daaronder begrepen een gemeentelijke instantie — gehouden artikel 29, lid 5, van de richtlijn toe te passen en bepalingen van nationaal recht die er niet mee verenigbaar zijn, buiten toepassing te laten.

2. In alle gevallen dat de bepalingen van een richtlijn inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn, kunnen particulieren zich voor de nationale rechter op die bepalingen beroepen tegenover de Staat, wanneer deze hetzij heeft verzuimd de richtlijn binnen de termijn in nationaal recht om te zetten, hetzij dit op onjuiste wijze heeft gedaan.

Wanneer aan de voorwaarden waaronder particulieren de bepalingen van een richtlijn voor de nationale rechter kunnen inroepen, is voldaan, zijn alle overheidsinstanties, de gedecentraliseerde instanties zoals de gemeenten daaronder begrepen, gehouden deze bepalingen toe te passen.

## RAPPORT TER TERECHTZITTING in zaak 103/88 \*

### I — Feiten en procesverloop

uitvoering van werken (PB 1971, L 185, blz. 5).

### A — *Feiten en relevante verordeningen*

De tekst van die bepaling luidt als volgt:

De onderhavige zaak betreft de wijze van omzetting in nationaal recht in Italië 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

„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.

\* Procestaal: Italiaans.

Met het oog daarop verzoekt hij de inschrijver de nodige motiveringen te verstrekken, en laat hij hem eventueel weten, welke er onaanvaardbaar worden geacht.

opdrachten voor de uitvoering van werken van de Europese Economische Gemeenschap."

Indien de documenten betreffende de opdracht de bepaling inhouden dat de opdracht wordt gegund aan de laagste inschrijver, dient de aanbestedende dienst het afwijzen van de te laag geachte aanbiedingen tegenover het Raadgevend Comité, ingesteld bij besluit van de Raad van 26 juli 1971, met redenen te omkleden."

Vervolgens nam de Italiaanse regering achtereenvolgens drie wetsdecreten aan waarbij voorlopige wijzigingen werden aangebracht in artikel 24, derde alinea, van wet nr. 584 (wetsdecreet nr. 206 van 25.5.1987, GURI nr. 120 van 26.5.1987, blz. 5; wetsdecreet nr. 302 van 27.7.1987, GURI nr. 174 van 28.7.1987, blz. 3; en wetsdecreet nr. 393 van 25.9.1987, GURI nr. 225 van 26.9.1987, blz. 3).

Artikel 29, lid 5, van de richtlijn is aanvankelijk in Italië uitgevoerd bij artikel 24, derde alinea, van wet nr. 584 van 8 augustus 1977 houdende bepalingen tot aanpassing van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten aan de richtlijnen van de Europese Economische Gemeenschap (GURI nr. 232 van 26.8.1977, blz. 6272). Die bepaling luidt als volgt:

Die drie wetsdecreten bevatten elke een identiek artikel 4, dat luidt als volgt:

„Ingeval voor een bepaalde opdracht inschrijvingen worden gedaan die in verhouding tot het uit te voeren werk abnormaal laag lijken te zijn, onderzoekt de aanbestedende dienst de samenstelling van die inschrijvingen na de inschrijver te hebben verzocht de nodige motiveringen te verstrekken en na hem in voorkomend geval te hebben laten weten, welke er onaanvaardbaar worden geacht, en kan hij deze uitsluiten zo hij ze niet geldig acht; in dat geval dient de aanbestedende dienst, zo de kennisgeving van aanbesteding als gunningscriterium de laagste prijs vermeldt, het afwijzen van die aanbiedingen en de reden daarvan, mee te delen aan het Ministerie van Openbare Werken, dat ervoor zorgt dat deze binnen de in artikel 6, lid 1, van deze wet genoemde termijn worden doorgegeven aan het Raadgevend Comité inzake overheids-

„Ten einde de procedures voor de aanbesteding van overheidsopdrachten te versnellen, worden voor een periode van twee jaar vanaf de datum van inwerkingtreding van dit decreet, als abnormaal beschouwd in de zin van artikel 24, lid 3, van wet nr. 584 van 8 augustus 1977 en derhalve van mededinging uitgesloten, de inschrijvingen die met een in de kennisgeving van aanbesteding vermeld aantal percentpunten lager blijken dan het gemiddelde percentage waarmee de toegelaten inschrijvingen van het referentiebedrag afwijken."

