

SIAC CONSTRUCTION

ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)

18 oktober 2001 *

In zaak C-19/00

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 234 EG van de Supreme Court (Ierland), in het aldaar aanhangig geding tussen

SIAC Construction Ltd

en

County Council of the County of Mayo,

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

* Procestaal: Engels.

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: P. Jann (rapporteur), kamerpresident, A. La Pergola, L. Sevón, M. Wathelet en C. W. A. Timmermans, rechters,

advocaat-generaal: F. G. Jacobs,

griffier: H. A. Rühl, hoofdadministrateur,

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

- SIAC Construction Ltd, vertegenwoordigd door B. Shipsey, SC, geïnstrueerd door McCann Fitzgerald en Philip Lee, solicitors,
- de County Council of the County of Mayo, vertegenwoordigd door M. Finlay, SC, M. Boyce en N. Hyland, BL, geïnstrueerd door King & McEllin, solicitors,
- de Ierse regering, vertegenwoordigd door L. A. Farrell als gemachtigde, bijgestaan door A. O'Brolchain, SC, en A. M. Collins, BL,
- de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door C. Pesendorfer als gemachtigde,
- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door R. B. Wainwright als gemachtigde,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de mondelinge opmerkingen van SIAC Construction Ltd, vertegenwoordigd door B. Shipsey; de County Council of the County of Mayo, vertegenwoordigd door M. Finlay en N. Hyland; de Ierse regering, vertegenwoordigd door D. J. O'Hagan als gemachtigde, bijgestaan door A. O'Brolchain; de Franse regering, vertegenwoordigd door S. Pailler als gemachtigde, en de Commissie, vertegenwoordigd door R. B. Wainwright, ter terechtzitting van 8 maart 2001,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 10 mei 2001,

het navolgende

Arrest

- 1 Bij beschikking van 30 juli 1999, ingekomen bij het Hof op 24 januari 2000, heeft de Supreme Court krachtens artikel 234 EG een prejudiciële vraag gesteld over de uitlegging van artikel 29 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), zoals gewijzigd bij richtlijn 89/440/EEG van de Raad van 18 juli 1989 (PB L 210, blz. 1; hierna: „gewijzigde richtlijn 71/305”).
- 2 Deze vraag is gerezen in een geding tussen SIAC Construction Ltd (hierna: „SIAC”) en de County Council of the County of Mayo (hierna: „County Council”) betreffende de aanbesteding van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken.

De toepasselijke bepalingen

3 Artikel 29, leden 1 en 2, van de gewijzigde richtlijn 71/305 bepaalt:

„1. De criteria aan de hand waarvan de aanbestedende diensten een opdracht gunnen, zijn:

— hetzij alleen de laagste prijs;

— hetzij, indien gunning aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbidding plaatsvindt, verschillende criteria die variëren naar gelang van de aard van de opdracht, zoals prijs, uitvoeringstermijn, gebruikskosten, rentabiliteit, technische waarde.

2. In dit laatste geval vermelden de aanbestedende diensten in het bestek of in de aankondiging van de opdracht, alle gunningscriteria die, naar zij voorzien, zullen worden gehanteerd, zo mogelijk in afnemende volgorde van het belang dat eraan wordt gehecht.”

Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

4 Op 20 februari 1992 heeft de County Council in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* een overheidsopdracht aangekondigd. De opdracht zou volgens een openbare procedure worden gegund en betrof met name de

aanleg van rioleringen, overlaten, ventilatiekokers, regenwaterafvoerbuizen, stijgleidingen en watertoevoerleidingen.

- 5 Deze opdracht viel onder de categorie „measure-and-value” contracten waarbij de geraamde hoeveelheden van elke post in een quantabestek worden vermeld. Bij dit soort opdrachten vult de inschrijver voor elke post op het bestek een bedrag en een totaalprijs voor de geraamde hoeveelheid in. De verschuldigde prijs wordt bepaald na uitvoering van het werk door de feitelijk verwerkte hoeveelheden op te meten en te waarderen tegen de in de aanbidding genoemde prijzen.

