# CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
# D. RUIZ-JARABO COLOMER
van 27 november 2007 [1]

## I — Inleiding

1. De Consiglio di Stato (Raad van State) van de Italiaanse Republiek legt het Hof krachtens artikel 234 EG de vraag voor of 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], ook geldt buiten het bestek van de richtlijn zelf, dus ook voor de gunning van opdrachten die niet onder haar werkingssfeer vallen.

2. In het arrest van 27 november 2001, Lombardini en Mantovani [3], stelde het Hof bij de uitlegging van die bepaling dat het „belangrijk" is dat elke inschrijver die vermoedelijk een abnormaal lage offerte heeft ingediend, zijn standpunt naar voren kan brengen en de nodige motivering kan verstrekken (punt 53).

3. In deze prejudiciële zaak gaat het om de vraag of deze positieve rechtsregel een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht omvat dat toepasbaar is op de aanbesteding van overheidsopdrachten, ongeacht of deze onder de sectorale richtlijnen vallen. [4]

4. De Consiglio di Stato stelt de vraag in een zeer specifiek kader, namelijk van een nationale regeling die verplicht tot automatische uitsluiting van dergelijke inschrijvingen bij de aanbesteding van overheidsopdrachten met een lagere waarde dan de in de richtlijnen vermelde, met als bijkomende omstandigheid dat bepaalde inschrijvers de uitkomst van de aanbesteding trachten te beïnvloeden

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — PB L 199, blz. 54.

3 — Zaken C-285/99 en C-286/99, Jurispr. blz. I-9233.

4 — Behalve richtlijn 93/37 betreffende overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken is daar richtlijn 77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976 (PB 1977, L 13, blz. 1), later gewijzigd bij richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 (PB L 199, blz. 1) voor overheidsopdrachten voor leveringen. Overheidsopdrachten voor dienstverlening en de coördinatie van de procedures voor het plaatsen daarvan waren geregeld in richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 (PB L 209, blz. 1). Deze regelingen [gewijzigd bij richtlijn 97/52/EG (PB 1997, L 328, blz. 1)] zijn gecodificeerd en samengevoegd in één tekst: richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114).

met gebruikmaking van een list [5], door namelijk onderling samen te spannen en vergelijkbare offertes in te dienen om zo een bepaalde drempel voor abnormale inschrijvingen te creëren en andere gegadigden uit te sluiten.

5. Dit prejudiciële verzoek is van groot belang omdat het hierbij gaat om algemene beginselen van gemeenschapsrecht, zonder uit het oog te verliezen dat de oplossing enkel op het rechtsstelsel van de Europese Unie kan zijn gebaseerd. Het Hof moet met beide dimensies rekening houden om de Italiaanse rechter een zinvol antwoord te verschaffen voor de beslechting van het geschil.

## II — Rechtskader

### A — *Gemeenschapsrecht*

6. In de artikelen 43 EG en 49 EG zijn respectievelijk de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting vastgelegd. Richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 [6], waarmee de harmonisatie van de wetgevingen van de lidstaten op het gebied van overheidsopdrachten is begonnen, beoogde blijkens de eerste overweging van haar considerans hoofdzakelijk die twee vrijheden gelijktijdig te verwezenlijken. Deze richtlijn, die enkel van toepassing was op opdrachten ter waarde van ten minste een miljoen rekeneenheden (achtste overweging van de considerans), noemde als gunningscriteria de laagste prijs dan wel de economisch voordeligste aanbieding (artikel 29, lid 1) en hield rekening met de mogelijkheid van abnormaal lage inschrijvingen, in verband waarmee zij voorzag in uitsluiting na het horen van de vermetele inschrijver (artikel 29, lid 5).

7. Bij de uitlegging van deze laatste bepaling heeft het Hof uitgemaakt dat eerst tot afwijzing kan worden besloten nadat de ondernemer in de gelegenheid is gesteld zijn inschrijving toe te lichten, dat wil zeggen nadat een contradictoire verificatieprocedure is doorlopen; het heeft zodoende automatische uitsluitingen verworpen. [7]

5 — Dergelijke listen hebben altijd bestaan. Zo doet Homerus in de *Odyssee* verslag van talrijke voorbeelden van de spreekwoordelijke listigheid van Odysseus, zoals in het avontuur van zang IX, wanneer de held, gevangene van Polyphemos, hem dronken voert en hem vertelt dat zijn naam Niemand is; Odysseus maakt gebruik van de door de wijn veroorzaakte slaapdronkenheid van de cycloop om een gloeiende, spitse paal van olijfboomhout in zijn enige oog te drijven; op het geschreeuw om hulp van de cycloop vragen zijn soortgenoten wat hem deert, wie hem aanvalt, waarop Polyphemos antwoordt „Niemand wurgt mij, vrienden! Niemand overweldigt mij arglistig", waardoor zij hem niet te hulp kunnen komen (vers 408).

6 — Richtlijn betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 185, blz. 5).