Deze wetsdecreten hebben geen rechtsgevolgen meer omdat zij niet binnen de in de Italiaanse grondwet voorschreven termijn in wet zijn omgezet. Een latere wet bepaalde evenwel, dat de gevolgen van de op basis van die decreten tot stand gekomen rechtshandelingen, onverlet bleven (artikel 1, lid 2, van wet nr. 478 van 25.11.1987, GURI nr. 277 van 26.11.1987, blz. 3).

De organisatie van het wereldkampioenschap voetbal in 1990 berust bij de Italiaanse voetbalbond. Milaan is één van de gemeen-

ten op het grondgebied waarvan de wedstrijden van dat kampioenschap plaatshebben.

Met het oog op het wereldkampioenschap besloot de gemeenteraad van Milaan op 21 juli 1987 het G. Meazza-stadion voor een referentiebedrag van 82 043 643 386 LIT uit te breiden, te moderniseren en te overdekken.

De gemeenteraad besloot, die werken aan te besteden via een niet-openbare inschrijvingsprocedure. Het gunningscriterium was dat van het vorengenoemde artikel 24, sub a, nr. 2, van wet nr. 584 van 8 augustus 1977, te weten de laagste prijs, bepaald aan de hand van de grootste afwijking ten opzichte van het referentiebedrag.

Voorts besloot de gemeenteraad, dat „conform artikel 4 van wetsdecreet nr. 206 van 25 mei 1987 als abnormaal zullen worden beschouwd en derhalve van mededinging zullen worden uitgesloten, de inschrijvingen die meer dan tien procentpunten lager waren dan de gemiddelde procentuele afwijking van de toegelaten inschrijvingen”.

Ten slotte blijkt uit het besluit van de gemeenteraad, dat de Italiaanse staat de werken ten belope van 43 000 000 000 LIT zou financieren, mits zij werden gerealiseerd tussen 15 oktober 1987 en 31 oktober 1989.

De kennisgeving van aanbesteding werd gepubliceerd op 3 augustus 1987 (GURI mededeling nr. 179, blz. 25). Zij vermeldde de verschillende door de gemeenteraad vastge-

stelde modaliteiten, waaronder de clausule van automatische uitsluiting van abnormale inschrijvingen.

De tot de aanbesteding toegelaten ondernemingen dienden inschrijvingen in die gemiddeld 19,48% hoger lagen dan het voor de werken vastgestelde referentiebedrag. Overeenkomstig de kennisgeving van aanbesteding moesten alle inschrijvingen die het referentiebedrag voor de werken niet met ten minste 9,48% overschreden (dat wil zeggen de gemiddelde overschrijding van 19,48% minus 10%), automatisch worden uitgesloten.

De firma Fratelli Costanzo SpA (hierna: Costanzo), verzoekster in het hoofdgeding, maakt deel uit van een groep van verschillende Italiaanse ondernemingen en één Spaanse onderneming, die zich als gegadigde meldde voor de gunning van de betrokken werken. De inschrijving van die groep was 2,16% lager dan het voor de werken vastgestelde referentiebedrag. Alle andere inschrijvingen waren hoger dan het referentiebedrag.

Op 6 oktober 1987 besloot de giunta municipale (gemeentelijke commissie) van Milaan tot uitsluiting van de inschrijving van de groep waarvan Costanzo deel uitmaakt. Dat besluit tot uitsluiting was gebaseerd op artikel 4 van wetsdecreet nr. 393 van 25 september 1987, dat inmiddels in de plaats was gekomen van decreet nr. 206 van 25 mei 1987 betreffende de kennisgeving van aanbesteding. Onder toepassing van artikel 4 van wetsdecreet nr. 393 werd de inschrijving abnormaal laag geacht in de zin van artikel 24 van wet nr. 584 van 8 augustus 1977 en automatisch van de opdracht uitgesloten.

Bij datzelfde besluit gunde de giunta municipale de opdracht aan een groep ondernemingen waarvan de firma Impresa Ing. Lodigiani SpA (hierna: Lodigiani) deel uitmaakte. De inschrijving van die groep was 9,85% hoger dan het referentiebedrag. Zij voldeed daarmee aan de voorwaarde dat zij ten minste 9,48% hoger moest zijn dan het referentiebedrag (gemiddelde overschrijding van 19,48% minus 10%) en was de laagste inschrijving die aan die voorwaarde voldeed.

