

ARREST VAN HET HOF (Zesde kamer)

4 december 2003 *

In zaak C-448/01,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 234 EG van het Bundesvergabeamt (Oostenrijk), in het aldaar aanhangig geding tussen

EVN AG,

Wienstrom GmbH,

en

Republik Österreich,

in tegenwoordigheid van:

Stadtwerke Klagenfurt AG

en

Kärntner Elektrizitäts-AG,

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van artikel 26 van 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,

* Procestaal: Duits.

blz. 1), en de artikelen 1 en 2, lid 1, sub b, van 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/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1),

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

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

advocaat-generaal: J. Mischo,
griffier: H. A. Rühl, hoofdadministrateur,

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

— EVN AG en Wienstrom GmbH, vertegenwoordigd door M. Öhler, Rechtsanwalt,

— de Republiek Österreich, vertegenwoordigd door A. Gerscha, Rechtsanwalt,

- de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door M. Fruhmann als gemachtigde,
- de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door S. Terstal als gemachtigde,
- de Zweedse regering, vertegenwoordigd door K. Renman als gemachtigde,
- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door M. Nolin als gemachtigde, bijgestaan door T. Eilmansberger, Rechtsanwalt,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de mondelinge opmerkingen van EVN AG en Wienstrom GmbH, de Republik Österreich, de Oostenrijkse regering en de Commissie, ter terechtzitting van 23 januari 2003,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 27 februari 2003,

het navolgende

Arrest

- 1 Bij beschikking van 13 november 2001, ingekomen bij het Hof op 20 november daaraanvolgend, heeft het Bundesvergabeamt het Hof krachtens artikel 234 EG vier prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van artikel 26 van 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), en de artikelen 1 en 2, lid 1, sub b, van 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/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1; hierna: „richtlijn 89/665”).
- 2 Deze vragen zijn gerezen in een geding tussen de groep van ondernemingen bestaande uit de vennootschappen EVN AG en Wienstrom GmbH en de Republiek Österreich, in haar hoedanigheid van aanbestedende dienst, betreffende de gunning van een overheidsopdracht voor leveringen waarop verzoeksters in het hoofddeding hadden ingeschreven.

Toepasselijke bepalingen

Bepalingen van gemeenschapsrecht

- 3 Artikel 26 van richtlijn 93/36, opgenomen in titel IV, hoofdstuk 3, „Gunnings-criteria”, bepaalt in de leden 1, sub b, en 2:

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

[...]

- b) hetzij, indien de gunning aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbidding plaatsvindt, verscheidene criteria die variëren naar gelang van de aard van de opdracht, zoals de prijs, de leveringstermijn, de gebruikskosten, de rentabiliteit, de kwaliteit, de esthetische en functionele kenmerken, de technische waarde, de klantenservice en de technische bijstand.

2. In het in lid 1, sub b, bedoelde geval, vermeldt de aanbestedende dienst in het bestek of in de aankondiging van de opdracht alle gunningscriteria die hij voornemens is te hanteren, zo mogelijk in afnemende volgorde van het belang dat eraan wordt gehecht.”

- 4 Blijkens de zesde overweging van de considerans van richtlijn 89/665 moet in alle lidstaten worden gezorgd voor adequate procedures om onwettige besluiten nietig te kunnen verklaren en een schadevergoeding te kunnen toekennen aan degenen die door een schending zijn gelaedeerd.

- 5 Artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 89/665 luidt:

„1. De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat, wat betreft de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten die vallen onder de werkingssfeer van de richtlijnen 71/305/EEG, 77/62/EEG en 92/50/EEG [...], tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten doeltreffend en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld overeenkomstig het bepaalde in de volgende artikelen, met name artikel 2, lid 7, op grond van het feit dat door die besluiten het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn.

[...]

3. De lidstaten dragen er zorg voor dat de beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen, althans toegankelijk zijn voor een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht voor leveringen of voor de uitvoering van werken en die door een beweerde schending is of dreigt te worden gelaedeerd. Met name kunnen de lidstaten verlangen dat degene die van deze procedure gebruik wenst te maken, de aanbestedende dienst vooraf in kennis heeft gesteld van de beweerde schending en van zijn voornemen om beroep in te stellen.”

6 Artikel 2, leden 1, sub b, 5 en 6, van richtlijn 89/665 bepaalt:

„1. De lidstaten zorgen ervoor dat de maatregelen betreffende het in artikel 1 bedoelde beroep de nodige bevoegdheden behelzen om:

[...]

- b) onwettige besluiten nietig te verklaren c.q. nietig te doen verklaren, met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische of financiële specificaties in oproepen tot inschrijving, bestekken dan wel in enig ander stuk dat verband houdt met de aanbestedingsprocedure;

[...]

5. De lidstaten kunnen bepalen dat, wanneer schadevergoeding wordt gevorderd omdat het besluit onwettig is genomen, het aangevochten besluit eerst moet worden vernietigd door een instantie die daartoe bevoegd is.

6. De gevolgen van de uitoefening van de in lid 1 bedoelde bevoegdheden voor een overeenkomst die na de gunning van een opdracht is gesloten, worden door het nationale recht bepaald. Behalve indien vóór de toekenning van schadevergoeding een besluit vernietigd moet worden, kan een lidstaat bepalen dat na de sluiting van een overeenkomst ingevolge de gunning van een opdracht, de bevoegdheden van de voor beroepsprocedures verantwoordelijke instantie beperkt blijven tot het toekennen van schadevergoeding aan een ieder die door een schending werd gelaedeerd.”

