



Datum van inontvangstneming : 31/07/2015

Zaak C-318/15

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

26 juni 2015

Verwijzende rechter:

Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte / Italië

Datum van de verwijzingsbeslissing:

29 april 2015

Verzoekende partij:

Tecnoedi Costruzioni Srl

Verwerende partij:

Comune di Fossano

Andere partijen in de procedure:

Ge.Co. Italia SpA

Niccoli Costruzioni srl

Selva Mercurio srl

[OMISSIS]

Het Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Tweede kamer)

geeft de hiernavolgende

BESCHIKKING

op het beroep [OMISSIS], ingesteld door

Tecnoedi Costruzioni srl [OMISSIS]

tegen

Comune di Fossano [OMISSIS]

in tegenwoordigheid van

Ge.Co. Italia SpA [OMISSIS]

Niccoli Costruzioni srl;

[Or.2]

Selva Mercurio srl;

streckende tot nietigverklaring

- van beslissing nr. 380 van de Comune di Fossano van 5 september 2013 houdende definitieve toewijzing van de werken voor de verbetering van de energie-efficiëntie en de uitbreiding van de kleuterschool „Gianni Rodari” aan Ge.Co. Italia SpA;
- van de notulen van de aanbestedingsbijeenkomst van 30 juli 2013, waarbij de voor deze overheidsopdracht opgerichte joint venture Serva Mercurio srl en Niccoli Costruzioni srl is toegelaten tot de procedure en de overeenkomst voorlopig is toegewezen aan Ge.Co. Italia SpA;
- subsidiair, van de oproep tot inschrijvingen en van het bestek met de technische specificaties van de openbare aanbestedingsprocedure betreffende de bouwverrichtingen voor de verbetering van de energie-efficiëntie en de uitbreiding van de kleuterschool „Gianni Rodari”, voor zover daarin is bepaald dat abnormaal lage inschrijvingen automatisch zullen worden uitgesloten overeenkomstig artikel 122, lid 9, van Decreto legislativo nr. 163 van 2006, indien het aantal ingediende offertes tien of meer bedraagt, alsook van de notulen van de aanbestedingsbijeenkomsten van 24 en 30 juli 2013;
- bovendien vordert verzoekster dat wordt vastgesteld dat de tussen de Comune di Fossano en Ge.Co. Italia SpA met betrekking tot de werken gesloten overeenkomst ongeldig is;
- subsidiair vordert verzoekster tevens vergoeding van de schade die zij heeft geleden door de onrechtmatige gunning van de overeenkomst aan de onderneming Ge.Co. Italia SpA.

[OMISSIS]

[Or.3]

[OMISSIS] [procedureregels]

Feiten

- 1 Bij een op 26 juni 2013 gepubliceerde oproep tot inschrijvingen heeft de Comune di Fossano een open aanbestedingsprocedure uitgeschreven betreffende de gunning van werken voor de verbetering van de energie-efficiëntie en de uitbreiding van de kleuterschool „Gianni Rodari”, waarvan de waarde werd geraamd op 1 158 899,97 EUR en waarvan de toewijzing zou geschieden aan de inschrijver die de laagste prijs aanbood.
- 2 In casu moet als relevant worden beschouwd dat het bestek (blz. 6) bepaalde dat „abnormaal lage inschrijvingen automatisch zullen worden uitgesloten overeenkomstig artikel 122, lid 9, van Decreto legislativo nr. 163 van 2006 indien het aantal ingediende offertes tien of meer bedraagt”.
- 3 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 die een kortingspercentage hanteerden dat de „normaliteitsbovengrens” overschreed waarin artikel 86, lid 1, van Decreto legislativo nr. 163 del 2006 voorziet, te weten „inschrijvingen met een korting gelijk aan of hoger dan het rekenkundig gemiddelde van de kortingspercentages van alle toegelaten inschrijvingen, met uitsluiting **[Or.4]** van 10 %, naar boven afgerond, van de inschrijvingen met de hoogste respectievelijk de laagste korting, vermeerderd met de gemiddelde rekenkundige afwijking van de kortingspercentages die hoger zijn dan dit gemiddelde”. Inschrijver Tecnoedi Costruzioni Srl verkreeg voorlopig de opdracht (met een korting van 25.397 %). Op de tweede openbare bijeenkomst van 30 juli 2013 is de selectiecommissie vervolgens motu proprio overgegaan tot een nieuwe evaluatie van de twee inschrijvingen die ten onrechte waren uitgesloten, de tijdelijke joint venture Niccoli Costruzioni srl en de tijdelijke joint venture Selva Mercurio srl, en zij heeft besloten om deze toe te laten. Daarop is de „normaliteitsbovengrens” opnieuw berekend, waardoor Ge.Co. Italia SpA bovenaan de lijst van de gegadigden kwam te staan, en zij de opdracht verkreeg (met een korting van 25.427 %).
- 4 Met het onderhavige beroep komt Tecnoedi Costruzioni srl op tegen de stukken van de procedure, tegen de toewijzing van de overheidsopdracht als zodanig en tegen de met Ge.Co. Italia SpA gesloten aanbestedingsovereenkomst. De door haar daartoe aangevoerde middelen kunnen als volgt worden samengevat:
 - a) [OMISSIS]