7 — Aldus het arrest van 22 juni 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Jurispr. blz. 1839, punten 16, 18 en 19), dat ambtshalve uitsluitingen volgens mechanische criteria verbood (punt 1 van het dictum), later bevestigd in het arrest van 18 juni 1991, Donà Alfonso (C-295/89, Jurispr. blz. I-2967). Een precedent is het arrest van 10 februari 1982, Transporoute (76/81, Jurispr. blz. 417, punt 18).

8. Richtlijn 71/305 is herhaaldelijk en op verschillende punten gewijzigd [8], hetgeen aanleiding is geweest tot een codificatie bij richtlijn 93/37, mede ter bescherming van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten (tweede overweging van de considerans). In deze richtlijn 93/37, die van toepassing was op overheidsopdrachten vanaf 5 miljoen ecu (artikel 6, lid 1) en de eerdere gunningscriteria trouw bleef (artikel 30, lid 1), is de tekst van het oude artikel 29, lid 5, met kleine wijzigingen overgenomen in artikel 30, lid 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 de 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.

[…]”

9. Bij richtlijn 2004/18, die de lidstaten vóór 31 januari 2006 moesten omzetten (artikel 80, lid 1), is richtlijn 93/37 ingetrokken met ingang van 31 maart 2004 (artikelen 82 en 83). Bij de plaatsing van opdrachten ten bedrage van minstens 5 278 000 EUR (artikel 7, sub c) [9] mogen de aanbestedende diensten abnormaal lage inschrijvingen uitsluiten na een contradictoire verificatieprocedure (artikel 55, leden 1 en 2).

B — *Italiaans recht*

10. Artikel 30, lid 4, van richtlijn 93/37 is in Italiaans recht omgezet bij artikel 21,

8 — Een wijziging betrof artikel 29, lid 5, dat opnieuw is geformuleerd in richtlijn 89/440/EEG van 18 juli 1989 (PB L 210, blz. 1).

9 — Volgens de formulering van verordening (EG) nr. 2083/2005 van de Commissie van 19 december 2005 (PB L 333, blz. 28).

lid 1 bis, van wet nr. 109/1994 van 11 februari 1994, de kaderwet inzake openbare werken [10], toegevoegd aan de oorspronkelijke tekst ervan door artikel 7 van wet nr. 216/1995 van 2 juni. [11] Deze bepaling luidt als volgt:

„Bij de aanbesteding van werken voor een bedrag van 5 miljoen ecu of meer volgens het in lid 1 bedoelde criterium van de laagste prijs, beoordeelt de betrokken dienst het abnormaal lage karakter in de zin van artikel 30 van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993, van inschrijvingen met een korting gelijk aan of hoger 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.

De overheidsdienst verifieert binnen een termijn van zestig dagen gerekend vanaf de indiening van de inschrijvingen, de motiveringen die zijn gebaseerd op de zuinigheid van het bouwprocedé, de gekozen technische oplossingen of de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren, met uitsluiting in elk geval 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 gaan vergezeld van een schriftelijke toelichting bij de belangrijkste in het aanbestedingsbericht of de uitnodigingsbrief genoemde prijsrubrieken, waarvan het totaalbedrag niet lager mag zijn dan 75 % van de aanbestedingswaarde.

Uitsluitend bij die overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken met een waarde lager dan de communautaire drempel sluit de betrokken dienst automatisch de inschrijvingen uit waarbij het kortingspercentage gelijk aan of hoger is dan dat vastgesteld in de eerste alinea van dit lid. De automatische uitsluitingsprocedure is niet van toepassing indien minder dan vijf geldige inschrijvingen zijn ingediend.” [12]

10 — *Gazzeta Ufficiale della Repubblica italiana* (hierna: „GURI”) nr. 41 van 19 februari 1994, blz. 5.

11 — GURI nr. 127 van 2 juni 1995, blz. 3. Deze wetstekst is het resultaat van de vaststelling, met wijzigingen, van wetsbesluit nr. 101/1995 van 3 april betreffende urgente regels inzake openbare werken (GURI nr. 78 van 3 april 1995, blz. 8).

12 — Formulering ingevoerd bij artikel 7 van wet nr. 415/1998 van 18 november 1998 (GURI nr. 284 van 4 december 1998, gewoon supplement, blz. 5).

11. Wetsbesluit nr. 163 van 12 april 2006 [13] zet richtlijn 2004/18 om in nationaal recht. In de bepalingen met betrekking tot abnormaal lage inschrijvingen (artikelen 86 tot en met 88) is de laatste alinea van artikel 21, lid 1 bis, van wet nr. 109/94 geschrapt.

## III — Hoofdgedingen

12. Bij besluit van 28 januari 2003 besloot de gemeente Turijn artikel 21, lid 1 bis, van wet nr. 109/94 in de toekomst buiten toepassing te laten om de automatische uitsluiting van abnormaal lage inschrijvingen te omzeilen, zodat bij de aanbesteding van gemeentewerken, met inbegrip van opdrachten onder de communautaire drempel, die inschrijvingen volgens de bij richtlijn 93/37 ingevoerde contradictoire procedure zouden worden geverifieerd.