- 7 De tweede overweging van de considerans van richtlijn 2001/77/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 september 2001 betreffende de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen op de interne elektriciteitsmarkt (PB L 283, blz. 33), luidt:

„De Gemeenschap heeft, zoals aangegeven in het witboek over duurzame energiebronnen, [...] aan de bevordering van de elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen zowel omwille van de continuïteit en de diversificatie van de voorziening, als om milieubeschermingsredenen en met het oog op de sociale en economische samenhang, een hoge prioriteit toegekend. [...]”

- 8 De achttiende overweging van de considerans van richtlijn 2001/77 luidt:

„Het is van belang gebruik te maken van de marktkrachten en de interne markt, en elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen concurrerend en aantrekkelijk voor de Europese burgers te maken.”

- 9 Volgens artikel 1 van richtlijn 2001/77 heeft deze tot doel, een verhoging van het aandeel van hernieuwbare energiebronnen in de elektriciteitsproductie binnen de interne elektriciteitsmarkt te bevorderen en de grondslag te leggen voor een toekomstige kaderregeling van de Gemeenschap daarvoor. Artikel 3, lid 1, van deze richtlijn bepaalt daartoe dat de lidstaten passende maatregelen moeten nemen om het verbruik van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen te stimuleren overeenkomstig de in lid 2 van dat artikel bedoelde nationale indicatieve streefcijfers.

Bepalingen van nationaal recht

- ¹⁰ De richtlijnen 89/665 en 93/36 zijn in Oostenrijks recht omgezet bij het Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (federale wet van 1997 inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, BGBl I, 1997/56; hierna: „BVergG”).

- ¹¹ § 16, leden 1 en 7, BVergG bepaalt:

„1. Overheidsopdrachten voor dienstverlening worden volgens een bij deze wet voorziene procedure overeenkomstig de beginselen van vrije en eerlijke mededinging en gelijke behandeling van alle gegadigden en inschrijvers gegund aan — uiterlijk op de datum van de aankondiging van de opdracht — bevoegde, productieve en betrouwbare ondernemingen, tegen redelijke prijzen.

[...]

7. In de gunningsprocedure wordt rekening gehouden met de milieu-effecten van de dienstverlening en de tewerkstelling van personen in een leerbetrekking.”

12 § 53 BVergG bepaalt:

„De opdracht wordt, onder de na de selectie overblijvende aanbiedingen, gegund aan de inschrijver wiens offerte overeenkomstig de in de aanbesteding vastgestelde criteria technisch en economisch de voordeligste is (beginsel van de beste inschrijver).”

13 § 115, lid 1, BVergG luidt:

„1. Een ondernemer die stelt belang te hebben bij het sluiten van een onder deze federale wet vallende overeenkomst, kan een beroepsprocedure op grond van onrechtmatigheid instellen tegen een door de aanbestedende dienst in de aanbestedingsprocedure genomen besluit, voorzover hij door die gestelde onrechtmatigheid schade heeft geleden of dreigt te zullen leiden.”

14 § 117, leden 1 en 3, BVergG bepaalt:

„1. Een in de loop van een aanbestedingsprocedure door de aanbestedende dienst genomen besluit wordt bij administratief besluit van het Bundesvergabeamt, met inachtneming van het advies van de bemiddelingscommissie [...], nietig verklaard indien het

- 1) in strijd is met de bepalingen van deze federale wet of van de uitvoeringsbesluiten daarvan, en

2) het resultaat van de aanbestedingsprocedure wezenlijk beïnvloedt.

[...]

3. Wanneer de gunning van de opdracht reeds heeft plaatsgehad, stelt het Bundesvergabeamt, met inachtneming van de in lid 1 gestelde voorwaarden, enkel vast of de gestelde onrechtmatigheid al dan niet bestaat.”

Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

- 15 Verweerster in het hoofdgeding heeft een openbare aanbesteding uitgeschreven voor de levering van elektriciteit. De opdracht had betrekking op de sluiting van een kaderovereenkomst en de daarop berustende uitvoeringsovereenkomsten voor de levering van elektriciteit aan alle in het Bundesland Kärnten (Oostenrijk) gelegen federale overheidsinstellingen. De duur van de overeenkomst was vastgesteld voor de periode van 1 januari 2002 tot en met 31 december 2003. De uitnodiging tot inschrijving, die in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* van 27 maart 2001 werd bekendgemaakt, vermeldde onder de rubriek „Gunningscriteria”:

„Economisch voordeligste aanbidding volgens de volgende criteria: milieueffecten van de dienstverlening volgens bestek.”

- 16 De aanbidding moest de prijs per kilowattuur (kWh) in ATS bevatten. Deze prijs moest voor de gehele looptijd van de overeenkomst gelden en mocht niet variëren of worden aangepast. De energieleverancier moest, voorzover technisch mogelijk,

aan de federale overheidsinstellingen elektriciteit leveren die was opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen en in elk geval niet welbewust uit kernsplitsing. Dienaangaande was echter niet bepaald dat de energieleverancier bewijzen voor zijn aankoopbronnen moest leveren. In geval van inbreuk op voormelde verplichtingen kon de aanbestedende dienst de overeenkomst ontbinden en was voorzien in een contractuele boete.

