ARREST VAN HET HOF (Zesde kamer)
27 november 2001 *

In de gevoegde zaken C-285/99 en C-286/99,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 234 EG van de Consiglio di Stato (Italië), in de aldaar aanhangige gedingen tussen

Impresa Lombardini SpA — Impresa Generale di Costruzioni

en

ANAS — Ente nazionale per le strade,
Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA (C-285/99),

en tussen

Impresa Ing. Mantovani SpA

en

ANAS — Ente nazionale per le strade,
Ditta Paolo Bregoli (C-286/99),

in tegenwoordigheid van:

Coopsette Soc. coop. arl (C-286/99),

* Procestaal: Italiaans.

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van artikel 30, lid 4, 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 (PB L 199, blz. 54),

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: N. Colneric, president van de Tweede kamer, waarnemend voor de president van de Zesde kamer, C. Gulmann, J.-P. Puissochet, R. Schintgen (rapporteur) en V. Skouris, rechters,

advocaat-generaal: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
griffier: L. Hewlett, administrateur,

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

— Impresa Lombardini SpA — Impresa Generale di Costruzioni, vertegenwoordigd door A. Cinti, R. Ferola en L. Manzi, avvocati,

— Impresa Ing. Mantovani SpA, vertegenwoordigd door A. Cancrini, avvocato,

— Coopsette Soc. coop. arl, vertegenwoordigd door S. Panunzio, avvocato,

— de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door U. Leanza als gemachtigde, bijgestaan door P. G. Ferri, avvocato dello Stato,

— de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door W. Okresek als gemachtigde,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door M. Nolin als gemachtigde, bijgestaan door M. Moretto, avvocato,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de mondelinge opmerkingen van Impresa Lombardini SpA — Impresa Generale di Costruzioni, vertegenwoordigd door R. Ferola; Impresa Ing. Mantovani SpA, vertegenwoordigd door C. De Portu, avvocato; Coopsette Soc. coop. arl, vertegenwoordigd door S. Panunzio; de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door D. Del Gaizo, avvocato dello Stato, en de Commissie, vertegenwoordigd door M. Nolin, bijgestaan door M. Moretto, ter terechtzitting van 3 mei 2001,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 5 juni 2001,

het navolgende

Arrest

1 Bij twee beschikkingen van 26 mei 1999, ingekomen ter griffie van het Hof op 30 juli daaraanvolgend heeft de Consiglio di Stato krachtens artikel 234 EG vijf prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van artikel 30, lid 4, 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 (PB L 199, blz. 54; hierna: „richtlijn").

2 Deze vragen zijn gerezen in twee gedingen tussen de vennootschappen naar Italiaans recht Impresa Lombardini SpA — Impresa Generale di Costruzioni (hierna: „Lombardini") (C-285/99) en Impresa Ing. Mantovani SpA (hierna: „Mantovani") (C-286/99), enerzijds, en ANAS — Ente nazionale per le strade (hierna: „ANAS"), de Italiaanse publiekrechtelijke aanbestedende dienst, anderzijds, over de afwijzing van de in twee niet-openbare procedures voor de plaatsing van overheidsopdrachten door Lombardini en Mantovani ingediende inschrijvingen op grond dat deze inschrijvingen abnormaal laag waren.

Rechtskader

Bepalingen van gemeenschapsrecht

3 De richtlijn 93/37 is vastgesteld op de grondslag van de artikelen 57, lid 2, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 47, lid 2, EG), 66 EG-Verdrag (thans artikel 55 EG) en 100 A EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 95 EG).

4 In de tweede overweging van de considerans van de richtlijn heet het, dat „bij de gelijktijdige verwezenlijking van de vrijheid van vestiging en van het vrij verrichten van diensten op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken in de lidstaten voor rekening van de staat, van de territoriale en van de andere publiekrechtelijke instellingen, niet alleen de beperkingen moeten worden opgeheven, maar dat tevens de nationale procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken moeten worden gecoördineerd".

5 Artikel 30 van de richtlijn, in hoofdstuk 3, „Gunningscriteria", van titel IV „Gemeenschappelijke regels inzake deelneming", bepaalt:

„1. De criteria aan de hand waarvan de aanbestedende dienst een opdracht gunt, zijn

a) hetzij alleen de laagste prijs;

b) hetzij, indien de gunning aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbieding plaatsvindt, verschillende criteria die variëren naar gelang van de aard van de opdracht, zoals de prijs, de termijn voor uitvoering, de gebruikskosten, de rentabiliteit, de technische waarde.

[...]

4. Indien voor een bepaalde opdracht inschrijvingen worden gedaan die in verhouding tot het uit te voeren werk abnormaal laag lijken, verzoekt de aanbestedende dienst, vóór hij deze inschrijvingen kan afwijzen, schriftelijk om de door hem dienstig geachte preciseringen over de samenstelling van de inschrijving en onderzoekt hij de samenstelling aan de hand van de ontvangen toelichtingen, waarbij hij rekening houdt met de verstrekte motivering.

De aanbestedende dienst kan motiveringen in aanmerking nemen die betrekking hebben op de zuinigheid van het bouwprocédé, de gekozen technische oplossingen, de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver voor de uitvoering van werken kan profiteren, of de originaliteit van diens ontwerp.

Indien in de stukken is bepaald dat de opdracht aan de laagste inschrijver wordt gegund, is de aanbestedende dienst verplicht de Commissie mede te delen welke te laag beoordeelde inschrijvingen zijn afgewezen.

Tot eind 1992 evenwel mag de aanbestedende dienst, wanneer dit volgens de geldende nationale wetgeving is toegestaan, bij uitzondering en met uitsluiting van elke discriminatie op grond van nationaliteit, zonder de in de eerste alinea vermelde procedure te volgen inschrijvingen afwijzen die abnormaal laag zijn in verhouding tot de prestatie, wanneer het aantal dergelijke inschrijvingen voor een bepaalde opdracht zo groot is, dat het volgen van deze procedure een aanzienlijke vertraging zou veroorzaken en het met de uitvoering van de betrokken opdracht samenhangende openbare belang zou worden geschaad. [...]"

Bepalingen van nationaal recht

6 Artikel 30, lid 4, van de richtlijn is in Italiaans recht omgezet bij artikel 21, lid 1 bis, van wet nr. 109 van 11 februari 1994 (GURI nr. 41 van 19 februari 1994, blz. 5), de kaderwet inzake openbare werken.

7 In de versie die voortvloeit uit artikel 7 van wetsbesluit nr. 101 van 3 april 1995 (GURI nr. 78 van 3 april 1995, blz. 8), bekrachtigd bij wet nr. 216 van 2 juni 1995 (GURI nr. 127 van 2 juni 1995, blz. 3), luidt deze bepaling als volgt:

„In geval van aanbesteding van werken voor een bedrag van 5 miljoen ECU of meer volgens het criterium van de laagste prijs zoals bedoeld in lid 1, beoordeelt

de betrokken dienst het abnormaal karakter in de zin van artikel 30 van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993, van inschrijvingen met een korting die hoger is dan het percentage dat vóór 1 januari van elk jaar bij besluit van de minister van Openbare werken, het *Osservatorio* van de openbare werken gehoord, wordt vastgesteld op basis van de tendens van de in het voorafgaande jaar tot aanbestedingen toegelaten inschrijvingen.