- 6 Onder het opschrift „gunningscriteria (naast de prijs)” in de aankondiging was gesteld:

„De opdracht wordt gegund aan de bekwame inschrijver wiens aanbidding uit een oogpunt van kosten en technische waarde het voordeligst voor de Council wordt geacht, behoudens goedkeuring door de minister van Milieu.”

- 7 Het aan de inschrijvers toegezonden aanbestedingsdossier omvatte onder meer de instructies voor de inschrijvers, het quantabestek en de basisprijlijst, het bestek en de aanbestedingsvoorwaarden.

- 8 Vierentwintig ondernemers hebben aanbiddingen ingezonden. De drie inschrijvers met de laagste aanbiddingen waren SIAC, Mulcair en Pierce Contracting Ltd. Na rekenkundige controles en correcties was de totaalprijs van de respectieve aanbiddingen 5 378 528 IEP voor SIAC, 5 508 919 IEP voor Mulcair en 5 623 966 IEP voor Pierce Contracting Ltd.

- 9 De raadgevend ingenieur die door de County Council met de beoordeling van de aanbiedingen was belast, wees er in zijn rapport in het bijzonder op dat de drie laagste aanbiedingen uit een oogpunt van technische waarde gelijkwaardig waren.

- 10 Hij had daarentegen ernstige bedenkingen met betrekking tot de aanbidding van SIAC en merkte op dat het door SIAC gehanteerde prijssysteem „hem duidelijk sterk in zijn vrijheid beperkte om voor een behoorlijke en volledige uitvoering van de opdracht op de — naar zijn oordeel — voor de County Council economisch voordeligste wijze te zorgen”.

- 11 Hij merkte tevens op, dat onder de rubriek „materialen” een voorlopig bedrag van 90 000 IEP was vermeld en dat de inschrijvers was verzocht om daaraan een percentage toe te voegen voor algemene kosten, winst, enz. SIAC had daarentegen dit voorlopig bedrag voor 100 % afgetrokken. De raadgevend ingenieur was van oordeel dat SIAC niet gerechtigd was tot deze aftrek.

- 12 Voorts vermeldde het rapport van de raadgevend ingenieur dat SIAC’s methode de controle op de posten in het quantabestek, die na de eindopmeting naar boven of naar onder konden afwijken, aanzienlijk verminderde. Meer bepaald had SIAC bij 27,5 % van de posten een bedrag „0” ingevuld, terwijl bijvoorbeeld Mulcair slechts bij 18 % van de posten een bedrag „0” had ingevuld en voor alle belangrijkste posten wel de prijs had opgegeven.

- 13 In zijn rapport concludeerde de raadgevend ingenieur, dat Mulcair in vergelijking met SIAC een „evenwichtiger” aanbidding met een betere prijs-kwaliteitsverhouding had ingezonden, die zelfs goedkoper zou kunnen uitvallen.

14 In zijn aanbevelingen heeft de raadgevend ingenieur verklaard dat de aanbidding van Pierce Contracting Ltd in ieder geval niet kon worden aanvaard, aangezien haar prijs, na correctie, 115 047,33 IEP hoger was dan die van Mulcair. Hij adviseerde, de aanbidding van SIAC evenmin te aanvaarden op de volgende gronden:

- bij de sluiting van de inschrijving had SIAC geen „uitvoeringstermijn” opgegeven,

- SIAC had het voorlopige bedrag van 90 000 IEP geschrapt door middel van een aftrek van 100 %, terwijl zij aan die post slechts een percentage mocht toevoegen voor algemene kosten, winst, enz.,

- SIAC had geen prijs opgegeven voor belangrijke, over de verschillende quantabestekken verspreide posten van op te meten werk, zodat haar quantabestek een vertekend beeld gaf en het beheer en de controle uiterst moeilijk, zo niet onmogelijk maakte.