- 17 Blijkens het bestek was de aanbestedende dienst zich ervan bewust, dat om technische redenen geen enkele leverancier kon garanderen, dat de door hem aan een bepaalde afnemer te leveren elektriciteit daadwerkelijk uit hernieuwbare energiebronnen zou worden opgewekt. Niettemin was besloten om de overeenkomst te sluiten met inschrijvers die over ten minste 22,5 gigawattuur (GWh) per jaar aan aldus opgewekte elektriciteit beschikten, aangezien het totale verbruik van de federale overheidsdiensten voorlopig op ongeveer 22,5 GWh per jaar werd geschat.
- 18 Voorts was vermeld dat inschrijvingen zouden worden afgewezen waarin niet werd aangetoond dat „de inschrijver in de afgelopen twee jaar en/of in de komende twee jaar ten minste 22,5 GWh elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen had opgewekt of gekocht en/of zou opwekken of kopen en aan de eindverbruiker heeft geleverd en/of zou leveren”. Als gunningscriteria was gekozen voor de nettoprijs per kWh, met een wegingscoëfficiënt van 55 %, en het criterium „energie uit hernieuwbare energiebronnen”, met een wegingscoëfficiënt van 45 %. Met betrekking tot dit laatste criterium was bepaald, dat daarbij „enkel de door de inschrijver leverbare jaarlijkse hoeveelheid stroom uit duurzame energiebronnen die 22,5 GWh overschrijdt, in aanmerking zal worden genomen”.
- 19 De vier aanbiedingen werden op 10 mei 2001 geopend. Het inschrijversconsortium Kärntner Elektrizitäts-AG en Stadtwerke Klagenfurt AG (hierna: „KELAG”) bood een prijs van 0,44 ATS/kWh en verklaarde, verwijzend naar een tabel betreffende de hoeveelheden en de herkomst van de door deze ondernemingen opgewekte of geleverde elektriciteit, dat deze in staat waren een

totale hoeveelheid van 3 406,2 GWh hernieuwbare energie te leveren. Een andere inschrijving was afkomstig van Energie Oberösterreich AG, die een prijs van 0,4191 ATS/kWh aanbood voor een minimum jaarverbruik van 1 miljoen GWh en in een tabel betreffende de jaren 1999 tot en met 2002 de verschillende hoeveelheden elektriciteit uit duurzame energiebronnen vermeldde die zij voor elk jaar van die periode kon leveren. De grootste vermelde hoeveelheid was 5 280 GWh per jaar. Verder was nog een offerte ingediend door BEWAG, die een prijs van 0,465 ATS/kWh aanbood. Zij voegde een tabel bij betreffende het aandeel aan duurzame energie in de door haar opgewekte en geleverde stroom, aan de hand waarvan de aanbestedende dienst concludeerde dat zij een waarde van 449,2 GWh had opgegeven.

- 20 Verzoeksters in het hoofdgeding boden een prijs van 0,52 ATS/kWh. Zij vermeldden geen concrete cijfers over de hoeveelheid elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen die zij konden leveren, maar verklaarden dienaangaande enkel dat zij over eigen productiecentrales beschikten waarin stroom uit dergelijke bronnen werd opgewekt. Voorts hadden zij beschikt over aankooprechten voor de elektriciteit van waterkrachtcentrales van de Österreichische Elektrizitätswirtschafts-Aktiengesellschaft en andere Oostenrijkse waterkrachtinstallaties en was andere bijgekochte energie voornamelijk afkomstig uit langjarige coördinatieovereenkomsten met de grootste aanbieder van aldus opgewekte gecertificeerde elektriciteit. In 1999 en 2000 was uitsluitend waterkracht uit Zwitserland betrokken, hetgeen zou worden voortgezet. In het totaal zou een veelvoud van de aan te besteden stroomhoeveelheid uit hernieuwbare energiebronnen worden opgewekt.
- 21 Van de vier ingediende aanbiedingen werd die van KELAG door verweerster in het hoofdgeding als beste beoordeeld, waarop deze voor elk van de twee gunningscriteria de meeste punten kreeg. Verzoeksters in het hoofdgeding kregen het minste aantal punten op de twee criteria.