13. De Italiaanse vennootschappen SECAP SpA (zaak C-147/06) en Santorso Soc. Coop. arl. (zaak C-148/06) hadden ieder deelgenomen aan een door voornoemde gemeente uitgeschreven aanbesteding voor de uitvoering van bepaalde werken [14], waarvan de waarde in beide gevallen de communautaire drempel niet overschreed. Volgens de aankondigingen gold het criterium van de hoogste korting, met verificatie van abnormale inschrijvingen, en werden conform het besluit van 28 januari 2003 abnormaal lage inschrijvingen niet automatisch uitgesloten. Hun inschrijvingen waren de eerste van de „reguliere", maar voordat de gemeente een beslissing nam, stelde zij vast dat de abnormaal lijkende inschrijvingen serieus waren, en besloot zij de opdracht aan andere inschrijvers te gunnen.

14. Beide ondernemingen zijn tegen dit besluit in beroep gegaan bij het Tribunale amministrativo regionale del Piemonte op grond dat artikel 21, lid 1 bis, van wet nr. 109/94 automatisch abnormale inschrijvingen uitsluit en aanbestedende diensten derhalve verbiedt, die inschrijvers te horen en de inschrijvingen te onderzoeken voordat ze worden uitgesloten. De rechter heeft die stelling niet aanvaard en de beroepen verworpen, omdat de bepaling naar zijn mening de automatische uitsluiting van abnormaal lege inschrijvingen wel toelaat, maar niet voorschrijft, zodat niets de aanbestedende overheidsdienst belet de inschrijvers te horen en de inschrijvingen te vergelijken.

15. De Consiglio di Stato, bij wie verzoeksters hogere voorzieningen hebben ingesteld, volgt de stelling van verzoeksters en wijst de uitlegging van het Tribunale amministrativo af, maar is niet ongevoelig voor de eisen van

13 — GURI nr. 100 van 2 mei 2006.

14 — Respectievelijk de transformatie van een oud paleis in een jeugdherberg (4 699 999 EUR) en de landschappelijke herstructurering van de Corso Francia, tussen de Piazza Statuto en de Piazza Bernini (5 172 579 EUR).

het gemeenschapsrecht waarop de gemeente Turijn heeft gewezen, zodat hij krachtens artikel 234 EG het Hof de volgende vragen voorlegt:

„1) Is de regel in artikel 30, lid 4, van richtlijn 93/37/EEG, of de analoge regel in artikel 55, leden 1 en 2, van richtlijn 2004/18/EG (ingeval deze laatste de relevante regeling wordt geacht), die bepaalt dat de aanbestedende dienst, indien inschrijvingen worden gedaan die in verhouding tot het uit te voeren werk abnormaal laag lijken, vóór hij deze inschrijvingen kan afwijzen, schriftelijk om de door hem dienstig geachte preciseringen over de samenstelling van de inschrijving dient te verzoeken en de samenstelling aan de hand van de ontvangen toelichtingen dient te onderzoeken, waarbij hij rekening houdt met de verstrekte motivering, een fundamenteel beginsel van gemeenschapsrecht?

2) Zo neen: is de regel in artikel 30, lid 4, van richtlijn 93/37/EEG, of de analoge regel in artikel 55, leden 1 en 2, van richtlijn 2004/18/EG (ingeval deze laatste de relevante regeling wordt geacht), die bepaalt dat de aanbestedende dienst, indien inschrijvingen worden gedaan die in verhouding tot het uit te voeren werk abnormaal laag lijken, vóór hij deze inschrijvingen kan afwijzen, schriftelijk om de door hem dienstig geachte preciseringen over de samenstelling van de inschrijving dient te verzoeken en de samenstelling aan de hand van de ontvangen toelichtingen dient te onderzoeken, waarbij hij rekening houdt met de verstrekte motivering — hoewel de kenmerken van een fundamenteel beginsel van gemeenschapsrecht ontbreken — een stilzwijgend uitvloeisel of een ‚afgeleid' beginsel van het mededingingsbeginsel, gezien in samenhang met de beginselen van bestuurlijke transparantie en non-discriminatie op grond van nationaliteit, en heeft het als zodanig rechtstreekse werking en voorrang boven eventueel daarmee strijdige nationale bepalingen die de lidstaten hebben vastgesteld met betrekking tot overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, waarop het gemeenschapsrecht niet rechtstreeks van toepassing is?"

## IV — Procesverloop voor het Hof

16. Bij beschikking van 10 mei 2006 heeft de president van het Hof de twee zaken gevoegd wegens verknochtheid naar hun onderwerp.

17. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door verzoeksters in de hoofdgedingen, de gemeente Turijn, de Italiaanse, de Duitse, de Oostenrijkse, de Slowaakse, de Franse, de Litouwse en de Nederlandse regering, alsmede de Commissie. De standpunten in die schriftelijke opmerkingen verschillen,

maar kunnen in twee groepen worden verdeeld: die ten gunste van het door de gemeente Turijn verdedigde standpunt, dat wordt gedeeld door Litouwen, Slowakije [15] en de Commissie, en die van alle anderen die opmerkingen hebben ingediend en die stellen dat de prejudiciële vragen ontkennend moeten worden beantwoord. Ter terechtzitting van 25 oktober 2007 hebben de vertegenwoordigers van Santorso Soc. coop. arl, van de gemeente Turijn, van de Italiaanse, de Duitse en de Litouwse regering en van de Commissie hun opmerkingen mondeling toegelicht.