Daartoe kan de dienst uitsluitend motiveringen in aanmerking nemen die betrekking hebben op de zuinigheid van het bouwprocédé, de gekozen technische oplossingen of de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren, met uitsluiting van motiveringen die betrekking hebben op alle factoren waarvan de minimumwaarde bij wet, verordening of bestuursbesluit is vastgesteld, dan wel waarvan de minimumwaarde is af te leiden uit officiële gegevens. De inschrijvingen moeten bij hun indiening vergezeld gaan van een motivering bij de belangrijkste in de aankondiging van de overheidsopdracht of de uitnodigingsbrief genoemde prijselementen, waarvan het totale bedrag niet lager mag zijn dan 75 % van de aanbestedingswaarde."

8 Van mening dat het onmogelijk was voor het gehele grondgebied een enkele drempel voor abnormaal lage inschrijvingen te bepalen en gelet op de omstandigheid dat het *Osservatorio* niet was opgericht, besloot de minister van Openbare werken bij de krachtens artikel 21, lid 1 bis, eerste alinea, van wet nr. 109/94, thans gewijzigd, vastgestelde ministeriële besluiten van 28 april 1997 (GURI nr. 105 van 8 mei 1997, blz. 28) en 18 december 1997 (GURI nr. 1 van 2 januari 1998, blz. 26) houdende vaststelling van de drempel voor abnormaal lage inschrijvingen in de aankondigingen van opdrachten, het kortingspercentage dat voor de aanbestedende dienst de verplichting meebrengt tot verificatie van de inschrijving, voor 1997 en 1998 vast te stellen op „het rekenkundige gemiddelde van de kortingspercentages van alle toegelaten inschrijvingen, vermeerderd met de gemiddelde rekenkundige afwijking van de kortingspercentages die hoger zijn dan dit gemiddelde".

De hoofdzaken en de prejudiciële vragen

Zaak C-285/99

9 In 1997 nam Lombardini deel aan een door de ANAS aangekondigde niet-openbare aanbestedingsprocedure inzake een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken, namelijk de verbreding tot drie baanvakken van een stuk autoweg, voor een aanbestedingswaarde van 122 250 216 000 ITL.

10 Zowel in de aankondiging van de opdracht als in de schriftelijke uitnodiging tot inschrijving werd vermeld, dat de gunning van deze overheidsopdracht zou verlopen overeenkomstig artikel 21 van wet nr. 109/94, zoals gewijzigd bij wet nr. 216/95, volgens het criterium van de maximumkorting op de als basis van de opdracht aangenomen prijslijst en het bedrag van de ruwbouw, en dat de aanbestedende dienst aan de hand van het bij ministerieel besluit van 28 april 1997 vastgestelde criterium zou bepalen welke inschrijvingen als abnormaal laag zouden worden beschouwd.

11 Krachtens artikel 21, lid 1 bis, van wet nr. 109/94 waren de inschrijvers volgens de uitnodigingsbrief verplicht de belangrijkste prijselementen van hun inschrijving te motiveren ten belope van 75 % van de in de aankondiging van de opdracht vermelde basiswaarde. De inschrijving en de toelichting bij de samenstelling ervan moesten op straf van uitsluiting volgens de bij deze uitnodiging gevoegde regels worden opgesteld en in de enveloppe bij de administratieve stukken worden gevoegd. Eveneens werd vermeld dat de bewijsstukken die nodig waren om de ernst van de prijzen voor de belangrijkste onderdelen van de opdracht te verifiëren moesten worden bijgevoegd, eveneens op straf van uitsluiting, in een aparte en verzegelde enveloppe, die enkel zou worden geopend en waarvan de inhoud enkel zou worden onderzocht voor inschrijvingen met een grotere korting dan de rekenkundige drempel voor

abnormaal lage inschrijvingen. Indien de opdracht zou worden gegund aan een inschrijver wiens offerte deze korting bood, zouden de prijsanalyses en de motivering tot staving van de offerte integraal deel daarvan uitmaken en zouden zij met contractuele gelding bij de overeenkomst worden gevoegd.

12 Na overeenkomstig de voorschriften van het ministerieel decreet van 28 april 1997 voor de betrokken opdracht de drempel voor abnormaal lage inschrijvingen te hebben vastgesteld op 28,004 %, opende de bevoegde instantie enkel de enveloppen met de bewijsstukken betreffende uitsluitend de inschrijvingen met een korting die deze drempel overschreed, waaronder de inschrijving van Lombardini.

13 Na onderzoek van deze stukken verklaarde zij alle inschrijvingen met een korting die deze grens overschreed, niet-ontvankelijk, doch zonder de betrokken ondernemingen de mogelijkheid te bieden nadere preciseringen te verstrekken nadat hun inschrijvingen abnormaal laag waren bevonden en voordat de definitieve gunning plaatsvond.

14 Aldus werd de inschrijving van Lombardini, die in een korting van 29,88 % voorzag, uitgesloten en werd de opdracht gegund aan Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA waarvan de inschrijving, met een korting van 27,70 %, de laagste was van die welke niet als abnormaal laag waren aangemerkt.

15 Lombardini stelde daartegen beroep in bij het Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Italië) en voerde aan dat de Italiaanse regelgeving niet in overeenstemming was met de vereisten van de richtlijn, nu om elk vermoeden van een abnormaal lage inschrijving uit te sluiten geen genoegen kan worden genomen met een beoordeling van de bij de indiening van de inschrijving verstrekte motivering, die trouwens slechts 75 % van de aanbestedingswaarde kon

betreffen, maar dat de aanbestedende dienst volgens de richtlijn de betrokken onderneming vervolgens om preciseringen en toelichtingen moest verzoeken in het kader van een werkelijk contradictoir debat.

16 Nadat haar beroep op 1 juli 1998 door het Tribunale amministrativo was verworpen, bracht Lombardini het geschil voor de Consiglio di Stato.

17 De Consiglio di Stato merkt op dat de aannemers die deelnemen aan een aanbesteding, volgens de Italiaanse regelgeving en administratieve praktijk van bij hun inschrijving, op straf van automatische uitsluiting van de inschrijving, op ad-hocformulieren een motivering moeten verstrekken met betrekking tot ten minste 75 % van de basiswaarde van de opdracht, terwijl deze marktdeelnemers bij de indiening van hun dossier en vóór de opening van alle tot de aanbesteding toegelaten inschrijvingen niet kunnen weten welke korting door de aanbestedende dienst als abnormaal zal worden beschouwd. Volgens de Consiglio di Stato moet voor de beslechting van de zaak worden uitgemaakt, of deze rechtstoestand in overeenstemming is met de richtlijn, dan wel of de aanbestedende dienst volgens de richtlijn verplicht is na de indiening van de inschrijvingen een contradictoir debat te voeren, via een individuele verificatie in het kader van een dialoog met de betrokken aannemer, zonder beperking in de tijd van de mogelijkheid voor de aannemer om gegevens te verstrekken tot staving van de geloofwaardigheid van zijn inschrijving.