De gemeenteraad van Milaan bekrachtigde het besluit van de giunta municipale op 26 oktober 1987.

Costanzo kwam van dit besluit in beroep bij het tribunale amministrativo regionale per la Lombardia. Zij stelde met name, dat het bestreden besluit onwettig was, omdat het gegrond was op een wetsdecreet dat in strijd was met artikel 29, lid 5, van richtlijn 71/305. Het wetsdecreet mocht immers niet de automatische uitsluiting bepalen van abnormaal laag geachte inschrijvingen, aangezien de richtlijn de uitsluiting van zulke inschrijvingen slechts toestond na een procedure op tegenspraak.

Lodigiani intervenieerde in dat geding en verdedigde de geldigheid van de bestreden besluiten.

Na de indiening van het beroep werd in Italië een wet aangenomen waarmee definitief een voorschrift werd vastgesteld, analoog aan dat van de decreten van twee jaar eerder. Die nieuwe wetgeving voorzag in de automatische uitsluiting van inschrijvingen „die procentueel een bepaald aantal doch

ten minste vijf procentpunten lager zijn dan het gemiddelde van de toegelaten inschrijvingen, welk percentage in de kennisgeving van aanbesteding moet worden vermeld” (wet nr. 67 van 11.3.1988, GURI, gewoon supplement van 14.3.1988, blz. 26).

## B — *De prejudiciële vragen*

Het tribunale amministrativo regionale per la Lombardia heeft bij beschikking van 16 december 1987 besloten de behandeling van de zaak te schorsen en krachtens artikel 177 EEG-Verdrag het Hof de volgende prejudiciële vragen voor te leggen:

„A — Aangenomen dat ingevolge artikel 189 EEG-Verdrag de bepalingen van een richtlijn het ‚te bereiken resultaat’ (hierna: ‚resultaatsbepalingen’) of ‚de vorm en de middelen’ om een bepaald resultaat te bereiken (hierna: ‚vorm- en middelenbepalingen’) kunnen betreffen, vormt het bepaalde in artikel 29, lid 5, van richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 (volgens hetwelk ingeval een inschrijving duidelijk abnormaal laag is, de aanbestedende dienst verplicht is ‚de samenstelling daarvan te onderzoeken’, de inschrijver te verzoeken de nodige motiveringen te verstrekken en hem te laten weten welke er onaanvaardbaar worden geacht) dan een ‚resultaatsbepaling’ en is het in ieder geval van dien aard dat de Italiaanse Republiek gehouden is het ‚over te nemen’ zonder daarin enige substantiële wijziging te kunnen aanbrengen (wat inderdaad is gebeurd bij artikel 24, lid 3, van wet nr. 584 van 8.8.1977), of gaat het om een ‚vorm- en middelenbepaling’, zodat de Italiaanse Republiek daarvan kon afwijken door te bepalen,

dat ingeval van een abnormaal lage inschrijving de inschrijver *automatisch* van mededinging wordt uitgesloten, zonder enig ‚onderzoek van de samenstelling’ van de inschrijving of verzoek om ‚motivering’ aan degene die de ‚abnormaal lage inschrijving’ heeft gedaan ?

EEG-Verdrag), ook noodzakelijk lijkt voor de ‚interne’ *regelgevende* handelingen die ter uitvoering van communautaire bepalingen worden vastgesteld (en derhalve ‚oneigenlijk primaire’ regelgevende handelingen zijn, waarop, bij gebreke van enige bepaling dienaangaande, de regel van de motivering van ‚primaire’ regelgevende handelingen moet worden toegepast) ?