- 22 Verzoeksters in het hoofdgeding deelden de aanbestedende dienst reeds op 9 en 30 mei 2001 mee dat verscheidene bepalingen van de aanbesteding, waaronder het gunningscriterium „elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen”, huns inziens onrechtmatig waren, waarna zij op 12 juni 2001 verzochten om een bemiddelingsprocedure bij de Bundes-Vergabekontrollkommission (federale commissie voor de controle van aanbestedingen), die hun verzoek afwees omdat een bemiddelingsprocedure geen kans van slagen had.
- 23 Vervolgens stelden verzoeksters in het hoofdgeding bij het Bundesvergabeamt beroep in, waarin zij onder meer verzochten om nietigverklaring van de gehele aanbesteding alsook van een reeks bepalingen van het bestek en besluiten van de aanbestedende dienst. Tot deze laatste behoorden met name het besluit om de afwijzing van een aanbieding te baseren op het gebrek aan bewijzen betreffende de opwekking en de aankoop van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen binnen een bepaalde periode of op een gebrek aan bewijzen met betrekking tot toekomstige aankopen, het besluit om ter beoordeling van de geschiktheid een bewijs te vragen dat binnen een gegeven periode een bepaalde hoeveelheid elektriciteit uit dergelijke bronnen was opgewekt of aangekocht, het besluit om de beschikbare hoeveelheid stroom uit hernieuwbare energiebronnen die 22,5 GWh per jaar overschreed, als gunningscriterium aan te nemen, alsmede de weigering om de aanbesteding in te trekken. Voorts verlangden verzoeksters dat het de aanbestedende dienst bij wege van voorlopige maatregel zou worden verboden om de opdracht te gunnen.
- 24 Bij beslissing van 16 juli 2001 willigde het Bundesvergabeamt het verzoek van verzoeksters in het hoofdgeding in en verbood het de gunning vooralsnog tot 10 september 2001. Opnieuw aangesproken door verzoeksters, stond het Bundesvergabeamt bij beschikking van 17 september 2001 de aanbestedende dienst als voorlopige maatregel toe, de aanbesteding te gunnen op voorwaarde dat de gunning zou worden ingetrokken en de overeenkomst zou worden ontbonden indien ook maar één van de door verzoeksters in het hoofdgeding ingediende vorderingen door deze rechterlijke instantie zou worden toegewezen of indien uit andere bevindingen van deze instantie zou blijken dat het besluit om de betrokken opdracht aan een van de mede-inschrijvers van verzoeksters in het hoofdgeding te gunnen, onrechtmatig was.

25 Op 24 oktober 2001 werd de kaderovereenkomst aan de vennootschap KELAG gegund onder de bij de genoemde beschikking vastgestelde ontbindende voorwaarden.

26 Van oordeel dat voor de beslechting van het bij hem aanhangig geding de uitlegging van een aantal bepalingen van het gemeenschapsrecht vereist is, heeft het Bundesvergabeamt besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen te stellen:

- „1) Verbieden de voor het plaatsen van overheidsopdrachten geldende bepalingen van gemeenschapsrecht, in het bijzonder artikel 26 van richtlijn 93/36/EEG, de aanbestedende dienst om voor de levering van elektriciteit een gunningscriterium met een wegingscoëfficiënt van 45 % vast te stellen, waarbij de inschrijver — zonder gebonden te zijn aan een bepaalde leveringstermijn — moet aangeven hoeveel elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen hij aan een niet nader omschreven kring van afnemers kan leveren, en de inschrijver die de hoogste hoeveelheid vermeldt, het maximaal aantal punten verkrijgt, met dien verstande dat enkel de hoeveelheid die het in het kader van de uitgeschreven aanbesteding te verwachten verbruik overschrijdt, in aanmerking wordt genomen?
- 2) Verbieden de voor het plaatsen van overheidsopdrachten geldende bepalingen van gemeenschapsrecht, in het bijzonder artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 89/665/EEG, de nietigverklaring van een onwettig besluit in het kader van de in artikel 1 van richtlijn 89/665/EEG bedoelde beroepsprocedure afhankelijk te stellen van het bewijs dat het onwettige besluit van wezenlijke invloed is geweest op het resultaat van de aanbestedingsprocedure?
- 3) Verbieden de voor het plaatsen van overheidsopdrachten geldende bepalingen van gemeenschapsrecht, in het bijzonder artikel 26 van richtlijn 93/36/EEG, de nietigverklaring van een onwettig besluit in het kader van de in artikel 1 van richtlijn 89/665/EEG bedoelde beroepsprocedure

afhankelijk te stellen van het bewijs dat dit besluit van wezenlijke invloed is geweest op het resultaat van de aanbestedingsprocedure, wanneer de beroepsinstantie voor dit bewijs moet nagaan of de rangorde van de daadwerkelijk ingediende aanbiedingen verandert in geval van een nieuwe beoordeling waarbij het onwettige gunningscriterium niet in aanmerking wordt genomen?

- 4) Verplichten de voor het plaatsen van overheidsopdrachten geldende bepalingen van gemeenschapsrecht, in het bijzonder artikel 26 van richtlijn 93/36/EEG, de aanbestedende dienst tot intrekking van de aanbesteding, indien in de in artikel 1 van richtlijn 89/665/EEG bedoelde beroepsprocedure blijkt dat een van de door hem vastgestelde gunningscriteria onwettig is?"

De eerste vraag

- 27 Blijkens de verklaringen van de verwijzende rechter moet zijn eerste vraag aldus worden begrepen, dat zij uit twee onderdelen bestaat. In de eerste plaats wenst hij te vernemen of de gemeenschapsreglementering inzake overheidsopdrachten, in het bijzonder artikel 26 van richtlijn 93/36, er zich tegen verzet dat een aanbestedende dienst bij de beoordeling van de economisch voordeligste aanbieding voor de gunning van een opdracht voor de levering van stroom als criterium hanteert dat de stroom moet worden opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen.
- 28 In de tweede plaats, ingeval het eerste onderdeel van zijn vraag bevestigend wordt beantwoord, verzoekt de verwijzende rechter om nadere toelichting bij de vraag, welke vereisten het gemeenschapsrecht stelt inzake de concrete toepassing van dit criterium, rekening houdend met de specifieke wijze waarop het betrokken criterium in het bij hem aanhangig geding is geformuleerd, zodat het tweede onderdeel van zijn vraag uit verschillende subvragen bestaat.