[Or.5]

 - b) [OMISSIS]

- c) [OMISSIS] [middelen die geen betrekking hebben op de prejudiciële vraag]
- d) subsidiair, het aanbestedingsbestek is onrechtmatig doordat het schending oplevert van artikel 122, lid 9, van Decreto legislativo nr. 163 van 2006, aangezien abnormaal lage inschrijvingen niet automatisch kunnen worden uitgesloten voor werken waarvan de waarde meer dan 1 miljoen EUR bedraagt.
- e) [OMISSIS] [middelen die geen betrekking hebben op de prejudiciële vraag]
- 5 De Comune di Fossano en de andere partij in de procedure Ge.Co. Italia SpA zijn toegelaten tot interventie in de procedure en verzoeken om verwerping van het beroep.
- 6 [OMISSIS] **[Or.6]** [OMISSIS] [interne procedure]
- 7 Wat het middel onder d) betreft, waarmee de verzoekende onderneming nietigverklaring van het bestek vordert, dient volgens het Tribunale krachtens artikel 267 VWEU een verzoek om een prejudiciële beslissing te worden voorgelegd aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.

Nationale wettelijke regeling betreffende de automatische uitsluiting van „abnormale” inschrijvingen

- 8 Van belang voor het onderzoek van de onderhavige zaak is dat artikel 122, lid 9, van Decreto legislativo nr. 163 van 2006 bepaalt dat de aanbestedende overheid met betrekking tot inschrijvingen voor werken waarvan de waarde 1 miljoen EUR of minder bedraagt en waarvoor enkel het criterium van de laagste prijs geldt, in de oproep tot inschrijvingen kan bepalen dat „de offertes waarin een kortingspercentage wordt toegepast dat de ‚normaliteitsbovengrens’ overschrijdt, automatisch worden uitgesloten”. Inschrijvingen worden als „abnormaal” **[Or.7]** aangemerkt, wanneer daarin een korting wordt aangeboden die „gelijk [is] aan of hoger [is] dan het rekenkundig gemiddelde van de kortingspercentages van alle toegelaten inschrijvingen, met uitsluiting van 10 %, naar boven afgerond, van de inschrijvingen met de hoogste respectievelijk de laagste korting, vermeerderd met de gemiddelde rekenkundige afwijking van de kortingspercentages die hoger zijn dan dit gemiddelde”. Artikel 122 voorziet tevens in de mogelijkheid om de automatische uitsluiting niet toe te passen indien het aantal in de aanbestedingsprocedure ingediende offertes minder dan tien bedraagt.
- 9 Artikel 253, lid 20-bis, van Decreto legislativo nr. 163 van 2006 (zoals laatstelijk gewijzigd bij Legge nr. 98 van 2013) bevat een tot 31 december 2015 geldende overgangsregeling volgens welke de aanbestedende dienst inschrijvingen voor werken waarvan de waarde de communautaire drempel van 5 186 000 EUR niet overschrijdt, automatisch mag uitsluiten met inachtneming van de in artikel 122, lid 9, van Decreto legislativo nr. 163 van 2006 gestelde voorwaarden. Aldus heeft de Italiaanse wettelijke regeling bij wege van overgangsmaatregel de methode van

de automatische uitsluiting van „abnormale” inschrijvingen uitgebreid tot alle werken waarvan de waarde onder die drempel blijft.

Rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie betreffende de automatische uitsluiting van „abnormale” inschrijvingen

- 10 Wat werken betreft waarvan de waarde beneden de drempel blijft, is in de rechtspraak van de Unie reeds kritiek geuit op de voorheen geldende Italiaanse wettelijke regeling, inzonderheid op artikel 21 van Legge nr. 109 van 1994, welke bepaling toestond dat „abnormaal” lage inschrijvingen automatisch werden uitgesloten [Or.8]. Dit artikel luidde als volgt: „Uitsluitend bij die overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken met een waarde beneden de communautaire drempel, sluit de betrokken dienst automatisch de inschrijvingen uit waarbij het kortingspercentage gelijk aan of hoger is dan dat vastgesteld overeenkomstig de eerste alinea van dit lid. De procedure van automatische uitsluiting is niet van toepassing indien minder dan vijf geldige inschrijvingen zijn ingediend.”

- 11 Het Hof heeft dienaangaande het volgende beginsel bevestigd: „De fundamentele regels van het EG-Verdrag inzake de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting alsmede het algemene verbod van discriminatie verzetten zich tegen een nationale regeling die de aanbestedende diensten, wat opdrachten betreft met een waarde beneden de drempel van artikel 6, lid 1, onder a), van 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, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997, en met een duidelijk grensoverschrijdend belang, dwingend ertoe verplicht om ingeval meer dan vijf geldige inschrijvingen zijn ingediend, automatisch de inschrijvingen uit te sluiten die volgens een in deze regeling vastgelegd mathematisch criterium in verhouding tot het uit te voeren werk abnormaal laag worden geacht, zonder dat die aanbestedende diensten een mogelijkheid wordt gelaten om de samenstelling van deze inschrijvingen te onderzoeken door de betrokken inschrijvers [Or. 9] om preciseringen daarover te verzoeken. Dit zou niet het geval zijn indien in een nationale of lokale regeling dan wel door de betrokken aanbestedende dienst, op grond van een excessief groot aantal inschrijvingen waardoor de aanbestedende dienst zou kunnen worden gedwongen tot een contradictoire verificatie van een dusdanig groot aantal inschrijvingen dat dit zijn administratieve mogelijkheden te buiten zou gaan, of de verwezenlijking van het project in gevaar zou kunnen komen wegens de vertraging die deze verificatie met zich zou kunnen brengen, een redelijke drempel zou worden vastgesteld waarboven abnormaal lage inschrijvingen automatisch zouden worden uitgesloten (arrest van 15 mei 2008, Secap SpA en Santorso soc. coop., gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06,[EU:C:2008:277]).

- 12 In dat arrest heeft het Hof verklaard dat deze in ondubbelzinnige, dwingende en absolute bewoordingen geformuleerde regel van automatische uitsluiting de inschrijvers die abnormaal lage inschrijvingen hebben ingediend, de mogelijkheid ontnemt om te bewijzen dat deze inschrijvingen betrouwbaar en serieus zijn. Dit aspect van de nationale wettelijke regeling „zou kunnen leiden tot met het gemeenschapsrecht onverenigbare resultaten, indien een bepaalde opdracht, gelet op de eigen kenmerken ervan, een duidelijk grensoverschrijdend belang kan vertonen en zo marktdeelnemers uit andere lidstaten kan aantrekken”. Een opdracht voor de uitvoering van werken zou bijvoorbeeld een dergelijk grensoverschrijdend belang kunnen vertonen wegens de geraamde waarde ervan, samen met de technische aard ervan of de uitvoering van de werken op een plek die voor [Or.10] buitenlandse marktdeelnemers interessant zou kunnen zijn. Volgens het Hof kan een nationale wettelijke regeling objectieve criteria vaststellen die duiden op het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Een dergelijk criterium zou met name een groter bedrag kunnen zijn dat met de betrokken opdracht is gemoeid, in combinatie met de plaats van uitvoering van de werken. Er dient echter rekening mee te worden gehouden dat „in sommige gevallen de grenzen door agglomeraties op het grondgebied van verschillende lidstaten heen lopen en dat in dergelijke omstandigheden zelfs opdrachten van geringe waarde een duidelijk grensoverschrijdend belang kunnen vertonen”.
- 13 Het Hof preciseerde ook dat zelfs in geval van een duidelijk grensoverschrijdend belang de automatische uitsluiting van bepaalde inschrijvingen op grond dat zij abnormaal laag zijn, aanvaardbaar zou kunnen blijken „wanneer het beroep op deze regel wordt gerechtvaardigd door het excessief grote aantal inschrijvingen. Hierdoor zou de betrokken aanbestedende dienst kunnen worden gedwongen tot een contradictoire verificatie van een dusdanig groot aantal inschrijvingen dat dit zijn administratieve mogelijkheden te buiten zou gaan, of zou de verwezenlijking van het project in gevaar kunnen komen wegens de vertraging die deze verificatie met zich zou kunnen brengen”. De in artikel 21 van Legge nr. 109 van 1994 vastgestelde drempel van vijf offertes is door het Hof evenwel als onredelijk beschouwd.