15 Bijgevolg heeft de raadgevend ingenieur aanbevolen, de gecorrigeerde aanbidding van Mulcair te aanvaarden.

16 De County Council heeft derhalve de opdracht aan Mulcair gegund en deze heeft het werk uitgevoerd.

17 Op verzoek van SIAC heeft de County Council SIAC bij brief van 30 augustus 1993 de gronden voor afwijzing van haar aanbidding meegedeeld.

- 18 Vervolgens heeft SIAC bij de High Court (Ierland) twee procedures ingesteld tegen het besluit van de County Council om de betrokken opdracht aan Mulcair te gunnen.
- 19 Bij vonnis respectievelijk beschikking van 17 juni 1997 heeft de High Court deze twee vorderingen van SIAC afgewezen.
- 20 Naar zijn oordeel heeft de County Council door criteria te kiezen die in de aankondiging waren vermeld en in andere stukken nader waren uitgewerkt, een discretionaire, grotendeels op vaktechnisch inzicht berustende selectiebevoegdheid uitgeoefend.
- 21 De High Court heeft voorts geoordeeld, dat alleen kon worden getoetst of het besluit van de County Council onredelijk was, en heeft beslist dat dit niet het geval was.
- 22 SIAC heeft tegen dit vonnis en deze beschikking van de High Court hoger beroep ingesteld bij de Supreme Court.
- 23 In hoger beroep voert SIAC aan dat de County Council verplicht was de laagste inschrijving, te weten haar aanbieding, te aanvaarden. Aangezien is erkend dat alle inschrijvers de vereiste technische waarde bezaten, was het enige relevante criterium „de kosten”, te begrijpen als synoniem voor de prijs van de aanbieding. Met het criterium kosten/prijs kunnen in geen geval de uiteindelijke kosten voor de County Council zijn bedoeld.

- 24 Door uit te gaan van de uiteindelijke kosten is de County Council afgeweken van de criteria die als gunningscriteria waren vermeld. Dit is een schending van de beginselen van transparantie en voorzienbaarheid van de aanbestedingsprocedure, alsmede van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers.
- 25 De County Council brengt daartegen in dat hij een discretionaire bevoegdheid mocht uitoefenen en op basis van een aanbeveling van zijn raadgevend ingenieur de opdracht mocht gunnen aan de inschrijving die naar zijn oordeel uit het oogpunt van de kosten en de technische waarde het voordeligst was. Bij een „measure-and-value” contract betekent het criterium „kosten” datgene wat de opdracht kost voor de County Council, met andere woorden de prijs van het werk.
- 26 Voorts blijkt in het bijzonder uit het bestek, dat de raadgevend ingenieur bij het onderzoek van de quantabestekken de opgegeven prijzen mocht vergelijken met zijn eigen kostenramingen. SIAC moet overigens vanaf het begin hebben geweten, dat het criterium „kosten” betrekking had op de vermoedelijke kosten van het werk voor de County Council.
- 27 In die omstandigheden heeft de Supreme Court de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Wanneer een aanbestedende dienst een opdracht gunt overeenkomstig artikel 29, lid 1, tweede streepje, van richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971, zoals omgezet in het nationale recht van een lidstaat, en deze dienst als *„gunningscriteria (naast de prijs)’* heeft vermeld dat de opdracht zal worden gegund aan *„de bekwame inschrijver wiens aanbieding uit een oogpunt van kosten en technische waarde het voordeligst voor de [aangebestedende dienst] wordt geacht’*, en de drie laagste aanbiedingen afkomstig zijn van ondernemers van erkende bekwaamheid, geldig zijn ingediend en een erkende technische waarde hebben, en de prijzen van de drie laagste aanbiedingen niet sterk verschillen, is die aanbestedende dienst dan verplicht de opdracht te gunnen aan

de inschrijver met de laagste aanbieding, of kan hij de opdracht aan de inschrijver met de op één na laagste aanbieding gunnen op basis van het deskundigenrapport van zijn raadgevend ingenieur, volgens hetwelk de uiteindelijke kosten van de opdracht voor de aanbestedende dienst waarschijnlijk lager zullen uitvallen indien de opdracht aan de inschrijver met de op één na laagste aanbieding wordt gegund, dan indien de opdracht aan de inschrijver met de laagste aanbieding wordt gegund?”