29 Meer bepaald vraagt deze rechter zich af of een dergelijk criterium met het gemeenschapsrecht verenigbaar is, rekening houdend met de hierna omschreven omstandigheden, namelijk dat:

- a) aan dit criterium een wegingscoëfficiënt van 45 % is toegekend;
- b) daaraan geen vereisten zijn verbonden die het mogelijk maken de juistheid van de informatie in de aanbiedingen daadwerkelijk te controleren, en daarmee evenmin het gestelde doel zonder meer kan worden bereikt;
- c) daarbij geen welbepaalde leveringsdatum wordt opgelegd;
- d) de inschrijvers moeten aangeven hoeveel stroom uit hernieuwbare energiebronnen zij aan een niet nader omschreven kring van afnemers kunnen leveren, en de inschrijver die de hoogste hoeveelheid vermeldt, het maximumaantal punten verkrijgt, met dien verstande dat enkel de hoeveelheid die het in het kader van de uitgeschreven aanbesteding te verwachten verbruik overschrijdt, in aanmerking wordt genomen.

Het eerste onderdeel van de eerste vraag

30 Wijzend op de vaagheid van het begrip „economisch voordeligste aanbidding” in artikel 26 van richtlijn 93/36, stelt het Bundesvergabeamt in de eerste plaats de principiële vraag, of de aanbestedende dienst volgens het communautaire

aanbestedingsrecht wel criteria mag vaststellen waarmee wordt gestreefd naar voordelen die economisch niet onmiddellijk objectief kunnen worden gewaardeerd, zoals criteria met betrekking tot milieubescherming.

- 31 Dienaangaande zij opgemerkt dat het Hof in een na de indiening van de verwijzingsbeschikking in de onderhavige zaak uitgesproken arrest, met betrekking tot de uitlegging van artikel 36, lid 1, sub a, van richtlijn 92/50, dat in wezenlijk dezelfde bewoordingen is gesteld als artikel 26, lid 1, sub b, van richtlijn 93/36, zich heeft kunnen uitspreken over de vraag of en onder welke voorwaarden een aanbestedende dienst bij de beoordeling van de economisch voordeligste aanbidding milieucriteria in aanmerking kan nemen.
- 32 Meer in het bijzonder heeft het Hof in punt 55 van het arrest van 17 september 2002, *Concordia Bus Finland* (C-513/99, Jurispr. blz. I-7213), vastgesteld dat artikel 36, lid 1, sub a, van richtlijn 92/50 niet aldus kan worden uitgelegd, dat elk van de door de aanbestedende dienst gehanteerde gunningscriteria ter bepaling van de economisch voordeligste aanbidding, noodzakelijkerwijs van zuiver economische aard moet zijn.
- 33 Het Hof heeft dan ook erkend dat, wanneer de aanbestedende dienst besluit een opdracht te gunnen aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbidding, hij rekening mag houden met milieucriteria, voorzover deze criteria verband houden met het voorwerp van de opdracht, de aanbestedende dienst geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid geven, uitdrukkelijk vermeld zijn in het bestek of in de aankondiging van de opdracht en alle fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht, met name het discriminatieverbod, eerbiedigen (arrest *Concordia Bus Finland*, reeds aangehaald, punt 69).

- 34 Hieruit volgt dat de gemeenschapsreglementering inzake overheidsopdrachten er zich niet tegen verzet dat een aanbestedende dienst bij de beoordeling van de economisch voordeligste aanbieding voor de gunning van een opdracht voor de levering van stroom, als criterium hanteert dat de stroom moet worden opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen, voorzover dit criterium verband houdt met het voorwerp van de opdracht, deze aanbestedende dienst geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid geeft, uitdrukkelijk in het bestek of in de aankondiging van de opdracht is vermeld en alle fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht, met name het discriminatieverbod, eerbiedigt.

Het tweede onderdeel van de eerste vraag

Het tweede onderdeel, sub a

- 35 In zijn verwijzingsbeschikking merkt de nationale rechter op dat, zelfs indien een gunningscriterium met betrekking tot milieubescherming, zoals dat welk in het hoofdgeding aan de orde is, in beginsel verenigbaar zou worden geacht met de bepalingen van gemeenschapsrecht inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, zich een ander probleem voordoet doordat aan dat criterium een wegingscoëfficiënt van 45 % is toegekend, aangezien daartegen zou kunnen worden ingebracht dat het de aanbestedende dienst verboden is aan een gegeven dat niet rechtstreeks economisch waardeerbaar is, een dergelijk gewicht te verlenen in het gunningsbesluit.
- 36 Verweerster in het hoofdgeding stelt dienaangaande dat, gelet op de beoordelingsvrijheid waarover een aanbestedende dienst ter bepaling van de economisch voordeligste aanbieding beschikt, enkel een weging die tot een niet gerechtvaardigde scheeftrekking zou leiden, ontoelaatbaar is. In het hoofdgeding bestaat er echter niet alleen een objectieve verhouding tussen de criteria „prijs” en

„elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen”, maar wordt ook voorrang gegeven aan het in cijfers uit te drukken criterium aangezien de wegingscoëfficiënt voor de prijs tien punten hoger ligt dan die welke is toegekend aan het vermogen om aldus opgewekte stroom te leveren.