Uitlegging van het beginsel van gelijke behandeling, het discriminatieverbod, het evenredigheidsbeginsel, alsook de beginselen van de vrijheid van vestiging en de vrije [Or.11] dienstverrichting

- 14 Dit Tribunale is met betrekking tot de beantwoording van de gestelde prejudiciële vraag van oordeel, welke zienswijze het mag vermelden overeenkomstig punt 23 van de Informatienota van het Hof van Justitie van de Europese Unie voor de indiening van prejudiciële verzoeken door de nationale rechters (Publicatieblad van 28 mei 2011), dat ook de thans van kracht zijnde nationale voorschriften zoals deze in artikel 122, lid 9, en artikel 253, lid 20-bis, van Decreto legislativo nr. 163 van 2006 zijn neergelegd, onverenigbaar zijn met de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU, en in het bijzonder met het beginsel van gelijke behandeling, het

discriminatieverbod, het evenredigheidsbeginsel, en de rechtstreeks uit het Verdrag voortvloeiende vrijheid van vestiging en vrije dienstverrichting.

15 Het Tribunale wijst in dit verband op het volgende:

- opdrachten voor werken met een waarde beneden de drempel zijn niet uitgesloten van de werkingssfeer van het recht van de Unie, aangezien de aanbestedende diensten hoe dan ook gehouden zijn om de fundamentele regels van het Verdrag, met name het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, in acht te nemen ingeval de betrokken opdrachten een grensoverschrijdend belang vertonen (zie arresten van 7 december 2000, Telaustria en Telefonadress, C-324/98, [EU:C:2000:669]; 20 oktober 2005, Commissie/Frankrijk, C-264/03, [EU:C:2005:620], en [Commissie/Ierland, C-507/03, EU:C:2007:676]);
- deze uitlegging wordt bevestigd door overweging 2 van **[Or.12]** Richtlijn 2004/18/EG, waarin het heet dat bij het plaatsen van alle overheidsopdrachten die in de lidstaten worden afgesloten, de basisregels van het Verdrag moeten worden geëerbiedigd, met name die betreffende het vrije verkeer van goederen en het vrij verrichten van diensten, alsook het recht van vestiging, en de daarvan afgeleide fundamentele beginselen, zoals het beginsel van gelijke behandeling, het evenredigheidsbeginsel en het transparantiebeginsel (zie arrest van 23 december 2009, Serrantoni en Consorzio stabile edili, C-376/08, [EU:C:2009:808]);
- het grensoverschrijdende belang kan niet alleen uit het economische belang van de geplande overeenkomst voortvloeien, maar ook uit de plaats van uitvoering of de technische kenmerken ervan, aangezien bepaalde opdrachten met een lage financiële waarde van grensoverschrijdend belang kunnen zijn voor marktdeelnemers die gevestigd zijn in verschillende geografische gebieden die over de nationale grenzen heen gelegen zijn;
- artikel 122 van Decreto legislativo nr.163 van 2006 staat het de aanbestedende dienst toe om in het bestek de automatische uitsluiting op te nemen van abnormaal lage inschrijvingen wanneer het aantal geselecteerde offertes tien of meer bedraagt, conform voorwaarden en voorschriften die niet verschillen van die welke voorheen in artikel 21 van Legge nr. 109 waren opgenomen (zie dienaangaande het voornoemde arrest van 15 mei 2008, Secap SpA en Santorso soc. coop., gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06);