B — Ingeval vraag A ontkennend wordt beantwoord (in die zin dat het bepaalde in artikel 29, lid 5, van richtlijn 71/305/EEG een ‚vorm- en middelenbepaling’ is),

C — Is er enige strijdigheid tussen artikel 29, lid 5, van richtlijn 71/305/EEG en

B — 1. was de Italiaanse Republiek dan (na genoemde bepaling bij wet nr. 584 van 8.8.1977 te hebben ‚overgenomen’ zonder enige substantiële wijziging van de procedure die in geval van een abnormaal lage inschrijving moet worden gevolgd) nog steeds bevoegd de interne omzettingsregeling te wijzigen, met andere woorden, konden de — inhoudelijk identieke — artikelen 4 van de wetsdecreten nr. 206 van 25 mei 1987, nr. 302 van 27 juli 1987 en nr. 393 van 25 september 1987 een wijziging brengen in artikel 24 van wet nr. 584 van 8 augustus 1977 ?

a) artikel 24, lid 3, van wet nr. 584 van 8 augustus 1977 (daarin is sprake van ‚abnormaal lage inschrijvingen’, terwijl de richtlijn betrekking heeft op inschrijvingen die ‚duidelijk’ abnormaal laag zijn en slechts voor dergelijke duidelijk abnormale lage inschrijvingen voorziet in een onderzoek van de samenstelling, enz.),

B — 2. konden de — inhoudelijk identieke — artikelen 4 van de wetsdecreten nr. 206 van 25 mei 1987, nr. 302 van 27 juli 1987 en nr. 393 van 25 september 1987 zonder behoorlijke motivering een wijziging brengen in artikel 29, lid 5, van richtlijn 71/305/EEG, zoals in nationaal recht omgezet bij wet nr. 584 van 8 augustus 1977, aangezien een motivering, die noodzakelijk is voor communautaire regelgevende handelingen (argument ontleend aan artikel 190

b) de artikelen 4 van de wetsdecreten nr. 206 van 25 mei 1987, nr. 302 van 27 juli 1987, en nr. 393 van 25 september 1987 (anders dan artikel 29, lid 5, van de richtlijn, sluiten deze artikelen het voorafgaand onderzoek van de samenstelling met verzoek om motivering aan de betrokkene uit; bovendien gaat het in genoemde wetsdecreten *niet* om ‚duidelijk’ abnormaal lage inschrijvingen, zodat zij hetzelfde gebrek lijken te vertonen als wet nr. 584 van 8.8.1977) ?

D — (Ingeval het Hof van Justitie van oordeel zou zijn, dat genoemde bepalingen van de hiervoren aangehaalde Italiaanse regelgevende handelingen in strijd zijn met het be-

paalde in artikel 29, lid 5, van richtlijn 71/305/EEG), had het gemeentebestuur dan het recht en de plicht de met genoemde gemeenschapsbepaling strijdige nationale bepalingen 'buiten toepassing te laten', (eventueel na 'consultatie' van de centrale overheid) of heeft alleen de nationale rechter dat recht en die plicht?"

Het Hof heeft, op rapport van de rechter-rapporteur en de advocaat-generaal gehoord, besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan.

## II — Bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen

*De eerste vraag (verplichting tot omzetting van artikel 29, lid 5, van richtlijn 71/305/EEG zonder wezenlijke wijzigingen)*

Volgens Costanzo wil artikel 29, lid 5, van richtlijn 71/305/EEG twee doeleinden verzoenen: enerzijds de aanbestedende dienst te beschermen tegen inschrijvers die abusievelijk of te kwader trouw overdreven lage inschrijvingen indienen, en anderzijds de sterk concurrerende inschrijvers in staat te stellen te tonen dat hun inschrijving serieus is. Een criterium van automatische uitsluiting houdt geen rekening met die doelstelling. Aan de bedoeling van artikel 29, lid 5, van richtlijn 71/305/EEG dat wordt slechts recht gedaan, indien de nationale procedure voor het uitsluiten van abnormaal lage inschrijvingen alle in dat artikel genoemde stadia omvat.

De gemeente Milaan wijst erop, dat richtlijnen de Lid-Staten slechts binden ten aanzien van het te bereiken resultaat. Een richtlijn is dan ook geldig omgezet, wanneer de nationale wetgeving de verwezenlijking van de door de richtlijn nagestreefde doeleinden garandeert. In het onderhavige geval heeft artikel 29, lid 5, van de richtlijn ten doel, de uitsluiting van abnormaal lage inschrijvingen te verzekeren volgens een procedure met objectiviteitswaarborgen. Het volstaat dat de nationale wetgeving die die bepaling omzet, de verwezenlijking van dat doel ga-

## C — Procesverloop voor het Hof

De beschikking van het tribunale amministrativo regionale per la Lombardia is op 30 maart 1988 ter griffie van het Hof ingeschreven.