18 De Consiglio di Stato vraagt zich bovendien af, of de Italiaanse regeling verenigbaar is met het gemeenschapsrecht, voorzover zij elke motivering uitsluit die betrekking heeft op factoren waarvan de minimumwaarde bij wet, verordening of administratief besluit is vastgesteld of kan worden bepaald op basis van officiële gegevens. Het betrokken voorschrift zou immers onverenigbaar kunnen zijn met het gemeenschapsrecht aangezien het de vrije mededinging zou kunnen belemmeren en een schending zou kunnen vormen van het beginsel dat moet worden gezocht naar de ondernemingen met de gunstigste inschrijving, wat een fundamenteel beginsel van de communautaire rechtsorde is.

19 Van oordeel dat voor de beslechting van het geschil de uitlegging van het gemeenschapsrecht nodig is, besloot de Consiglio di Stato de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken over de volgende vragen:

„1) Zijn clausules in aankondigingen van overheidsopdrachten die de deelneming verhinderen van ondernemingen die bij hun inschrijvingen geen motivering van de aangegeven prijs hebben gevoegd voor ten minste 75 % van de basiswaarde van de opdracht, onverenigbaar met artikel 30, lid 4, 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?

2) Is een methode van automatische berekening van de drempel van abnormaal lage inschrijvingen die aan een verificatie moeten worden onderworpen, welke methode is gebaseerd op een statistisch criterium en een rekenkundig gemiddelde, zodat de aannemers deze drempel niet vooraf kunnen kennen, onverenigbaar met artikel 30, lid 4, van richtlijn 93/37?

3) Is een voorafgaand contradictoir debat, zonder dat de onderneming die een abnormaal lage inschrijving zou hebben ingediend, haar argumenten kan doen gelden na de opening van de enveloppen en voordat tot uitsluiting wordt besloten, onverenigbaar met artikel 30, lid 4, van richtlijn 93/37?

4) Is een voorschrift krachtens hetwelk de aanbestedende dienst motiveringen slechts in aanmerking kan nemen wanneer zij betrekking hebben op de zuinigheid van het bouwprocédé, de gekozen technische oplossingen of de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren, onverenigbaar met artikel 30, lid 4, van richtlijn 93/37?

5) Is de uitsluiting van motiveringen die betrekking hebben op factoren waarvan de minimumwaarde kan worden afgeleid uit officiële lijsten, onverenigbaar met artikel 30, lid 4, van richtlijn 93/37?"

Zaak C-286/99

20 In 1997 nam Mantovani deel aan een door ANAS aangekondigde niet-openbare aanbestedingsprocedure voor de uitvoering van werken, namelijk de aanleg van een stuk van een provinciale weg. Blijkens de aankondiging zou de opdracht worden gegund aan de inschrijvende onderneming die de grootste korting zou bieden ten opzichte van de basiswaarde van de opdracht, namelijk 15 720 000 000 ITL.

21 Aangezien de drempel voor abnormaal lage inschrijvingen op 40,865 % was vastgesteld, werd de inschrijving van Mantovani, die een korting van 41,460 % bood, zodat de drempel werd overschreden, uitgesloten om dezelfde redenen als welke tot de uitsluiting van de inschrijving van Lombardini in zaak C-285/99 hebben geleid.

22 De werken werden toegewezen aan de aannemer Paolo Bregoli, wiens inschrijving de laagste was van de niet als abnormaal laag aangemerkte inschrijvingen.

23 Het beroep van Mantovani bij het Tribunale amministrativo regionale del Lazio werd op 26 juni 1998 verworpen.

24 Mantovani bracht het geschil voor de Consiglio di Stato, die op grond van analoge overwegingen als in zaak C-285/99 besloot de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken over vijf vragen die identiek zijn met die in zaak C-285/99.

25 Coopsette Soc. coop. arl werd in de hoofdzaak toegelaten tot interventie aan de zijde van Mantovani.

26 Bij beschikking van de president van het Hof van 14 september 1999 zijn de zaken C-285/99 en C-286/99 gevoegd voor de schriftelijke en de mondelinge behandeling en voor het arrest.

De prejudiciële vragen

27 Om te beginnen moet er worden aan herinnerd, dat het Hof in het kader van een procedure krachtens artikel 234 EG niet bevoegd is om zich uit te spreken over de verenigbaarheid van nationale bepalingen met het gemeenschapsrecht of om nationale wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen uit te leggen. Daarentegen is het wel bevoegd om de verwijzende rechter alle uitleggingsgegevens met betrekking tot het gemeenschapsrecht te verschaffen die hem in staat stellen deze verenigbaarheid te beoordelen bij de beslechting van het bij hem aanhangige geding (zie met name arresten van 15 december 1993, Hünermund e.a., C-292/92, Jurispr. blz. I-6787, punt 8; 3 mei 2001, Verdonck e.a., C-28/99, Jurispr. blz. I-3399, punt 28, en 12 juli 2001, Ordine degli Architetti e.a., C-399/98, Jurispr. blz. I-5409, punt 48).

28 In deze omstandigheden dienen de prejudiciële vragen, die samen moeten worden onderzocht, aldus te worden begrepen dat zij in wezen betrekking hebben op de vraag, of artikel 30, lid 4, van de richtlijn aldus moet worden uitgelegd, dat het zich verzet tegen de regelingen en de administratieve praktijk van een lidstaat,

— die de aanbestedende dienst in de eerste plaats de mogelijkheid bieden als abnormaal laag af te wijzen, de inschrijvingen met een korting die hoger is dan de drempel voor abnormaal lage inschrijvingen — berekend volgens een mathematische formule op basis van alle voor de betrokken aanbesteding ontvangen inschrijvingen, zodat de inschrijvers deze drempel niet kennen ten tijde van de indiening van hun dossier —, wanneer deze dienst in zijn besluit enkel rekening houdt met de motiveringen van de voorgestelde prijzen met betrekking tot ten minste 75 % van de in de kennisgeving van de opdracht vermelde basiswaarde van de opdracht, die de ondernemingen op straf van uitsluiting bij hun inschrijving moesten voegen, zonder dat de inschrijvers na de opening van de enveloppen hun standpunt kunnen verdedigen over de elementen van de prijsoffertes die het vermoeden van onregelmatigheid hebben doen ontstaan, en

— die de aanbestedende dienst in de tweede plaats de verplichting opleggen bij de verificatie van de abnormaal lage inschrijvingen enkel motiveringen in aanmerking te nemen die betrekking hebben op de zuinigheid van het bouwprocédé, de gekozen technische oplossingen of de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren, met uitzondering van die betreffende factoren waarvan de minimumwaarde is vastgesteld bij wet, verordening of administratief besluit of kan worden bepaald aan de hand van officiële gegevens.