De prejudiciële vraag

- 28 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen, of artikel 29, leden 1 en 2, van de gewijzigde richtlijn 71/305 aldus moet worden uitgelegd, dat een aanbestedende dienst die ervoor heeft gekozen een opdracht aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbieding te gunnen, deze opdracht mag gunnen aan de inschrijver met de aanbieding waarvan de uiteindelijke kosten volgens het oordeel van een deskundige waarschijnlijk de laagste zullen zijn.
- 29 Om te beginnen zij opgemerkt dat de partijen in het hoofdgeding het niet eens zijn over de vraag, of de in het aanbestedingsdossier gebruikte begrippen „prijs” en „kosten” betrekking hebben op de totaalprijs van de aanbieding of op de uiteindelijke kosten van de opdracht. De High Court heeft dienaangaande alleen vastgesteld dat de begrippen „prijs” en „kosten” door elkaar werden gebruikt.
- 30 In het kader van een procedure krachtens artikel 234 EG kan het Hof evenwel geen uitspraak doen over de uitlegging van in het aanbestedingsdossier gebruikte begrippen. Een dergelijke uitlegging behoort tot de bevoegdheid van de nationale rechter.

- 31 Vaststaat daarentegen dat de voorwaarden van artikel 29, leden 1 en 2, van de gewijzigde richtlijn 71/305 moeten worden onderzocht tegen de achtergrond van de omstandigheid, dat de betrokken opdracht aan een bepaalde inschrijver is gegund omdat zijn aanbieding volgens een deskundige waarschijnlijk de laagste uiteindelijke kosten zou meebrengen.
- 32 Het Hof heeft geoordeeld dat de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten op communautair vlak zijn gecoördineerd om belemmeringen voor het vrije verkeer van diensten en goederen op te heffen en dus om de belangen te beschermen van in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers die goederen of diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden (zie, met name, arrest van 3 oktober 2000, University of Cambridge, C-380/98, Jurispr. blz. I-8035, punt 16).
- 33 In overeenstemming met deze doelstelling volgt de verplichting om het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers te eerbiedigen, uit het hoofddoel van de gewijzigde richtlijn 71/305 (arrest van 22 juni 1993, Commissie/Denemarken, C-243/89, Jurispr. blz. I-3353, punt 33).
- 34 Nauwkeuriger gezegd, de inschrijvers moeten zich in een gelijke positie bevinden, zowel in de fase van voorbereiding van hun aanbiedingen als bij de beoordeling ervan door de aanbestedende dienst (zie, in die zin, arrest van 25 april 1996, Commissie/België, C-87/94, Jurispr. blz. I-2043, punt 54).
- 35 Wat de criteria betreft die in aanmerking komen als criteria voor de gunning van een overheidsopdracht aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbieding, moet worden vastgesteld dat de opsomming in artikel 29, lid 1, tweede streepje, van gewijzigde richtlijn 71/305 niet limitatief is.

- 36 Hoewel de aanbestedende diensten volgens deze bepaling dus kunnen kiezen welke gunningscriteria zij zullen toepassen, kan die keuze enkel betrekking hebben op criteria ter bepaling van de economisch voordeligste aanbidding (arrest van 20 september 1988, Beentjes, 31/87, Jurispr. blz. 4635, punt 19).
- 37 Een gunningscriterium is onverenigbaar met artikel 29 van de gewijzigde richtlijn 71/305, wanneer het de aanbestedende dienst een onvoorwaardelijke keuzevrijheid geeft bij de gunning van de opdracht aan een inschrijver (arrest Beentjes, reeds aangehaald, punt 26).
- 38 Het feit dat een gunningscriterium betrekking heeft op een gegeven dat pas na de gunning van de opdracht precies bekend zal zijn, brengt echter nog niet een dergelijke onvoorwaardelijke vrijheid voor de aanbestedende dienst mee.
- 39 Het Hof heeft immers reeds geoordeeld, dat de zekerheid van bevoorrading één van de criteria kan zijn ter bepaling van de economisch voordeligste aanbidding (arrest van 28 maart 1995, Evans Medical en Macfarlan Smith, C-324/93, Jurispr. blz. I-563, punt 44).
- 40 Het gebruik van een dergelijk criterium kan echter slechts verenigbaar zijn met de vereisten van gelijke behandeling van de inschrijvers, wanneer dit criterium tevoren in het bestek of in de aankondiging van de opdracht is vermeld, zoals artikel 29, lid 2, van de gewijzigde richtlijn 71/305 overigens bepaalt.
- 41 Voorts omvat het beginsel van gelijke behandeling een verplichting tot transparantie, opdat de naleving ervan kan worden gecontroleerd (zie, naar analogie, arrest van 18 november 1999, Unitron Scandinavia en 3-S, C-275/98, Jurispr. blz. I-8291, punt 31).