Krachtens artikel 20 van 's Hofs Statuut-EEG zijn schriftelijke opmerkingen ingediend op 6 juni 1988 door de gemeente Milaan, verweerster in het hoofdgeding, vertegenwoordigd door P. Marchese, C. Lopopolo en S. Ammendola, advocaten; op 8 juli 1988 door de regering van het Koninkrijk Spanje, vertegenwoordigd door J. Conde de Saro en R. Silva de Lapuerta, als gemachtigden; op 11 juli 1988 door de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door G. Berardis, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde; op 15 juli 1988 door Lodigiani, vertegenwoordigd door E. Zauli en G. Pericu, advocaten; op 20 juli 1988 door Costanzo, verzoekster in het hoofdgeding, vertegenwoordigd door L. Acquarone, M. Ali, F. P. Pugliese, M. Annoni en G. Ciampoli, advocaten, en op 21 juli 1988 door de regering van de Italiaanse Republiek, vertegenwoordigd door professor L. Ferrari Bravo, hoofd van de dienst diplomatieke geschillen van het Ministerie van Buitenlandse Zaken, als gemachtigde, bijgestaan door I. M. Braguglia, avvocato dello stato.

randeert, zonder dat zij alle in de gemeenschapsbepaling voorziene fasen van de procedure moet overnemen.

*Lodigiani* betoogt, dat in casu niet behoeft te worden vastgesteld of Italië aan zijn verplichtingen heeft voldaan bij de omzetting van artikel 29, lid 5, van de richtlijn. In plaats van zich af te vragen, welke beoordelingsmarge die bepaling aan de Lid-Staten laat, kan men beter bezien of zij aan de voorwaarden voldoet om door particulieren voor de nationale rechter te kunnen worden ingeroepen. *Lodigiani* noemt drie redenen waarom artikel 29, lid 5, geen rechtstreekse werking zou hebben. In de eerste plaats betreft het niet een norm die rechten of verplichtingen voor particulieren meebrengt, maar een procedureregeling. Ten tweede kan deze bepaling niet uit haar verband worden losgemaakt en als zodanig worden toegepast, een voorwaarde die het Hof in zijn arrest van 19 januari 1982 (zaak 8/81, *Becker*, Jurispr. 1982, blz. 53) voor de rechtstreekse werking heeft gesteld. Ten slotte heeft het Hof aan bepalingen van richtlijnen enkel rechtstreekse werking toegekend in gevallen waarin dit ten gunste van particulieren werkte. In casu evenwel heeft *Lodigiani*, de aannemer van de werken, in verband met de urgentie van de werken reeds aanzienlijke investeringen gedaan. Zij zou ernstig in haar belangen worden geschaad, indien de aanbesteding haar vervolgens zou worden ontnomen wegens de rechtstreekse werking van de betrokken gemeenschapsbepaling.

De Italiaanse regering is van mening, dat het geen nut heeft bij richtlijnen te onderscheiden tussen „resultaatbepalingen” en „vormen middelenbepalingen”. In het algemeen blijkt uit de rechtspraak van het Hof, dat

voor omzetting van een richtlijn niet een uitdrukkelijke en letterlijke overneming in het nationale recht vereist is. Het volstaat dat de toepassing ervan zo duidelijk en nauwkeurig is verzekerd, dat particulieren zich zo nodig voor de nationale rechter op de rechten die hen daarbij worden verleend, kunnen beroepen. Door dit algemene criterium te hanteren, kan de derde vraag, betreffende de verenigbaarheid van de Italiaanse wetgeving met artikel 29, lid 5, worden beantwoord.

Volgens de Spaanse regering betekent het feit dat artikel 29, lid 5, van de richtlijn gedetailleerd verschillende stadia noemt die de procedure tot uitsluiting van abnormaal lage inschrijvingen moet doorlopen, dat de nationale procedures al die stadia moeten bevatten, omdat zij anders onverenigbaar zijn met de betrokken bepaling van gemeenschapsrecht. In zijn arrest van 10 februari 1982 (zaak 76/81, *Transporoute*, Jurispr. 1982, blz. 417) heeft het Hof namelijk geoordeeld, dat een nationale wettelijke regeling die de aanbestedende dienst niet verplicht, aan de inschrijver met een abnormaal laag lijkende inschrijving motiveringen te vragen, onverenigbaar is met artikel 29, lid 5, van de richtlijn.