29 Vooraf zij eraan herinnerd, dat blijkens de verwijzingsbeschikkingen en de dossiers, overeenkomstig de in de hoofdzaken geldende voorschriften en administratieve praktijk, elke inschrijving bij de indiening ervan vergezeld moet gaan van motiveringen met betrekking tot de belangrijkste onderdelen van de prijs die overeenstemmen met een bedrag van ten minste 75 % van de

basiswaarde van de betrokken opdracht. Deze gegevens moeten worden verstrekt in een afzonderlijke en verzegelde enveloppe, waarvan de inhoud enkel zal worden onderzocht indien de inschrijving van de betrokken onderneming een korting behelst die hoger ligt dan de drempel voor abnormaal lage inschrijvingen, welke drempel voor elke opdracht op basis van alle inschrijvingen is berekend, zodat de inschrijvers de drempel niet kennen bij de indiening van hun dossier.

30 In werkelijkheid wijst de aanbestedende dienst die inschrijvingen als abnormaal laag af welke een korting bieden die hoger is dan de aldus berekende drempel voor abnormaal lage inschrijvingen, en gunt hij de opdracht systematisch aan de onderneming die de laagste van de overige inschrijvingen heeft ingediend. De abnormaal lage inschrijvingen worden uitgesloten en de opdracht wordt gegund op de enkele grond van een beoordeling door de bevoegde autoriteit van de samen met de inschrijvingen zelf verstrekte motiveringen die op slechts 75 % van de basiswaarde van de opdracht betrekking hebben, zonder dat deze overheid de betrokken ondernemingen om verdere toelichting verzoekt en zonder dat deze de mogelijkheid krijgen om andere motiveringen te verstrekken nadat twijfels zijn ontstaan over het al dan niet abnormaal laag karakter van hun inschrijving.

31 Bovendien kan de aanbestedende dienst volgens de relevante nationale regeling enkel motiveringen in aanmerking nemen die betrekking hebben op de zuinigheid van het bouwprocédé, de gekozen technische oplossingen of de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren. De aanbestedende dienst kan zich ook niet baseren op motiveringen die betrekking hebben op enige factor waarvan de minimumwaarde is vastgesteld bij wet, verordening of administratief besluit of kan worden afgeleid uit officiële gegevens.

32 In het licht van deze regels en feiten moet worden geantwoord op de prejudiciële vragen, zoals geherformuleerd in punt 28 van dit arrest.

De regels voor vaststelling, onderzoek en uitsluiting van abnormaal lage inschrijvingen

33 Wat dit eerste aspect van de prejudiciële vragen betreft, blijkt uit het opschrift en de tweede overweging van de considerans van de richtlijn, dat deze louter tot doel heeft de nationale procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken te coördineren, en dat zij dus niet voorziet in een uitputtende gemeenschapsregeling ter zake.

34 Zoals blijkt uit de aanhef en de tweede en de tiende overweging van de considerans, beoogt de richtlijn niettemin de beperkingen van de vrijheid van vestiging en van dienstverrichting op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken op te heffen teneinde deze opdrachten voor daadwerkelijke mededinging onder de aannemers van de lidstaten open te stellen (zie arrest Ordine degli Architetti e.a., reeds aangehaald, punt 52).

35 Het belangrijkste doel van de richtlijn is aldus de overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken open te stellen voor de mededinging. De openstelling voor de mededinging binnen de Gemeenschap volgens de in de richtlijn vastgestelde procedures garandeert immers dat favoritisme door de overheid uitgesloten is (zie arrest Ordine degli Architetti e.a., reeds aangehaald, punt 75).

36 De coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten op communautair vlak is dus hoofdzakelijk bedoeld ter bescherming van de belangen van in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers die goederen of diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden, en strekken er dus toe zowel het risico uit te sluiten dat een aanbestedende

dienst bij het plaatsen van opdrachten de voorkeur geeft aan binnenlandse inschrijvers, als de mogelijkheid dat deze dienst zich door andere dan economische overwegingen laat leiden (zie in die zin arresten van 3 oktober 2000, University of Cambridge, C-380/98, Jurispr. blz. I-8035, punten 16 en 17, en 1 februari 2001, Commissie/Frankrijk, C-237/99, Jurispr. blz. I-939, punten 41 en 42).

37 De aanbestedende dienst moet dan ook het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers respecteren, zoals overigens uitdrukkelijk uit de artikelen 22, lid 4, 30, lid 4, vierde alinea, en 31, lid 1, van de richtlijn voortvloeit.

38 Bovendien verplicht het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit met name tot transparantie, zodat de aanbestedende dienst zich ervan kan vergewissen dat dit verbod wordt nageleefd [zie naar analogie, met betrekking tot richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB L 199, blz. 1), arrest van 18 november 1999, Unitron Scandinavia en 3-S, C-275/98, Jurispr. blz. I-8291, punt 31].

39 Tegen deze achtergrond voorziet deze richtlijn blijkens de twaalfde overweging van de considerans ervan in gemeenschappelijke regels voor deelneming aan overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, die kwalitatieve selectiecriteria en criteria voor de gunning van opdrachten behelzen.

40 Wat meer in het bijzonder de criteria voor gunning van opdrachten betreft, zijn deze met name omschreven in artikel 30 van de richtlijn.

41 Zoals uit de eerste overweging van de considerans blijkt, vormt de richtlijn een codificatie 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 L 185, blz. 5), en de achtereenvolgende wijzigingen ervan. Zoals het Hof in punt 13 van het arrest van 16 oktober 1997, Hera (C-304/96, Jurispr. blz. I-5685), reeds opmerkte, komt artikel 30, lid 4, van de richtlijn overeen met artikel 29, lid 5, van richtlijn 71/305, in de versie die voortvloeit uit richtlijn 89/440/EEG van de Raad van 18 juli 1989 (PB L 210, blz. 1).

42 In zijn aanvankelijke versie luidde artikel 29, lid 5, van richtlijn 71/305:

„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, en laat hij hem eventueel weten, welke er onaanvaardbaar worden geacht.

[...]"

43 Het Hof heeft reeds voor recht verklaard, dat wanneer de offertes van een inschrijver volgens de aanbestedende dienst kennelijk abnormaal laag zijn ten opzichte van de te verrichten prestaties, deze dienst krachtens artikel 29, lid 5,

van richtlijn 71/305 verplicht is, alvorens de opdracht te gunnen, de inschrijver om motivering van zijn prijsoffertes te verzoeken of hem mee te delen welke van zijn offertes abnormaal laag zijn en hem een redelijke termijn te verlenen om aanvullende inlichtingen te verschaffen (arrest van 10 februari 1982, Transporoute, 76/81, Jurispr. blz. 417, punt 18).

44 In punt 17 van dit arrest oordeelde het Hof immers, dat de aanbestedende dienst een abnormaal lage offerte in geen geval mag verwerpen zonder de inschrijver zelfs maar om motivering te verzoeken, aangezien het doel van artikel 29, lid 5, van richtlijn 71/305, namelijk de inschrijver tegen willekeur van de aanbestedende dienst beschermen, niet kan worden bereikt indien het aan deze laatste zou worden overgelaten te beoordelen of al dan niet om motivering moet worden verzocht.