- 37 Volgens vaste rechtspraak kunnen de aanbestedende diensten bij de bepaling van de economisch voordeligste aanbidding kiezen welke gunningscriteria zij op de opdracht zullen toepassen, op voorwaarde dat deze criteria ertoe strekken de economisch voordeligste aanbidding te bepalen en zij de aanbestedende dienst geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid verlenen bij de gunning van de opdracht aan een inschrijver (zie in die zin arresten van 20 september 1988, Beentjes, 31/87, Jurispr. blz. 4635, punten 19 en 26; 18 oktober 2001, SIAC Construction, C-19/00, Jurispr. blz. I-7725, punten 36 en 37, en arrest Concordia Bus Finland, reeds aangehaald, punten 59 en 61).
- 38 Voorts moeten bij de toepassing van deze criteria de procedurevoorschriften en de uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende fundamentele beginselen in acht worden genomen (zie in die zin reeds aangehaalde arresten Beentjes, punten 29 en 31, en Concordia Bus Finland, punten 62 en 63).
- 39 Hieruit volgt dat de aanbestedende diensten met inachtneming van de voorschriften van gemeenschapsrecht niet alleen de gunningscriteria van de opdracht kunnen kiezen, maar ook de weging daartussen kunnen vaststellen, op voorwaarde dat het mogelijk is de gehanteerde criteria op synthetische wijze te beoordelen ter bepaling van de economisch voordeligste aanbidding.
- 40 Aangaande het in het hoofdgeding aan de orde zijnde gunningscriterium zij opgemerkt dat, zoals het Hof reeds heeft vastgesteld, het gebruik van hernieuwbare energiebronnen voor de opwekking van elektriciteit de milieu-

bescherming ten goede komt, omdat aldus wordt bijgedragen tot een vermindering van de uitstoot van broeikasgassen, die een van de belangrijkste oorzaken van klimaatverandering is, en waartegen de Europese Gemeenschap en haar lidstaten besloten hebben maatregelen te nemen (arrest van 13 maart 2001, PreussenElektra, C-379/98, Jurispr. blz. I-2099, punt 73).

- 41 Voorts beoogt richtlijn 2001/77, zoals met name uit de achttiende overweging van de considerans en uit de artikelen 1 en 3 daarvan blijkt, juist in dat opzicht, door het gebruik van de krachten van de markt het aandeel van hernieuwbare energiebronnen in de elektriciteitsproductie in de interne markt te verhogen, een doelstelling waaraan de Gemeenschap blijkens de tweede overweging van de considerans een hoge prioriteit toekent.
- 42 Aangezien derhalve met het in het hoofdgeding aan de orde zijnde criterium een belangrijke doelstelling wordt nagestreefd, lijkt de weging daarvan ten belope van 45 % niet in de weg te staan aan een synthetische beoordeling van de ter bepaling van de economisch voordeligste aanbidding gehanteerde criteria.
- 43 In deze omstandigheden, en nu er geen gegevens zijn waaruit een schending van de voorschriften van het gemeenschapsrecht kan worden opgemaakt, moet worden vastgesteld dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde weging van het gunningscriterium ten belope van 45 % op zich niet onverenigbaar is met de gemeenschapsreglementering inzake overheidsopdrachten.

Het tweede onderdeel, sub b

- 44 De nationale rechter vraagt zich voorts af of het in het hoofdgeding aan de orde zijnde gunningscriterium verenigbaar is met het gemeenschapsrecht, aangezien de aanbestedende dienst zelf heeft toegegeven, niet in staat te zijn om technisch te

controleren of de geleverde stroom daadwerkelijk uit hernieuwbare energiebronnen wordt opgewekt en hij de inschrijvers niet heeft gevraagd bewijzen te verstrekken van hun concrete leveringsverplichtingen of van de reeds gesloten stroomleveringsovereenkomsten.

- 45 De verwijzende rechter wenst derhalve in wezen te vernemen of de gemeenschapsvoorschriften inzake het plaatsen van overheidsopdrachten er zich tegen verzetten dat een aanbestedende dienst een gunningscriterium hanteert waaraan geen vereisten zijn verbonden die het mogelijk maken de juistheid van de informatie in de aanbiedingen daadwerkelijk te controleren.
- 46 Dienaangaande vraagt de verwijzende rechter zich ook af, in welke mate met een dergelijk gunningscriterium de ermee beoogde doelstelling kan worden bereikt. Aangezien niet is voorzien in enige controle om na te gaan in welke mate de concrete inschrijver op grond van zijn productiestructuren daadwerkelijk bijdraagt tot de verhoging van de hoeveelheden stroom uit hernieuwbare energiebronnen, acht deze rechter het mogelijk dat de toepassing van dit criterium geen invloed heeft op de totale hoeveelheid stroom die op die wijze wordt opgewekt.
- 47 Er zij aan herinnerd dat het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers, dat, zoals het Hof meermaals heeft vastgesteld, de grondslag van de richtlijnen inzake de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten vormt (zie met name arresten van 12 december 2002, *Universale-Bau e.a.*, C-470/99, Jurispr. blz. I-11617, punt 91, en 19 juni 2003, *GAT*, C-315/01, Jurispr. blz. I-6351, punt 73), betekent dat de inschrijvers zich in een gelijke positie moeten bevinden, zowel in de fase van voorbereiding van hun aanbiedingen als bij de beoordeling ervan door de aanbestedende dienst (arrest *SIAC Construction*, reeds aangehaald, punt 34).