## V — Beoordeling van de prejudiciële vragen

18. De twee vragen van de Consiglio di Stato zijn in feite terug te brengen tot één enkele vraag, namelijk of artikel 30, lid 4, van richtlijn 93/37, dat een contradictoire behandeling van abnormaal lage inschrijvingen voorschrijft voordat over de eventuele uitsluiting ervan kan worden beslist, geldt voor opdrachten die niet onder haar werkingssfeer vallen; met andere woorden, of die bepaling zich ten aanzien van dergelijke opdrachten ertegen verzet dat de lidstaten de automatische uitsluiting van abnormaal lage inschrijvingen voorschrijven.

19. Het is dus zaak het karakter van deze regel te onderzoeken om te bepalen of hij tot het primaire gemeenschapsrecht behoort en zodoende ook buiten richtlijn 93/37 gelding heeft.

### A — *Uitgangspunt*

20. Het onderzoek rust op een solide, stevig in de rechtspraak verankerd fundament, dat ik reeds eerder heb onderzocht. [16] De procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten die om verschillende redenen (kwantitatief of conceptueel) buiten de werkingssfeer van de richtlijn ter zake vallen, ontsnappen niet aan de discipline van de rechtsorde van de Europese Unie, zodat zijn fundamentele beginselen en, in het bijzonder de fundamentele rechten van vrij verkeer, onoverkomelijke barrières vormen.

21. Deze gedachte, die in de tweede overweging van de considerans van richtlijn 2004/18 [17] tot uitdrukking komt, is al enige

15 — Weliswaar met enkele nuanceringen ten opzichte van het standpunt van Litouwen en de gemeente Turijn, aangezien de Slowaakse regering de afwijzing van de eerste prejudiciële vraag bepleit, doch de regel van artikel 30, lid 4, van richtlijn 93/37 niet wil scheiden van de in het Verdrag vastgelegde beginselen, en aldus het besluit van de gemeente onderschrijft.

16 — Conclusie van 8 november 2006 in zaak C-412/04, Commissie/Italië, waarin nog geen arrest is gewezen (punten 44-47).

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

tijd terug te vinden in de annalen van het Hof [18]. In het arrest van 7 december 2000, Telaustria en Telefonadress [19], verklaarde het Hof dat de aanbestedende diensten de regels van het Verdrag in acht moeten nemen bij de aanbesteding van opdrachten die niet onder de werkingssfeer van de sectorale richtlijnen vallen (punt 60) [20], een uitspraak die het bevestigde in het arrest van 18 juni 2002, HI (punt 47) [21], en meer recentelijk, als ware het vanzelfsprekend, zonder enige verwijzing naar eerdere arresten, heeft overgenomen in het arrest van 21 juli 2005, Coname. [22]

22. De beschikking van 3 december 2001, Vestergaard [23], onderstreepte dat het enkele feit dat de bijzondere en strenge procedures van de richtlijnen niet geschikt zijn wanneer het gaat om opdrachten van geringe waarde niet betekent dat het gemeenschapsrecht daarvoor niet geldt; ook daarbij moet het Verdrag in acht worden genomen (punten 19 tot en met 21) [24], indien zij interessant zijn voor marktdeelnemers in andere lidstaten. [25] In het arrest van 20 oktober 2005, Commissie/Frankrijk [26], is deze lijn voortgezet (punt 33).

23. Aan de vaststelling van een economische drempel voor de toepasselijkheid van de aanbestedingsrichtlijnen ligt een vermoeden ten grondslag: opdrachten van geringe waarde zijn niet aantrekkelijk voor aan gene zijde van de nationale grenzen gevestigde marktdeelnemers en hebben derhalve geen belang op communautair niveau. Dit rechtsvermoeden is evenwel weerlegbaar door bewijs van het tegendeel, zodat, zoals de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen stelt, niet valt uit te sluiten dat een opdracht van geringe waarde buitenlandse ondernemingen aantrekt, bijvoorbeeld vanwege de plaats van uitvoering, dichtbij hun land, of omdat zij gunstig is voor hun commerciële strategie.

18 — Evenals in die van de Commissie, meer bepaald in de „Interpretatieve mededeling van de Commissie over de gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen" (PB 2006, C 179, blz. 2, met name blz. 5 en 6).

19 — Zaak C-324/98, Jurispr. blz. I-10745.

20 — In die zaak, van richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 199, blz. 84), vervangen door richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 (PB L 134, blz. 1).

21 — Zaak C-92/00, Jurispr. blz. I-5553. In feite ging het in deze zaak niet om een opdracht die niet onder een richtlijn viel, maar om een niet in de richtlijn geregelde procedure: het Verdrag verlangde een rechtsmiddel tegen het besluit tot intrekking van een aanbesteding, dat niet was geregeld in richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB L 395, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 92/50.