45 Voorts is het vaste rechtspraak van het Hof dat artikel 29, lid 5, van richtlijn 71/305 de lidstaten verbiedt bepalingen in te voeren volgens welke bepaalde, volgens een mathematisch criterium aangewezen inschrijvingen ambtshalve worden uitgesloten van aanbestedingen van openbare werken, in plaats van de aanbestedende dienst te verplichten de door de richtlijn voorziene contradictoire verificatieprocedure toe te passen (zie arresten van 22 juni 1989, Fratelli Costanzo, 103/88, Jurispr. blz. 1839, punten 19 en 21, en 18 juni 1991, Donà Alfonso, C-295/89, Jurispr. blz. I-2967, summiere publicatie, punten 1 en 2 van het dictum).

46 Aldus oordeelde het Hof, dat de aanbestedende dienst volgens artikel 29, lid 5, van richtlijn 71/305 verplicht is de samenstelling van abnormaal lage inschrijvingen te onderzoeken en de inschrijver daarbij moet verzoeken de nodige motiveringen te verstrekken (zie arrest Fratelli Costanzo, reeds aangehaald, punt 16).

47 Volgens het Hof ontneemt een mathematisch criterium, op grond waarvan inschrijvingen die meer dan 10 percentpunten lager zijn dan de gemiddelde afwijking ten opzichte van de basiswaarde van de opdracht van alle tot de aanbesteding toegelaten inschrijvingen, als abnormaal worden beschouwd en dus van de aanbestedingsprocedure worden uitgesloten, de indieners van een bijzonder lage inschrijving de mogelijkheid te bewijzen dat hun inschrijving serieus is, zodat de toepassing van een dergelijk criterium in strijd is met de doelstelling van richtlijn 71/305, namelijk de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging op het gebied van de overheidsopdrachten (zie arrest Fratelli Costanzo, reeds aangehaald, punt 18).

48 Het Hof merkte eveneens op, dat de Raad, om de indieners van buitengewoon lage inschrijvingen in staat te stellen te bewijzen dat die inschrijvingen serieus zijn, en om aldus de openheid van de aanbesteding van openbare werken te verzekeren, in artikel 29, lid 5, van richtlijn 71/305 een nauwkeurige en gedetailleerde verificatieprocedure voor abnormaal laag lijkende inschrijvingen heeft voorgeschreven. Die doelstelling zou worden geschaad indien de lidstaten bij de omzetting van artikel 29, lid 5, van richtlijn 71/305 op wezenlijke punten daarvan konden afwijken (zie arrest Fratelli Costanzo, reeds aangehaald, punt 20).

49 Het Hof voegde daar ten slotte nog aan toe, dat de verificatieprocedure van artikel 29, lid 5, van richtlijn 71/305 moet worden toegepast telkens wanneer de aanbestedende dienst inschrijvingen wenst uit te sluiten omdat zij in verhouding tot de prestatie abnormaal laag zijn, zodat de inschrijvers ervan verzekerd zijn dat zij niet van de betrokken aanbesteding worden uitgesloten zonder dat zij de verdiensten van hun inschrijving hebben kunnen verdedigen (zie arrest Fratelli Costanzo, reeds aangehaald, punt 26).

50 Aangezien de voorschriften van artikel 29, lid 5, van richtlijn 71/305, zowel in de aanvankelijke als in de gewijzigde versie, in wezen overeenkomen met de vereisten van artikel 30, lid 4, van de richtlijn, gelden de bovenstaande overwegingen ook voor de uitlegging van deze laatste bepaling.

51 Bijgevolg vereist artikel 30, lid 4, van de richtlijn noodzakelijkerwijs, dat een contradictoire verificatieprocedure wordt toegepast op de inschrijvingen die door de aanbestedende dienst als abnormaal laag worden beschouwd, waarbij deze verplicht is, nadat hij kennis heeft genomen van alle inschrijvingen en voordat hij het gunningsbesluit vaststelt, eerst schriftelijk om toelichting te verzoeken over de elementen van de vermoedelijk abnormale inschrijvingen die concreet bij hem twijfels hebben doen rijzen, en deze inschrijving vervolgens te beoordelen op basis van de door de inschrijver in zijn antwoord op dit verzoek verstrekte motiveringen.

52 Nog afgezien van de omstandigheid dat de inschrijvende ondernemingen overeenkomstig de regelgeving en de administratieve praktijk die in de hoofdzaken van toepassing zijn, bij de indiening van hun dossier slechts 75 % van de aanbestedingswaarde moeten motiveren, terwijl het toch belangrijk is dat zij de ernst van hun inschrijving kunnen bewijzen voor alle onderdelen ervan, zijn deze voorafgaande motiveringen in elk geval niet in overeenstemming met de geest van de bij artikel 30, lid 4, van de richtlijn ingevoerde contradictoire verificatieprocedure.

53 Het is immers belangrijk dat elke inschrijver die vermoedelijk een abnormaal lage offerte heeft ingediend, de mogelijkheid krijgt om zijn standpunt dienaangaande behoorlijk te verdedigen, en elke motivering over de verschillende elementen van zijn inschrijving kan verstrekken op een tijdstip — noodzakelijkerwijs na de opening van alle enveloppen — waarop hij niet alleen kennis heeft van de op de betrokken opdracht toepasselijke drempel voor abnormaal lage inschrijvingen en de omstandigheid dat zijn inschrijving als abnormaal laag wordt beschouwd, maar ook van de specifieke punten die bij de aanbestedende dienst vragen hebben doen rijzen.

54 De bovenstaande uitlegging is overigens de enige die verenigbaar is zowel met de letter als met de doelstelling van artikel 30, lid 4, van de richtlijn.

55 Zo staat het blijkens de dwingende bewoordingen van deze bepaling aan de aanbestedende dienst, in de eerste plaats de vermoedelijk onregelmatige inschrijvingen aan te wijzen, in de tweede plaats de betrokken ondernemingen in staat te stellen te bewijzen dat die inschrijvingen serieus zijn, door van hen de door hem nuttig geachte toelichtingen te vragen, in de derde plaats de relevantie van de door de betrokkenen verstrekte toelichting te beoordelen, en in de vierde plaats een besluit te nemen over de toelating of de afwijzing van deze inschrijvingen. Er is dus van uit te gaan, dat aan de voorwaarden die inherent zijn aan het contradictoire karakter van de verificatieprocedure voor de abnormaal lage inschrijvingen in de zin van artikel 30, lid 4, van de richtlijn, slechts is voldaan wanneer achtereenvolgens alle bovenstaande stappen zijn verricht.

56 Overigens kan de aanbestedende dienst volgens de richtlijn deze contradictoire procedure van verificatie van abnormaal lage inschrijvingen enkel terzijde schuiven mits is voldaan aan de strikte voorwaarden van artikel 30, lid 4, vierde alinea. Het staat evenwel vast dat deze afwijkende bepaling in de hoofdzaken ratione temporis niet van toepassing is.