De Commissie betoogt, dat het logischer zou zijn geweest, de derde vraag als eerste te stellen, daar deze de verenigbaarheid van de Italiaanse wetgeving met artikel 29, lid 5, van de richtlijn betreft, en daarna pas de eerste vraag te stellen. De eerste vraag legt weliswaar de nadruk op de verplichtingen van de Lid-Staten, tot welke de richtlijn is gericht, maar zij stelt in wezen het probleem van de rechtstreekse werking van deze gemeenschapsbepaling aan de orde. De vaststelling of een richtlijn voldoende duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk is om

door particulieren voor de rechter te kunnen worden ingeroepen, komt immers op hetzelfde neer als op de vaststelling of de Lid-Staten tot welke de richtlijn is gericht, zijn gehouden deze zonder wezenlijke veranderingen om te zetten. In casu is artikel 29, lid 5, voldoende onvoorwaardelijk en nauwkeurig om rechtstreekse werking te hebben. Het arrest van 10 februari 1982 (Transporoute, reeds aangehaald) bevestigt overigens dat de Lid-Staten geen enkele beoordelingsruimte hebben bij het omzetten van die richtlijn.

*De tweede vraag (mogelijkheid van een Lid-Staat de wetgeving waarmee een richtlijn is omgezet, te wijzigen en verplichting die wijziging te motiveren)*

Op de vraag of Italië na de uitvaardiging van wet nr. 584 van 8 augustus 1977 waarmee het artikel 29, lid 5, van de richtlijn had omgezet, die wettelijke regeling nog mocht wijzigen, geven *Costanzo*, de *gemeente Milaan*, *Lodigiani* en de *Italiaanse regering* in overweging, te antwoorden dat een Lid-Staat altijd de wettelijke regeling waarbij een richtlijn is omgezet, mag wijzigen, mits de nieuwe wettelijke regeling een juiste uitvoering daarvan vormt. De *Spaanse regering* spreekt zich niet uit over de vraag. De *Commissie* is van mening dat de vraag geen beantwoording behoeft, aangezien zij enkel is gesteld in de volgens haar onjuiste veronderstelling dat artikel 29, lid 5, geen rechtstreekse werking heeft.

Wat de verplichting van een Lid-Staat betreft, een handeling tot wijziging van de eerdere handeling tot omzetting van een

richtlijn te motiveren, *Costanzo* acht dit gedeelte van de tweede vraag zonder voorwerp, aangezien, zoals blijkt uit het door haar voorgestelde antwoord op het eerste gedeelte van de vraag, een Lid-Staat steeds het recht heeft zijn wettelijke regeling te wijzigen, mits de nieuwe regeling een juiste omzetting van de richtlijn vormt. *Lodigiani* en de *Italiaanse regering* betogen, dat het Hof niet bevoegd is dat gedeelte van de vraag te beantwoorden, aangezien de bepalingen tot omzetting van een richtlijn nationale bepalingen zijn waarvan de geldigheid enkel kan worden beoordeeld aan de hand van de binnenlandse rechtsorde. De *gemeente Milaan* en de *Spaanse regering* gaan niet op het probleem in. De *Commissie* acht beantwoording van de vraag niet nodig, aangezien zij slechts is gesteld voor het volgens haar niet aan de orde zijnde geval dat artikel 29, lid 5, geen rechtstreekse werking zou hebben.

*De derde vraag (verenigbaarheid van de Italiaanse wetgeving met artikel 29, lid 5, van richtlijn 71/305/EEG)*

— Verenigbaarheid van artikel 24, derde alinea, van wet nr. 584 van 8 augustus 1977, dat de verificatie van abnormaal lijkende inschrijvingen regelt, met artikel 29, lid 5, van de richtlijn, dat slechts de verificatie voorschrijft van inschrijvingen die duidelijk abnormaal laag zijn.

*Costanzo*, *Lodigiani*, en de *Commissie* menen, dat de nationale bepaling verenigbaar is met de richtlijn. Het door de nationale rechter aangehaalde verschil is van zuiver terminologische aard. De richtlijn eist dat de verificatieprocedure enkel in werking wordt



gesteld, wanneer er concrete aanwijzingen voor zijn dat de inschrijving abnormaal laag is. De Italiaanse bepaling voldoet daaraan door de verificatie te laten afhangen van de voorwaarde dat de inschrijving abnormaal laag lijkt.