22 — Zaak C-231/03, Jurispr. blz. I-7287. Punt 16 van dit arrest brengt in herinnering dat de toewijzing van een dergelijke concessie (voor het beheer van de openbare dienst van gasdistributie door een vennootschap waarvan het kapitaal overwegend in handen is van de overheid) niet onder de richtlijnen valt waarin de materie van de overheidsopdrachten is geregeld. Bij gebreke van een dergelijke regeling moeten de gevolgen van het gemeenschapsrecht voor de toewijzing van dergelijke concessies worden onderzocht tegen de achtergrond van het primaire recht en, inzonderheid, van de door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden. In dezelfde zin luiden de arresten van 13 oktober 2005, Parking Brixen (C-458/03, Jurispr. blz. I-8585, punt 46), en 6 april 2006, ANAV (C-410/04, Jurispr. blz. I-3303, punt 18).

23 — Zaak C-59/00, Jurispr. blz. I-9505.

24 — Deze beschikking achtte de clausule in het bestek van een opdracht voor de uitvoering van werken van geringe waarde, die zonder nadere toelichting het gebruik van producten van een bepaald merk voorschreef, in strijd met artikel 28 EG.

25 — Punt 20, a contrario, van het arrest Coname.

26 — Zaak C-264/03, Jurispr. blz. I-8831.

24. Die kwantitatieve grens heeft derhalve duidelijk een conventioneel karakter, zodat niets verhindert dat een opdracht van geringere waarde de aandacht trekt in andere lidstaten en dat aldus het gemeenschapsrecht en zijn doelstellingen een rol gaan spelen. Bijgevolg dient men bij de aanbesteding van die opdrachten, die ondanks hun geringe belang een Europese dimensie krijgen, de verdragsbeginselen in acht te nemen, onverminderd het feit dat opdrachten van een hogere waarde dan de in de richtlijnen genoemde, onderworpen zijn aan de meer strikte coördinatiebepalingen. [27]

25. Een van die bepalingen, te weten artikel 30, lid 4, van richtlijn 93/37, dat ratione temporis op de hoofdgedingen van toepassing is en is overgenomen in artikel 55, leden 1 en 2, van richtlijn 2004/18, verbiedt de automatische uitsluiting van abnormaal lage inschrijvingen. De Consiglio di Stato wenst te vernemen of dit verbod een fundamentele regel van gemeenschapsrecht is, of althans een uitvloeisel van het mededingingsbeginsel in samenhang met de beginselen van bestuurlijke transparantie en non-discriminatie op grond van nationaliteit, die ook bij de gunning van niet onder de genoemde richtlijnen vallende opdrachten moeten worden geëerbiedigd.

27 — Ik roep het tweede deel van de tweede overweging van de considerans van richtlijn 2004/18 in herinnering.

B — *Minder dan een fundamenteel beginsel...*

26. De in de aangehaalde rechtspraak gebruikte begrippen „fundamenteel beginsel" of „fundamentele regel" hebben een zeer nauwkeurige inhoud. Ze verwijzen niet naar ieder latent axiologisch element in het Verdrag en evenmin naar iedere voor de verwezenlijking van zijn doelstellingen vastgestelde maatregel. Ze bevinden zich precies tussen die twee uitersten, in de tekst van het primaire recht, daar waar de communautaire „grondwetgever" de beoogde doelen heeft aangegeven met de voornaamste middelen om deze te bereiken. Uit een oppervlakkige lezing van de artikelen 2 EG en 3 EG blijkt dat ze slaan op het onbeperkte verkeer van personen, goederen, diensten en kapitaal, dat tot stand wordt gebracht via de overeenkomstige vrij verkeersbepalingen (artikelen 23 EG, 43 EG en 49 EG), die worden aangevuld met de afschaffing van elke discriminatie op grond van nationaliteit (artikel 12 EG) als sectoroverschrijdende waarde die de grondslag vormt voor een integratieproject tussen verschillende landen.

27. Deze opvatting, die overeenkomt met die van de tweede overweging van de considerans van richtlijn 2004/18, valt ook af te leiden uit de aangehaalde arresten. Het arrest Telaustria en Telefonadress verwijst naar dat verbod van discriminatie tussen de onderdanen van de verschillende lidstaten (punt 60); het arrest HI verwijst bovendien naar de vrijheid van vestiging en van

dienstverrichting (punten 42 en 47); de ratio decidendi in de beschikking Vestergaard is een andere verkeersvrijheid, namelijk die van goederen (punt 21), en het arrest Coname doet andermaal een beroep op de artikelen 43 EG en 49 EG om een indirecte discriminatie op grond van nationaliteit te veroordelen.

28. Bij nadere beschouwing zijn de „fundamentele beginselen" van het Verdrag die van invloed kunnen zijn op de bevoegdheid van de lidstaten in aanbestedingsprocedures voor opdrachten die van de door de sectorale richtlijnen in gang gezette harmonisatie zijn uitgezonderd, dezelfde als deze richtlijnen in hun considerans noemen, die door het Hof zijn benadrukt.