57 Voorts is het bestaan van een daadwerkelijk contradictoir debat tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver, op een nuttig tijdstip in de procedure van het onderzoek van de inschrijvingen, een fundamenteel vereiste van de richtlijn, om willekeurig optreden van de aanbestedende overheid te voorkomen en een gezonde mededinging tussen de ondernemingen te garanderen.

58 Gelet op de bovenstaande overwegingen, zij vastgesteld dat artikel 30, lid 4, van de richtlijn zich verzet tegen een regeling en een administratieve praktijk, zoals die welke in de hoofdzaken van toepassing zijn, die een aanbestedende dienst de mogelijkheid bieden een inschrijving als abnormaal laag uit te sluiten op de enkele grond van de samen met de inschrijving ingediende motiveringen van de belangrijkste onderdelen van de prijs, zonder dat de aanbestedende dienst enig contradictoir onderzoek van de vermoedelijk onregelmatige inschrijvingen heeft verricht door om nadere toelichting te verzoeken over de twijfelachtige punten die tijdens de eerste verificatie naar voren zijn gekomen, en door de betrokken ondernemingen de mogelijkheid te geven hun argumenten dienaangaande aan te voeren vóór de vaststelling van de eindbeslissing.

59 In de inschrijvingsprocedures die in de hoofdgedingen aan de orde zijn, weet de inschrijver bij de indiening van zijn offerte, die hij vergezeld moet laten gaan van motiveringen met betrekking tot 75 % van de in de uitnodiging tot inschrijving vermelde basiswaarde van de opdracht, immers niet welke specifieke punten van zijn inschrijving als vermoedelijk onregelmatig zullen worden worden aangemerkt, zodat hij in dit stadium van de procedure niet in staat is dienstige en volledige toelichting te verschaffen ter ondersteuning van de verschillende onderdelen van zijn inschrijving.

60 De verwijzende rechter wenst voorts te vernemen, of artikel 30, lid 4, van de richtlijn zich eveneens verzet tegen een regeling en een administratieve praktijk van een lidstaat, zoals die welke in de hoofdzaak aan de orde zijn, volgens welke de inschrijvers op straf van uitsluiting van deelneming aan de overheidsopdracht bij hun inschrijving een motivering met betrekking tot ten minste 75 % van de aanbestedingswaarde van deze opdracht moeten voegen, met gebruikmaking van ad-hocformulieren, en volgens welke de drempel voor abnormaal lage inschrijvingen voor elke opdracht wordt berekend op basis van een mathematische formule die afhankelijk is van alle in het kader van de desbetreffende aanbesteding daadwerkelijk ingediende inschrijvingen.

61 Dienaangaande zij opgemerkt dat de richtlijn geen specifieke voorschriften ter zake bevat.

62 Wat meer in het bijzonder de eerste van de in punt 60 van het onderhavige arrest genoemde regels betreft, gaat het om een voorschrift dat voor alle inschrijvers zonder onderscheid geldt en dat blijkbaar tot doel heeft enige eenvormigheid in de inschrijvingen te waarborgen, om het eerste onderzoek door de aanbestedende dienst te vergemakkelijken alsook om prima facie te kunnen beoordelen of de offerte serieus is of niet. Het is immers mogelijk, dat de aanbestedende dienst op de enkele grond van deze motiveringen tot de overtuiging komt, dat de inschrijving serieus is, ook al lijkt zij abnormaal laag, en ze dus aanvaardt. Aldus draagt deze regel bij tot een snellere afwikkeling van de verificatie van de inschrijvingen.

63 Zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, zou een nationale procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten zeker onverenigbaar zijn met de voorschriften van artikel 30, lid 4, van de richtlijn indien zij niet voorzag in het door deze bepaling voorgeschreven contradictoir onderzoek van de abnormaal lage inschrijvingen.

64 Dat zou met name het geval zijn, zoals in de punten 58 en 59 van dit arrest reeds is vastgesteld, indien de aanbestedende dienst een inschrijving als abnormaal laag zou afwijzen uitsluitend op grond van de bij de offerte gevoegde motiveringen, zonder na de opening van de enveloppen en vóór de eindbeslissing over te gaan tot de bij de richtlijn voorgeschreven contradictoire verificatie.

65 Deze onregelmatigheid zou evenwel niet voortkomen uit de verplichting zelf om bij de inschrijving bepaalde motiveringen te voegen, maar wel uit de niet-naleving van de voorschriften van de richtlijn in een latere fase van het onderzoek van de abnormaal lage inschrijvingen.

66 In deze omstandigheden verzet artikel 30, lid 4, van de richtlijn zich niet tegen een voorafgaande motiveringsplicht op zich, zoals die waarop het hoofdgeding betrekking heeft, voorzover alle uit deze richtlijn voortvloeiende voorschriften voor het overige in acht worden genomen.

67 Wat de tweede regel als bedoeld in punt 60 van dit arrest betreft, staat vast dat de richtlijn het begrip abnormaal lage inschrijving niet omschrijft, en a fortiori de berekeningswijze van een drempel voor abnormaal lage inschrijvingen niet bepaalt. Dit is dan ook de taak van de lidstaten.

68 De in de hoofdzaken toegepaste drempel voor abnormaal lage inschrijvingen vloeit voort uit een berekening die voor elke opdracht wordt verricht, en is hoofdzakelijk gebaseerd op het gemiddelde van de in het kader van deze opdracht ingediende inschrijvingen.

69 Een dergelijke berekeningswijze is op het eerste gezicht objectief en niet-discriminerend.

70 De enkele omstandigheid, waarop een aantal bij de hoofdzaak betrokken inschrijvers zich beroepen, dat de drempel voor abnormaal lage inschrijvingen voor de ondernemingen niet bekend is wanneer zij hun inschrijving indienen — aangezien deze drempel pas wordt vastgesteld nadat alle inschrijvingen zijn ingediend — doet in ieder geval niet af aan de verenigbaarheid ervan met de richtlijn. In deze fase van de procedure weet immers geen enkele inschrijver, en zelfs de aanbestedende dienst niet, waar deze drempel ligt.

71 Bepaalde bij de hoofdzaak betrokken inschrijvers hebben echter betoogd dat een mechanisme voor berekening van de drempel voor abnormaal lage inschrijvingen dat gebaseerd is op het gemiddelde van de inschrijvingen, zou kunnen worden

vervalst door offertes van een inschrijver die het er niet om te doen is daadwerkelijk de opdracht aan te nemen maar uitsluitend om het resultaat van deze berekening te beïnvloeden. Aldus kan de mededinging worden vervalst aangezien de mogelijkheid bestaat dat inschrijvers er niet naar streven de gunstigste offerte in te dienen maar wel de offerte die met name op basis van statistische criteria van de waarschijnlijkheidsberekening de grootste kans maakt om naar voren te komen als eerste van de niet als vermoedelijk onregelmatig aangemerkte inschrijvingen, waaraan de opdracht automatisch wordt gegund.