De *gemeente Milaan* acht de nationale bepaling in overeenstemming met de richtlijn, terwijl de *Spaanse regering* het tegendeel vindt. Zij geven daarvoor evenwel geen bijzondere argumenten.

De *Italiaanse regering* acht het eerste gedeelte van de derde vraag niet-ontvankelijk, omdat de bestreden maatregel niet is gegrond op artikel 24 van wet nr. 584 van 8 augustus 1977 maar op artikel 4 van wetsdecreet nr. 393 van 25 september 1987. Voor de beslissing van het hoofdgeding behoeft de vraag of de wet van 1977 verenigbaar is met de richtlijn, dus geen beantwoording.

— Verenigbaarheid van de artikelen 4 van de wetsdecreten nrs. 206, 302 en 393 met artikel 29, lid 5, van de richtlijn.

Volgens *Costanzo* is in de artikelen 4 van de betrokken decreten geen van de stadia van de in artikel 29, lid 5, voorgeschreven procedure op tegenspraak te vinden. Die artikelen gaan dan ook in tegen één van de doeleinden van artikel 29, lid 5, namelijk dat de inschrijvers kunnen aantonen dat hun inschrijving serieus is. De negende considerans van richtlijn 71/305/EEG beklemtoont uitdrukkelijk de noodzaak van een daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten. De artikelen 4 van de

wetsdecreten brengen de verwezenlijking van dat doel van de richtlijn in gevaar en zijn daarmee dus onverenigbaar.

De *gemeente Milaan* vindt de procedure van artikel 29, lid 5, onvolkomen, omdat zij de aanbestedende dienst verplicht tot ingewikkelde controles waarvoor hij niet is toegerust. Voorts is de procedure een bron van aanzienlijke vertraging. Een mathematisch uitsluitingscriterium, zoals in de Italiaanse regeling voorzien, biedt daarentegen het dubbele voordeel van absolute objectiviteit en snelle toepassing. Daarmee verzekert de Italiaanse regeling een juiste omzetting van artikel 29, lid 5, aangezien zij de objectieve behandeling van de inschrijvers nog doeltreffender verzekert dan de gemeenschapsbepaling zelf.

*Lodigiani* betoogt, dat het overbodig is, na te gaan of de artikelen 4 van de wetsdecreten verenigbaar zijn met artikel 29, lid 5, van de richtlijn, daar uit het antwoord op de eerste vraag blijkt dat dit artikel geen rechtstreekse werking heeft. *Lodigiani* verklaart niettemin, dat de wetsdecreten verenigbaar zijn met de richtlijn. In artikel 29, lid 5, wordt slechts één van de mogelijke vormen van de uitsluitingsprocedure beschreven, maar wordt de Lid-Staten niet de verplichting opgelegd, die vorm zonder wijzigingen over te nemen. Enkel een verordening zou zulk een in alle Lid-Staten uniforme procedure kunnen opleggen. Artikel 57, lid 2, EEG-Verdrag, waarop richtlijn 71/305/EEG is gebaseerd, schrijft echter uitdrukkelijk een richtlijn en niet een verordening voor. De Raad kon de natio-

nale procedures dus slechts coördineren en niet uniformiseren. Die procedures zijn dan ook verenigbaar met de richtlijn zodra zij, zoals in casu, geschikt zijn om het met de richtlijn beoogde doel te bereiken.

De *Italiaanse regering* zet uiteen, dat in geval het stelsel van uitsluiting van abnormaal lage inschrijvingen de aanbestedende dienst een ruime discretionaire bevoegdheid laat, de rechten van de inschrijvers stellig moeten worden verzekerd door middel van procedurele garanties. Wanneer de uitsluiting evenwel, zoals in het onderhavige geval, geschiedt door toepassing van een mathematisch criterium, is dat voldoende om elke willekeur te voorkomen en het is dan onnodig, daarnaast nog een verificatieprocedure op tegenspraak vast te leggen. De artikelen 4 van de wetsdecreten, waarin zulk een mathematisch criterium is vastgelegd, zijn dan ook verenigbaar met artikel 29, lid 5, van de richtlijn. Die artikelen zijn immers in overeenstemming met het doel van die bepaling, namelijk, zoals het Hof overwoog in het arrest van 10 februari 1982 (Transporoute, reeds aangehaald), „de inschrijver tegen willekeur van de aanbestedende dienst te beschermen”.