- 42 Dit betekent meer in het bijzonder dat de gunningscriteria in het bestek of in de aankondiging van de opdracht zodanig moeten zijn geformuleerd, dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren.
- 43 Deze verplichting tot transparantie impliceert eveneens dat de aanbestedende dienst de gunningscriteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze moet uitleggen (zie, in die zin, arrest Commissie/België, reeds aangehaald, punten 88 en 89).
- 44 Ten slotte moeten de gunningscriteria bij de beoordeling van de aanbiedingen op objectieve en uniforme wijze worden toegepast op alle inschrijvers. De inschakeling van een deskundige door een aanbestedende dienst ter beoordeling van een gegeven dat pas in de toekomst precies bekend zal zijn, is in beginsel geschikt om de eerbiediging van deze voorwaarde verzekeren.
- 45 Mitsdien moet op de prejudiciële vraag worden geantwoord, dat artikel 29, leden 1 en 2, van de gewijzigde richtlijn 71/305 aldus moet worden uitgelegd, dat een aanbestedende dienst die ervoor heeft gekozen een opdracht aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbieding te gunnen, deze opdracht mag gunnen aan de inschrijver met de aanbieding waarvan de uiteindelijke kosten volgens het oordeel van een deskundige waarschijnlijk de laagste zullen zijn, op voorwaarde dat de inschrijvers gelijk zijn behandeld. Dit veronderstelt dat de transparantie en de objectiviteit van de procedure gewaarborgd zijn geweest en in het bijzonder dat:
- dit gunningscriterium duidelijk is vermeld in de aankondiging van de opdracht of in het bestek, en

- het deskundigenrapport op alle wezenlijke punten is gebaseerd op objectieve factoren die volgens de heersende vakinzichten relevant en passend voor de betrokken beoordeling worden beschouwd.

Kosten

- ⁴⁶ De kosten door de Ierse, de Franse 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 (Vijfde kamer),

uitspraak doende op de door de Supreme Court bij beschikking van 30 juli 1999 gestelde vraag, verklaart voor recht:

Artikel 29, leden 1 en 2, van richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, zoals gewijzigd bij richtlijn 89/440/

EEG van de Raad van 18 juli 1989, moet aldus worden uitgelegd, dat een aanbestedende dienst die ervoor heeft gekozen een opdracht aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbieding te gunnen, deze opdracht mag gunnen aan de inschrijver met de aanbieding waarvan de uiteindelijke kosten volgens het oordeel van een deskundige waarschijnlijk de laagste zullen zijn, op voorwaarde dat de inschrijvers gelijk zijn behandeld. Dit veronderstelt dat de transparantie en de objectiviteit van de procedure gewaarborgd zijn geweest en in het bijzonder dat:

- dit gunningscriterium duidelijk is vermeld in de aankondiging van de opdracht of in het bestek, en

- het deskundigenrapport op alle wezenlijke punten is gebaseerd op objectieve factoren die volgens de heersende vakinzichten relevant en passend voor de betrokken beoordeling worden beschouwd.

Jann

La Pergola

Sevón

Wathelet

Timmermans

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 18 oktober 2001.

De griffier

De president van de Vijfde kamer

R. Grass

P. Jann