72 Het resultaat van een mechanisme voor de berekening van de drempel voor abnormaal lage inschrijvingen dat gebaseerd is op het gemiddelde van de inschrijvingen, kan inderdaad sterk worden beïnvloed door praktijken als die welke in het vorige punt zijn beschreven, wat in strijd is met de doelstellingen van de richtlijn zoals omschreven in de punten 34 tot en met 36 van het onderhavige arrest. Opdat de nuttige werking van de richtlijn volkomen zou worden verzekerd, kan dit resultaat dus niet onaantastbaar zijn en moet het door de aanbestedende dienst opnieuw worden bezien indien dit nodig blijkt met name gelet op de hoogte van de drempel voor abnormaal lage inschrijvingen bij vergelijkbare opdrachten en de lessen die uit de gemeenschappelijke ervaring zijn te trekken.

73 Hieruit vloeit voort dat, hoewel volgens vaste rechtspraak van het Hof het gemeenschapsrecht zich ertegen verzet dat bepaalde volgens een mathematisch criterium aangewezen inschrijvingen ambtshalve worden uitgesloten van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, zoals in de punten 45 en 47 van dit arrest is vermeld, het gemeenschapsrecht zich integendeel in principe niet ertegen verzet, dat een mathematisch criterium zoals de in de hoofdzaken toegepaste drempel wordt gebruikt om te bepalen welke inschrijvingen abnormaal laag zijn, voorzover evenwel het resultaat van de toepassing van dit criterium niet onaantastbaar is en het vereiste van een contradictoire verificatie van deze inschrijvingen overeenkomstig artikel 30, lid 4, van de richtlijn in acht wordt genomen.

74 Bepaalde bij de hoofdzaak betrokken inschrijvers hebben verder de zienswijze verdedigd, die door de Italiaanse regering niet op overtuigende wijze is weerlegd,

dat de twee in punt 60 van dit arrest bedoelde regels van de Italiaanse inschrijvingsprocedure niet afzonderlijk kunnen worden beschouwd, omdat de verschillende aspecten van deze procedure onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn.

75 Zij hebben in het bijzonder aangevoerd, dat de voorwaarde met betrekking tot de bij de inschrijving te verstrekken motiveringen enkel bestaat omdat de aanbestedende dienst zijn besluit over de aanvaarding of de verwerping van de inschrijvingen neemt op de enkele grond van deze motiveringen, zonder de ondernemingen nadien de kans te geven verdere toelichting te verstrekken. Deze voorwaarde geldt bovendien niet voor alle inschrijvers zonder onderscheid, omdat alleen de enveloppen van de ondernemingen wier inschrijvingen abnormaal laag lijken te zijn, worden geopend, zodat de mogelijkheid bestaat dat de opdracht wordt gegund aan een niet van onregelmatigheid verdachte aannemer die inzake de motiveringen een lege enveloppe heeft afgegeven. Ten slotte kan dit leiden tot een vervalsing van de mededinging tussen de ondernemingen, aangezien de verplichting om bij de inschrijving een omvangrijke motivering te voegen niet alleen een zwaardere administratieve last meebrengt voor de inschrijvers die een bijzonder voordelige prijs hebben aangeboden, maar ook het nadeel heeft dat zij eventueel vertrouwelijke gegevens vooraf moeten bekendmaken, en in elk geval ondernemingen uit andere lidstaten zou benadelen.

76 In dit verband kan worden volstaan met vast te stellen, dat weliswaar niet kan worden ontkend dat alle voorschriften van het gemeenschapsrecht moeten worden nageleefd voor de verschillende aspecten van de nationale gunningsprocedures van overheidsopdrachten, die voor het overige aldus moeten worden toegepast dat de naleving van de beginselen van vrije mededinging en gelijke behandeling van de inschrijvers alsmede de verplichting tot transparantie gewaarborgd blijven, maar dat het Hof zich over deze stellingen niet kan uitspreken.

77 Om na te gaan of deze stellingen gegrond zijn, moeten de feiten immers worden vastgesteld en beoordeeld en is een uitlegging van het nationale recht vereist, wat tot de uitsluitende bevoegdheid van de verwijzende rechter behoort. De uitleg-

gingselementen met betrekking tot de strekking van artikel 30, lid 4, van de richtlijn alsmede de geest en de doelstelling ervan, die in de punten 34 tot en met 40 van dit arrest zijn geformuleerd, verstrekken de verwijzende rechter alle nodige aanwijzingen om hem in staat te stellen ter beslechting van de bij hem aanhangige zaken de verenigbaarheid van de in geding zijnde nationale regels met het gemeenschapsrecht te beoordelen.

De inaanmerkingneming van de motivering van de abnormaal lage inschrijvingen

78 Met betrekking tot het tweede aspect van de prejudiciële vragen, zoals geherformuleerd in punt 28 van dit arrest, zij opgemerkt dat de aanbestedende dienst volgens artikel 30, lid 4, tweede alinea, van de richtlijn voor de beoordeling van een abnormaal lage inschrijving „motiveringen" in aanmerking „kan" nemen die betrekking hebben op de zuinigheid van het bouwprocédé, de gekozen technische oplossingen, de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver voor de uitvoering van de werken kan profiteren, of de originaliteit van diens ontwerp.

79 Blijkens de bewoordingen van deze bepaling heeft de aanbestedende dienst dus gewoon de mogelijkheid maar niet de plicht zich te baseren op bepaalde soorten van objectieve motiveringen van de door een bepaalde inschrijver vastgestelde prijs.

80 In haar context bekeken heeft deze bepaling enkel tot doel het voorschrift van artikel 30, lid 4, eerste alinea, van de richtlijn te preciseren, krachtens hetwelk de aanbestedende dienst de betrokken inschrijver de door hem dienstig geachte preciseringen vraagt over de samenstelling van de inschrijving en deze samenstelling onderzoekt rekening houdend met de verstrekte motivering.

81 In de punten 51 tot en met 59 van dit arrest heeft het Hof reeds gewezen op de betekenis van het beginsel, dat de inschrijver de mogelijkheid moet krijgen om zijn standpunt over elk van de verschillende voorgestelde prijselementen op passende wijze en contradictoir te verdedigen, vooraleer de aanbestedende dienst een inschrijving als abnormaal laag kan afwijzen.

82 Aangezien deze mogelijkheid met het oog op de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging op het gebied van de overheidsopdrachten zo ruim en zo volledig mogelijk moet zijn, moet de inschrijver tot staving van zijn inschrijving alle motiveringen, met name de in artikel 30, lid 4, tweede alinea, van de richtlijn bedoelde motiveringen, kunnen aanvoeren, die hij gelet op de aard en de kenmerken van de betrokken opdracht nuttig acht, zonder enige beperking dienaangaande. De aanbestedende dienst van zijn kant moet alle door de aannemer aangevoerde motiveringen in aanmerking nemen alvorens over de aanvaarding of afwijzing van de betrokken inschrijving te beslissen.

83 Bijgevolg bevat artikel 30, lid 4, tweede alinea, van de richtlijn, gelet op de formulering en de doelstellingen ervan, geen exhaustieve lijst van de motiveringen die kunnen worden aangevoerd, maar geeft het enkel voorbeelden van de motiveringen die de inschrijver kan aanvoeren om aan te tonen dat de verschillende voorgestelde prijselementen serieus zijn. Op basis van de betrokken bepaling is het a fortiori niet mogelijk bepaalde soorten motiveringen uit te sluiten.