De *Spaanse regering* is van mening, dat de artikelen 4 van de in geding zijnde wetsdecreten onverenigbaar zijn met artikel 29, lid 5, omdat niet alle fasen van de in de gemeenschapsrichtlijn voorziene procedure erin zijn overgenomen. De bescherming van de rechten van de inschrijvers vereist, dat de gemeenschapsprocedure volledig in nationaal recht wordt omgezet.

De *Commissie* is eveneens van mening, dat een nationale wetgeving die voor de procedure tot uitsluiting van abnormaal lage in-

schrijvingen niet alle in artikel 29, lid 5, voorziene stadia omvat, daarmee onverenigbaar is. Zij baseert zich dienaangaande op het arrest van 10 februari 1982 (Transporoute, reeds aangehaald), waarin het Hof de onverenigbaarheid van een nationale wettelijke regeling met de richtlijn vaststelde omdat die regeling de aanbestedende dienst niet verplichtte, motiveringen te vragen van degene die een abnormaal laag lijkende inschrijving indient.

*De vierde vraag (verplichting van de nationale administratie een bepaling van binnenlands recht die onverenigbaar is met een richtlijn met rechtstreekse werking, buiten toepassing te laten)*

Volgens *Costanzo* moeten particulieren zich voor de nationale autoriteiten kunnen beroepen op bepalingen van een richtlijn met rechtstreekse werking. De rechtstreekse werking van die bepalingen geldt voor alle organen van de staat, ook voor de administratie.

Naar de opvatting van de *gemeente Milaan* leggen de richtlijnen enkel verplichtingen op aan de Lid-Staten, die voor omzetting ervan moeten zorgen. De nationale administratie is slechts gehouden die nationale omzettingbepalingen in acht te nemen, en kan deze niet ten gunste van de richtlijn buiten toepassing laten. Dat vloeit voort uit het in artikel 189 EEG-Verdrag gemaakte onderscheid tussen richtlijnen en verordeningen, waarbij alleen de laatste rechtstreeks werken. Voorts eist de Italiaanse grondwet, dat de wetten worden toegepast, zolang zij niet door de Corte costituzionale in strijd met de grondwet zijn verklaard. Ten slotte staat het in alle constituties erkende beginsel van de ondergeschiktheid van de uitvoerende macht

aan de wetgevende macht eraan in de weg, dat de administratie de wet buiten beschouwing zou laten.

Volgens *Lodigiani* is de vraag niet-ontvankelijk. Het staat niet aan het Hof maar aan de nationale rechtsorden, te bepalen of de administratieve organen een richtlijn met rechtstreekse werking voorrang moeten geven op het daarmee in strijd zijnde binnenlandse recht.

De *Italiaanse regering* wijst erop, dat de vierde vraag enkel is gesteld voor het geval dat uit het antwoord op de derde vraag voortvloeit dat de decreten onverenigbaar zijn mer artikel 29, lid 5. Aangezien volgens haar van een dergelijke onverenigbaarheid geen sprake is, behoeft de vierde vraag niet te worden beantwoord. Subsidiair is het Hof ten aanzien van deze prejudiciële vraag niet bevoegd, omdat zij geen vraag van uitlegging van gemeenschapsrecht bevat en beantwoording niet noodzakelijk is voor de

beslechting van het geschil door de nationale rechter.

De *Spaanse regering* bespreekt de vierde vraag niet.

De *Commissie* herinnert eraan, dat de nationale rechtsorde de bescherming van de rechten moet verzekeren, die particulieren ontleenen aan een richtlijn met rechtstreekse werking. Het staat evenwel aan elke binnenlandse rechtsorde te bepalen of die bescherming moet worden geboden op het niveau van de bestuursorganen. Volgens de Commissie is het niet gemakkelijk vast te stellen of een bepaling van een richtlijn rechtstreekse werking heeft en kan alleen de rechter zulks, in samenwerking met het Hof, definitief uitmaken. In elk geval vereist het gemeenschapsrecht dat particulieren zich bij de nationale rechter op de rechtstreekse werking kunnen beroepen.

R. Joliet  
rechter-rapporteur