- 48 Dat betekent meer in het bijzonder dat de gunningscriteria bij de beoordeling van de aanbestedingen op objectieve en uniforme wijze moeten worden toegepast op alle inschrijvers (arrest SIAC Construction, reeds aangehaald, punt 44).
- 49 Voorts verplicht het beginsel van gelijke behandeling tot transparantie, opdat de naleving ervan kan worden gecontroleerd, hetgeen met name inhoudt dat de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst (zie in die zin met name arrest *Universale-Bau e.a.*, reeds aangehaald, punten 91 en 92).
- 50 Voor een objectieve en transparante beoordeling van de verschillende aanbestedingen is evenwel vereist dat de aanbestedende dienst op basis van de door de inschrijvers verstrekte inlichtingen en bewijsstukken daadwerkelijk kan nagaan of de aanbestedingen van deze laatste voldoen aan de gunningscriteria.
- 51 Wanneer een aanbestedende dienst een gunningscriterium vaststelt en daarbij opmerkt dat hij noch bereid, noch in staat is na te gaan of de door de inschrijvers verstrekte inlichtingen juist zijn, schendt hij dus het beginsel van gelijke behandeling aangezien dat criterium de transparantie en de objectiviteit van de aanbestedingsprocedure niet waarborgt.
- 52 Derhalve moet worden vastgesteld dat een gunningscriterium waarbij geen verplichtingen worden opgelegd die het mogelijk maken de juistheid van de door de inschrijvers verstrekte informatie daadwerkelijk te controleren, in strijd is met de beginselen van gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten.
- 53 Aangaande de vraag van de verwijzende rechter of het in het hoofdgeding aan de orde zijnde gunningscriterium de gemeenschapsreglementering schendt omdat het niet noodzakelijkerwijs bijdraagt tot de verhoging van de hoeveelheden stroom uit hernieuwbare energiebronnen, kan worden volstaan met de vaststelling dat,

zo dit werkelijk het geval zou zijn, de onverenigbaarheid van dit criterium met de gemeenschapsregeling inzake overheidsopdrachten niet kan worden afgeleid uit het enkele feit dat de beoogde doelstelling hiermee niet zonder meer kan worden bereikt.

Het tweede onderdeel, sub c

- 54 De verwijzende rechter is van mening dat, voorzover de aanbestedende dienst heeft nagelaten een welbepaalde leveringsdatum vast te stellen waarvoor de leverbare hoeveelheid moest worden opgegeven, het gehanteerde criterium in strijd is met het beginsel van vergelijkbaarheid van de aanbiedingen, dat uit het transparantiebeginsel voortvloeit. Met betrekking tot de voor het geschiktheidsonderzoek vereiste bewijsstukken zijn volgens de verwijzende rechter de periode van de laatste twee jaren vóór de aanbesteding en die van de daarop volgende twee jaren in aanmerking genomen voor de stroomhoeveelheid die concreet zal moeten worden geleverd. Zelfs indien deze bepaling ook in samenhang met het gunningscriterium zou worden toegepast, zou daaruit geen welbepaalde leveringsdatum volgen op basis waarvan de daadwerkelijk in aanmerking te nemen hoeveelheid precies kan worden berekend. Integendeel, in een periode van vier jaar kunnen zeer uiteenlopende hoeveelheden worden geleverd. Het is zelfs denkbaar dat een inschrijver dienaangaande hoeveelheden vermeldt die op veronderstellingen over de bouw van krachtcentrales of op een zuiver potentiële productie uit hernieuwbare energiebronnen berusten.
- 55 Verweerster in het hoofdgeding verklaart dienaangaande dat de elektriciteitsmarkt in Oostenrijk per 1 oktober 2001 volledig is geliberaliseerd en dat sindsdien handelsondernemingen voor de aankoop en de wederverkoop van stroom kunnen worden opgericht. Aangezien de openbare aanbesteding ongeveer zes maanden vóór die datum is uitgeschreven, moest zij het gunningscriterium in zodanige bewoordingen opstellen dat zowel reeds op de markt operationele ondernemingen die over hun eigen opwekkingscapaciteit beschikten, als in elektriciteit handelende ondernemingen die pas vanaf 1 oktober 2001 tot de markt waren toegelaten, een aanbieding konden doen. Bijgevolg wilde zij de

ondernemingen de mogelijkheid geven te vermelden, hoeveel stroom uit hernieuwbare energiebronnen zij in de twee aan de aanbesteding voorafgaande kalenderjaren hadden opgewekt of gekocht dan wel deze gegevens te verstrekken voor de twee komende jaren. Zij vermeldt ten slotte dat de facto alle inschrijvers enkel gegevens hebben verstrekt voor de twee jaren voor de inschrijving en dat, wanneer de jaarlijkse hoeveelheden verschillend waren, de beste aanbidding op basis van het gemiddelde is vastgesteld.