29. Dit mag overigens geen verbazing wekken, want zoals de tweede overweging van de considerans van richtlijn 2004/18 beklemtoont, zijn haar voorschriften ontleend aan die beginselen; het onmiddellijke doel van de genoemde richtlijnen is immers beperkt, te weten die procedurele coördinatie, teneinde een daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten [28] tot stand te brengen, die moet resulteren in de verwezenlijking van de essentiële vrijheden van de Europese integratie. Meer bepaald gaat het erom belemmeringen voor het vrije verkeer op te heffen en de belangen te beschermen van de in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers die goederen of diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden. [29]

30. De keerzijde van dit beeld laat zien dat het doel tweeledig is: het risico uitsluiten dat de voorkeur wordt gegeven aan nationale inschrijvers (buy national) en voorkomen dat een aanbestedende dienst zich door andere dan economische overwegingen laat leiden [30] (daarom is het basiscriterium voor de gunning van een opdracht steeds de laagste of de economisch voordeligste aanbieding).

31. In deze context dient de eerste prejudiciële vraag ontkennend te worden beantwoord, aangezien geen kernbeginsel van het Verdrag is betrokken bij de automatische uitsluiting van abnormaal lage inschrijvingen op een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken; de genoemde essentiële vrijheden of het discriminatieverbod verlangen

28 — Arrest Fratelli Costanzo, punt 18.

29 — Arresten van 10 november 1998, BFI Holding (C-360/96, Jurispr. blz. I-6821, punt 41); 3 oktober 2000, University of Cambridge (C-380/98, Jurispr. blz. I-8035, punt 16), en 1 februari 2001, Commissie/Frankrijk (C-237/99, Jurispr. blz. I-939, punt 41).

30 — Arrest van 15 januari 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. (C-44/96, Jurispr. blz. I-73, punt 33); arresten BFI Holding, punt 42; University of Cambridge, punt 17, en Commissie/Frankrijk (C-237/99), punt 42.

immers niet in alle omstandigheden en op absolute wijze dat de inschrijver die een dergelijke inschrijving doet, wordt gehoord alvorens daarover te beslissen.

32. Onder meer volgt dit noodgedwongen uit de logica van het beginsel van doeltreffendheid, dat eveneens in het communautaire aanbestedingsrecht toepassing vindt. Uiteindelijk verlangt de behartiging van algemene belangen die doeltreffendheid, die niet altijd verenigbaar is met het tempo van een selectieprocedure die met de nodige waarborgen omgeven is. [31]

34. Zoals gezegd achtte het Hof in zijn arrest Lombardini en Mantovani de in die bepaling geregelde procedure „belangrijk". [32] Achter dit adjectief schuilt de overtuiging dat de contradictoire verificatie van abnormaal lage inschrijvingen noodzakelijk is om op het gebied van overheidsopdrachten tot een daadwerkelijke mededinging te komen, die de verschillende vormen van vrij verkeer waarborgt. Dit veronderstelt, zoals ik in mijn conclusie in beide zaken stel, de deelneming van de inschrijvers onder gelijke voorwaarden, zonder ook maar de geringste discriminatie (punt 25).

*C — ... maar meer dan louter een positieve rechtsregel*

1. De impliciete beginselen

33. Artikel 30, lid 4, van richtlijn 93/37 bevat evenmin een discretionaire of zelfs willekeurige voorzorgsmaatregel van de wetgever, zonder enig extern verband, die evengoed niet had kunnen bestaan.

35. Het verbod van elke discriminatie, in het bijzonder onder het mom van nationaliteit, houdt een verplichting tot transparantie in, die aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid garandeert, waardoor de markt geopend wordt voor mededinging en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst, zoals het Hof heeft verklaard in het arrest van 18 november 1999, Unitron Scandinavia en 3-S (punt 31). [33]

31 — Punt 30 van mijn conclusie van 5 juni 2001 in de zaak die heeft geleid tot het arrest Lombardini en Mantovani.

32 — Het arrest zelf onderstreept dat het volgens de betrokken bepaling aan de aanbestedende dienst staat de vermoedelijk onregelmatige inschrijvingen aan te wijzen, de betrokken ondernemingen in staat te stellen te bewijzen dat die inschrijvingen serieus zijn, de relevantie van de verstrekte toelichting te beoordelen en een besluit te nemen over de toelating of de afwijzing van deze inschrijvingen (punt 55).

33 — Zaak C-275/98, Jurispr. blz. I-8291. Zie in dezelfde zin de arresten Telaustria en Telefonadress (punten 61 en 62) en Parking Brixen (punt 49).

36. In dit verband is het legitiem zich af te vragen, zoals de Consiglio di Stato doet, of in artikel 30, lid 4, van richtlijn 93/37, ondanks dat daarin geen fundamenteel beginsel van gemeenschapsrecht is uitgedrukt, een van de onvermijdelijke uitvloeisels ervan besloten ligt waaraan overheidsopdrachten moeten worden onderworpen ongeacht of zij onder de richtlijnen vallen, mits zij van communautair belang zijn.

37. Met andere woorden, indien de automatische uitsluiting van abnormaal lage inschrijvingen afbreuk doet aan die uitvloeisels, kan de betrokken regel dan worden toegepast op de opdrachten die niet onder de werkingssfeer van richtlijn 93/37 vallen?