[Or.13]

- het minimumaantal geldige inschrijvingen (tien) waarboven het volgens de geldende nationale wettelijke regeling is toegestaan om inschrijvingen automatisch uit te sluiten zonder dat een op weerspraak verricht onderzoek hoeft te worden verricht waarbij de gegadigde ondernemingen worden

betrokken, blijkt onevenredig te zijn en kan niet op objectieve gronden worden verzoend met de vereisten van spoed en vereenvoudiging van de aanbestedingsprocedure;

- artikel 253 van Decreto legislativo nr. 163 van 2006 biedt de mogelijkheid om abnormale inschrijvingen uit te sluiten, ook in aanbestedingsprocedures betreffende opdrachten met een zeer hoge waarde die mogelijk niet ver verwijderd is van de communautaire drempel van 5 186 000 EUR (waarin verordening 1336/2013/EG van 13 december 2013 thans voorziet), zonder dat sprake is van een aannemelijke rechtvaardiging met betrekking tot de noodzaak van een dergelijke lange periode waarin overgangsregels blijven gelden;
- de nationale wettelijke bepalingen leggen de aanbestedende diensten niet de verplichting op om specifiek na te gaan of sprake is van een grensoverschrijdend belang gelet op de financiële waarde van de overeenkomst, de technische kenmerken en de plaats van uitvoering ervan, doch voorzien veeleer in een absolute bovengrens (1 000 000 EUR, die tot 31 december 2015 is verhoogd tot 5 186 000 EUR), waaronder de aanbestedende diensten vrijelijk de mogelijkheid van een automatische uitsluiting kunnen gebruiken;
- ook in omstandigheden zoals die van de onderhavige zaak, waarin het om werken voor de uitbreiding en de renovatie van het schoolgebouw met een geraamde waarde van 1 158 899,97 EUR gaat, kan niet zonder meer worden uitgesloten dat sprake is van een grensoverschrijdend belang, **[Or.14]** aangezien de gemeente Fossano minder dan 200 km verwijderd is van de 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 (ongeveer 600 km ver) en in Campanië (ongeveer 800 km ver), en er dus eventueel zelfs een grensoverschrijdend belang kan bestaan indien geen enkele buitenlandse marktdeelnemer een offerte heeft ingediend (zie arrest van 14 november 2013, C-221/12, Belgacom NV, [EU:C:2013:736]);
- ten slotte lijken de nationale wettelijke bepalingen die van toepassing zijn op overheidsopdrachten met een geraamde waarde beneden de drempelwaarde in te druisen tegen het beginsel van gelijke behandeling, het discriminatieverbod en het evenredigheidsbeginsel, aangezien geen beperkingen zijn gesteld op de bevoegdheid van de aanbestedende diensten om in het aanbestedingsbestek te bepalen dat abnormaal lage inschrijvingen automatisch zullen worden uitgesloten, ook wanneer de waarde van de opdracht zeer aanzienlijk is en dicht aanleunt bij de communautaire drempel 5 186 000 EUR) en het aantal geselecteerde inschrijvingen relatief laag is (vanaf tien), zonder dat rekening wordt gehouden met alle andere concrete

factoren die erop kunnen wijzen dat een grensoverschrijdend belang bestaat (zoals de aard van de werken, de plaats waar deze moeten worden uitgevoerd en het aantal en de vestigingsplaats van de ondernemingen die eventueel in de opdracht kunnen zijn geïnteresseerd).

Prejudiciële vraag

16 In het licht van het voorgaande stelt het Tribunale de volgende vraag:

„Dienen de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU **[Or.15]** 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 van 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 drempel ligt maar welke opdrachten een grensoverschrijdend belang hebben?”

Dictum

Het Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Tweede kamer):

- legt het Hof van Justitie van de Europese Unie de in de motivering weergegeven prejudiciële vraag voor;
- [OMISSIS] [procedure]
- schorst de behandeling van de zaak;
- [OMISSIS] [procedure]

Gegeven te Turijn in raadkamer op 29 april 2015,

[OMISSIS]

[Or.16]

[OMISSIS]

[OMISSIS] [ondertekeningen en procedure]