84 Zoals de Oostenrijkse regering en de Commissie in hun opmerkingen hebben gesteld en de advocaat-generaal in de punten 50 en 51 van zijn conclusie heeft onderstreept, is elke beperking dienaangaande namelijk kennelijk in strijd met de doelstelling van de richtlijn, namelijk de vrije mededinging onder alle inschrijvers vergemakkelijken. Een dergelijke beperking zou immers meebrengen dat inschrijvingen die gemotiveerd zijn door andere dan de door de toepasselijke nationale regelgeving toegelaten overwegingen, ondanks een eventueel voordeliger prijs gewoon worden uitgesloten.

85 Bijgevolg verzet artikel 30, lid 4, van de richtlijn zich tegen een nationale regeling zoals die welke in de hoofdzaak van toepassing is, die niet alleen de aanbestedende dienst verplicht voor de verificatie van de abnormaal lage inschrijvingen enkel rekening te houden met een lijst van limitatief opgesomde motiveringen, waarin bovendien de nochtans uitdrukkelijk in de tweede alinea van deze bepaling vermelde motiveringen met betrekking tot de originaliteit van het ontwerp van de inschrijver zijn weggelaten, maar die ook een aantal soorten motiveringen uitdrukkelijk uitsluit, zoals die welke betrekking hebben op enig element waarvan de minimumwaarde is vastgesteld bij wet, besluit of administratieve handeling of kan worden vastgesteld op basis van officiële gegevens.

86 Blijkens bovenstaande overwegingen moet op de gestelde vragen worden geantwoord, dat artikel 30, lid 4, van de richtlijn moet worden uitgelegd als volgt:

— deze bepaling verzet zich tegen de regeling en de administratieve praktijk van een lidstaat die de aanbestedende dienst de mogelijkheid geven, inschrijvingen met een korting die hoger is dan de drempel voor abnormaal lage inschrijvingen, uitsluitend op basis van de motiveringen van de voorgestelde prijzen met betrekking tot ten minste 75 % van de in de aankondiging van de overheidsopdracht vermelde aanbestedingswaarde, die de inschrijvers bij hun inschrijving moeten voegen, als abnormaal laag af te wijzen, zonder dat de inschrijvers de mogelijkheid krijgen na de opening van de enveloppen hun standpunt te verdedigen over de elementen van de voorgestelde prijs die tot het vermoeden van onregelmatigheid aanleiding hebben gegeven;

— deze bepaling verzet zich eveneens tegen de regeling en de administratieve praktijk van een lidstaat die de aanbestedende dienst verplichten bij de verificatie van de abnormaal lage inschrijvingen enkel rekening te houden met de motiveringen die betrekking hebben op de zuinigheid van het

bouwprocédé, de gekozen technische oplossingen of de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver voor de uitvoering van de werken kan profiteren, met uitsluiting van de motiveringen die betrekking hebben op enig element waarvan de minimumwaarde is vastgesteld bij wet, besluit of administratieve handeling of kan worden bepaald op basis van officiële gegevens;

— deze bepaling verzet zich daarentegen in beginsel niet, althans voorzover alle voorschriften voor het overige in acht zijn genomen en de door de richtlijn beoogde doelstellingen niet in gevaar worden gebracht, tegen de regeling en de administratieve praktijk van een lidstaat die inzake vaststelling en verificatie van abnormaal lage inschrijvingen alle inschrijvers verplichten, op straf van uitsluiting van deelneming aan de opdracht, bij hun inschrijving motiveringen te voegen met betrekking tot ten minste 75 % van de aanbestedingswaarde van deze opdracht, en die voor de berekening van de drempel voor te lage inschrijvingen een methode toepassen die gebaseerd is op het gemiddelde van alle inschrijvingen die voor de betrokken opdracht zijn binnengekomen, zodat de inschrijvers bij de indiening van hun dossier deze drempel niet kunnen kennen; de mogelijkheid dat het resultaat van de toepassing van deze berekeningsmethode door de aanbestedende dienst aan een heronderzoek wordt onderworpen, moet evenwel blijven bestaan.

Kosten

87 De kosten door de Italiaanse en de Oostenrijkse regering alsmede door de Commissie 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 (Zesde kamer),

uitspraak doende op de door Consiglio di Stato bij beschikkingen van 26 mei 1999 gestelde vragen, verklaart voor recht:

Artikel 30, lid 4, 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, moet worden uitgelegd als volgt:

— Deze bepaling verzet zich tegen de regeling en de administratieve praktijk van een lidstaat die de aanbestedende dienst de mogelijkheid geven, inschrijvingen met een korting die hoger is dan de drempel voor abnormaal lage inschrijvingen, uitsluitend op basis van de motiveringen van de voorgestelde prijzen met betrekking tot ten minste 75 % van de in de aankondiging van de overheidsopdracht vermelde aanbestedingswaarde, die de inschrijvers bij hun inschrijving moeten voegen, als abnormaal laag af te wijzen, zonder dat de inschrijvers de mogelijkheid krijgen na de opening van de enveloppen hun standpunt te verdedigen over de elementen van de voorgestelde prijs die tot het vermoeden van onregelmatigheid aanleiding hebben gegeven.

— Deze bepaling verzet zich eveneens tegen de regeling en de administratieve praktijk van een lidstaat die de aanbestedende dienst verplichten bij de verificatie van de abnormaal lage inschrijvingen enkel rekening te houden

met de motiveringen die betrekking hebben op de zuinigheid van het bouwprocédé, de gekozen technische oplossingen of de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver voor de uitvoering van de werken kan profiteren, met uitsluiting van de motiveringen die betrekking hebben op enig element waarvan de minimumwaarde is vastgesteld bij wet, besluit of administratieve handeling of kan worden bepaald op basis van officiële gegevens.

— Deze bepaling verzet zich daarentegen in beginsel niet, althans voorzover alle voorschriften voor het overige in acht zijn genomen en de door richtlijn 93/37 beoogde doelstellingen niet in gevaar worden gebracht, tegen de regeling en de administratieve praktijk van een lidstaat die inzake vaststelling en verificatie van abnormaal lage inschrijvingen alle inschrijvers verplichten, op straf van uitsluiting van deelneming aan de opdracht, bij hun inschrijving motiveringen te voegen met betrekking tot ten minste 75 % van de aanbestedingswaarde van deze opdracht, en die voor de berekening van de drempel voor te lage inschrijvingen een methode toepassen die gebaseerd is op het gemiddelde van alle inschrijvingen die voor de betrokken opdracht zijn binnengekomen, zodat de inschrijvers bij de indiening van hun dossier deze drempel niet kunnen kennen; de mogelijkheid dat het resultaat van de toepassing van deze berekeningsmethode door de aanbestedende dienst aan een heronderzoek wordt onderworpen, moet evenwel blijven bestaan.

Colneric Gulmann Puissochet

Schintgen Skouris

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 27 november 2001.

De griffier

R. Grass

De president van de Zesde kamer

F. Macken