2. De inschrijvers en het begrip „abnormaal lage inschrijving"

38. Het begrip „abnormaal lage inschrijving" is geen abstract begrip; de inhoud ervan wordt integendeel bepaald door de te gunnen opdracht en het uit te voeren werk.[34] Het voldoet derhalve aan de kenmerken van een onbepaald rechtsbegrip, a priori vaag, doch voorzienbaar op basis van de bijzonderheden van het voorwerp van de opdracht.

34 — Punt 32 van de conclusie in de zaak Lombardini en Mantovani.

39. Dit kenmerk wordt versterkt in het Italiaanse systeem, dat het begrip preciseert door, aan de hand van een rekenkundig mechanisme voor de vaststelling van de drempel voor abnormaal lage inschrijvingen, aan te knopen bij de inhoud van de opdracht en de prijs van de verschillende voorstellen.

40. De inschrijvers, die dankzij de publiciteit kennis hebben genomen van de opdracht en de aard ervan, werken hun projecten in het geheim uit, zodat eenieder slechts het zijne kent. Gelet op het feit dat het systeem voorrang geeft aan de laagste of de economisch voordeligste aanbieding, zijn de ingediende offertes in de regel zeer scherp, op zoek naar de laagste prijs, zelfs ten koste van een vermindering van de ondernemingswinst.

41. Zij lopen derhalve allen hetzelfde risico, dat hun inschrijving na opening van de enveloppen onder de abnormale wordt gerangschikt.

42. Dit evenwicht raakt echter verstoord wanneer een of meer concurrenten over gegevens beschikken die de bepaling van de drempel voor abnormaal lage inschrijvingen kunnen beïnvloeden, en zo de noodzakelijke gelijkheid wordt tenietgedaan.

3. Collusie bij de indiening van offertes

43. De Consiglio di Stato schetst bij de afweging van de door de gemeente Turijn aangevoerde feiten een tafereel dat het Hof niet kan negeren: de automatische uitsluiting van onredelijke kortingen, die volgens de laatste alinea van artikel 21, lid 1 bis, van wet nr. 109/1994 onvermijdelijk is, werkt heimelijke afspraken tussen ondernemingen in de hand om vooraf de uitkomst van de selectieprocedure te beïnvloeden.

44. In een dergelijke situatie kan het gemeenschapsrecht niet aan de zijlijn blijven.

45. Het is duidelijk dat de automatische uitsluiting van de inschrijvingen die volgens de eerste alinea van genoemd artikel abnormaal laag zijn, gezien de objectiviteit ervan op zich niet discriminatoir is. In mijn conclusie in de zaak Lombardini en Mantovani geef ik aan dat de Italiaanse wetgeving voorziet in een rekenkundig, automatisch mechanisme voor de vaststelling van de drempel voor abnormaal lage inschrijvingen, dat volledig in overeenstemming is met de opzet van richtlijn 93/37 en het mogelijk maakt dat de markt voor elke opdracht de drempel vastlegt waarboven een inschrijving als abnormaal laag kan worden aangemerkt. Alle inschrijvers bevinden zich in dezelfde situatie; niemand wordt bij zijn inschrijving bevoordeeld (punten 33 en 35). De rechtstreekse afwijzing van onregelmatige inschrijvers, zonder de mogelijkheid een toelichting te geven, zou bijgevolg niemand discrimineren.

46. Dit ligt evenwel anders wanneer een groep ondernemers, gewoonlijk degenen die op de territoriale markt van de opdracht actief zijn, op grond van ongeoorloofde afspraken samenspant om vergelijkbare offertes op te stellen, met uiterst kleine verschillen, waardoor de offertes van de concurrenten die niet aan de afspraak deelnemen als abnormaal laag worden aangemerkt, zonder dat zij de mogelijkheid hebben om de soliditeit van hun alternatief te bewijzen of te verdedigen.

47. Dit schaadt de transparantie en de gezonde mededinging, die het gemeenschapsrecht op het gebied van overheidsopdrachten postuleert; wanneer de gelaedeerden in andere lidstaten zijn gevestigd, moeten zij immers de gelegenheid hebben hun standpunt toe te lichten wil men niet in strijd met het Verdrag discrimineren. De gemeente Turijn heeft ter terechtzitting in deze prejudiciële procedure verklaard dat na het besluit om de nationale regeling buiten toepassing te laten, het aantal inschrijvingen dat is ingediend met de bedoeling om de vrije mededinging te verstoren, duidelijk is afgenomen.

48. Samenvattend, waar het gaat om de gunning van opdrachten van communautair

belang, verlangen deze beginselen dat de aanbestedende overheid in het kader van een contradictoire behandeling de argumenten van de ondernemers wier inschrijvingen als abnormaal laag zijn bestempeld, in aanmerking neemt. Zij verzetten zich derhalve tegen een nationale regeling die bij opdrachten waarvan de waarde onder de in de sectorale richtlijnen vastgestelde drempel ligt, de automatische uitsluiting van die inschrijvingen voorschrijft, zonder dat de betrokken inschrijvers worden gehoord.

4. Het recht op behoorlijk bestuur

49. Naast deze objectieve en abstracte dimensie, die de individuele belangen van de bij een selectieprocedure betrokken ondernemers overstijgt, is er nog een subjectieve dimensie, waarin hun rechten en met name het verbod van schending van de rechten van de verdediging in bestuurlijke procedures, grote betekenis krijgen.

50. Dat verbod van schending van de rechten van de verdediging is uitdrukkelijk aanvaard in de rechtsorde van alle lidstaten en is onderdeel van het recht op behoorlijk bestuur, dat het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie [35] vastlegt in artikel 41, hoofdstuk V, gewijd aan het burgerschap. Lid 2 van dat artikel erkent het recht van eenieder om gehoord te worden voordat jegens hem een voor hem nadelige individuele maatregel wordt genomen.

51. Het Handvest, op het belang waarvan het Hof recentelijk heeft gewezen, met name in het arrest van 27 juni 2006, Parlement/Raad [36], en in het arrest van 3 mei 2007, Advocaten voor de Wereld [37], vereist dat de inschrijver, voordat hij wordt afgewezen, zijn standpunt kan toelichten om de aanbestedende dienst van de juistheid van zijn voorstel te overtuigen.

52. Ik ben evenals de Commissie van mening dat dit recht, op zichzelf beschouwd, niet inhoudt dat een vermoedelijk vermetele ondernemer altijd moet worden gehoord, daar hij immers in beginsel reeds bescherming geniet door het onpartijdige onderzoek van de inschrijvingen volgens vooraf bepaalde, objectieve en niet-discriminerende criteria. Een inschrijver die door afspraken van anderen het gevaar loopt te worden uitgesloten, is evenwel in het nadeel, en nog meer als hij daarenboven zijn standpunt niet mag verdedigen.

35 — PB 2000, C 364, blz. 1.

36 — Zaak C-540/03, Jurispr. blz. I-5769.

37 — Zaak C-303/05, Jurispr. blz. I-3633. Zie over het karakter van het Handvest de punten 76-79 van mijn conclusie in die zaak.

53. Het recht om door het bestuur te worden gehoord, pleit derhalve voor afwijzing van een automatische uitsluiting van abnormaal lage inschrijvingen, daar zoals gezegd het begrip „abnormaal laag karakter" een onbepaald rechtsbegrip is, dat invulling krijgt door de bijzondere omstandigheden van het concrete geval.

54. Gelet op het recht op behoorlijk bestuur is de afschaffing van de contradictoire verificatie van de inschrijvingen voordat een beslissing over hun geschiktheid wordt genomen dan ook niet wenselijk, zelfs niet bij opdrachten die buiten de sectorale richtlijnen vallen, omdat dit een verslechtering zou betekenen van de in de zogenoemde richtlijnen inzake „beroep" [38] gecreëerde garanties.

5. De speelruimte van de lidstaten

55. Blijkens het voorgaande verzet het gemeenschapsrecht zich tegen een nationale regeling die de aanbestedende diensten verplicht, abnormaal lage inschrijvingen automatisch uit te sluiten bij overheidsopdrachten die niet onder de richtlijnen inzake de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten vallen; het verdient daarentegen aanbeveling, die diensten de mogelijkheid te bieden om afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval te beoordelen of het wenselijk is de inschrijvers te horen, om op contradictoire wijze de samenstelling van de inschrijving te verifiëren. [39]

56. De lidstaten zijn evenwel op grond van hun autonomie niet gehouden de weg van artikel 30, lid 4, van richtlijn 93/37 te volgen, en kunnen bepalen hoe zij de rechten die de communautaire rechtsorde aan de burgers toekent, beschermen, zonder aan andere beperkingen te zijn gebonden dan die welke voortvloeien uit de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid, te weten: de procedures mogen niet ongunstiger zijn dan die voorzien ter bescherming van op de interne rechtsorde gebaseerde rechten, en dienen aldus georganiseerd te zijn dat zij de verwezenlijking van het nagestreefde doel in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken. [40]

38 — Richtlijn 89/665, reeds aangehaald, en richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 76, blz. 14).

39 — Het arrest van 7 oktober 2004, Sintesi (C-247/02, Jurispr. blz. I-9215), haalde een streep door een nationale regeling die de aanbestedende diensten verplichtte één criterium te hanteren voor de gunning van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, waardoor zij niet de mogelijkheid hadden om de aard en de specificiteit van dergelijke opdrachten te beoordelen volgens het meest geschikte criterium om de vrije mededinging en op die manier de keuze van de beste aanbieding te verzekeren (punt 40).

40 — Volgens vaste rechtspraak, waarvan het arrest van 16 december 1976, Rewe (33/76, Jurispr. blz. 1989), de eerste schakel vormt.

## VI — Conclusie

57. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging, de Consiglio di Stato della Republica italiana te antwoorden als volgt:

„De beginselen van vrije mededinging, bestuurlijke transparantie en non-discriminatie op grond van nationaliteit, die aan het communautaire aanbestedingsrecht ten grondslag liggen, alsmede het recht op behoorlijk bestuur verzetten zich tegen een nationale regeling die de aanbestedende dienst bij procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten die niet onder de richtlijnen ter zake vallen, verplicht tot automatische uitsluiting van abnormaal lage inschrijvingen, zonder enige mogelijkheid van contradictoire verificatie."