- 56 Volgens de rechtspraak van het Hof moet de procedure voor de gunning van een overheidsopdracht in alle fasen in overeenstemming zijn met zowel het beginsel van gelijke behandeling van de potentiële inschrijvers als met het transparantiebeginsel, opdat alle inschrijvers bij het formuleren van hun aanbidding dezelfde kansen hebben (zie in die zin arrest *Universale-Bau e.a.*, reeds aangehaald, punt 93).
- 57 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 (arrest *SIAC Construction*, reeds aangehaald, punt 41).
- 58 In het hoofdgeding kan derhalve de omstandigheid dat de aanbestedende dienst heeft verzuimd om in de aanbesteding te preciseren voor welke periode de inschrijvers de door hen leverbare hoeveelheden stroom uit hernieuwbare energiebronnen moesten vermelden, een schending van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie vormen, indien wordt bewezen dat het voor de inschrijvers hierdoor moeilijk of zelfs onmogelijk is geworden, de juiste strekking van het betrokken criterium te kennen en het derhalve op dezelfde wijze te interpreteren.

- 59 Aangezien het hierbij echter om een feitelijke beoordeling gaat, staat het aan de nationale rechter om, gelet op alle omstandigheden van de zaak, na te gaan of het in het hoofdgeding aan de orde zijnde criterium ondanks dit verzuim duidelijk genoeg is geformuleerd om te voldoen aan de vereisten van gelijke behandeling en transparantie van de procedures voor de aanbesteding van overheidsopdrachten.

Het tweede onderdeel, sub d

- 60 De verwijzende rechter stelt vast dat het in het hoofdgeding aan de orde zijnde gunningscriterium erin bestaat, dat punten worden toegekend voor de hoeveelheid stroom uit hernieuwbare energiebronnen die de inschrijvers aan een niet nader omschreven kring van afnemers zullen kunnen leveren, met dien verstande dat enkel de hoeveelheid in aanmerking wordt genomen die het in het kader van de uitgeschreven aanbesteding te verwachten verbruik overschrijdt. Voorzover dit criterium aldus enkel betrekking heeft op de totale hoeveelheid die in het algemeen leverbaar is, en niet op de hoeveelheid die specifiek aan de aanbestedende dienst zal kunnen worden geleverd, vraagt de verwijzende rechter zich af of dit criterium voor de aanbestedende dienst rechtstreekse economische voordelen oplevert.

— Bij het Hof ingediende opmerkingen

- 61 Verzoeksters in het hoofdgeding, de Nederlandse regering en de Commissie betogen dienaangaande dat voorzover dit criterium betrekking heeft op een hoeveelheid stroom die het in het kader van de aanbesteding te verwachten verbruik overschrijdt, in casu niet is voldaan aan de voorwaarde inzake de rechtstreekse band met de opdracht. Volgens hen is enkel de hoeveelheid stroom uit hernieuwbare energiebronnen die aan de aanbestedende dienst kan worden geleverd, relevant.

- 62 Volgens de Commissie zou het voldoende zijn geweest dat de aanbestedende dienst van de inschrijver verlangt dat hij beschikt over een bepaalde hoeveelheid stroom uit hernieuwbare energiebronnen of enkel kan bewijzen dat hij in staat is een bepaalde hoeveelheid te leveren boven de hoeveelheid die jaarlijks wordt verbruikt, door bijvoorbeeld een reservehoeveelheid van 10 % in te calculeren.
- 63 Verzoeksters in het hoofdgeding stellen bovendien dat dit gunningscriterium in feite een verkapt selectiecriterium is, aangezien het in werkelijkheid erop neerkomt dat de inschrijvers zoveel mogelijk stroom uit hernieuwbare energiebronnen moeten kunnen leveren, waardoor het criterium uiteindelijk op de inschrijvers zelf betrekking heeft.
- 64 Verweerster in het hoofdgeding en de Oostenrijkse regering zijn evenwel van mening dat de aanbestedende dienst, door de hoeveelheid uit hernieuwbare energiebronnen opgewekte stroom in aanmerking te nemen die door elke inschrijver kon worden geleverd boven 22,5 GWh, de hoeveelheid die in elk geval moest worden geleverd, bij de gunning heeft gekozen voor het criterium van de continuïteit van de energievoorziening, die afhankelijk is van de totale hoeveelheid stroom waarover een onderneming beschikt. Omdat elektriciteit niet kan worden opgeslagen, is dit criterium volgens hen hoe dan ook niet vreemd aan de dienstverlening, want hoe beter een inschrijver presteert, hoe lager het risico voor de aanbestedende dienst dat niet aan zijn vraag kan worden voldaan en hij op korte termijn eventueel een duur alternatief moet zoeken.
- 65 De Oostenrijkse regering merkt meer in het bijzonder op dat, terwijl de opwekking van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen als wind- en zonne-energie seizoengebonden is, de vraag in de winter het grootst is. Dit gunningscriterium beoogt dus te zorgen voor continuïteit in de levering van elektriciteit, ondanks het feit dat vraag en aanbod niet over het gehele jaar lineair verlopen, hetgeen bovendien de belangrijke weging van dit criterium ten belope van 45 % rechtvaardigt.

— Beoordeling door het Hof

- ⁶⁶ Zoals in punt 33 van het onderhavige arrest is opgemerkt, moeten de milieu-criteria die de aanbestedende dienst als gunningscriteria heeft gehanteerd ter bepaling van de economisch voordeligste aanbidding, verband houden met het voorwerp van de opdracht.
- ⁶⁷ In het hoofdgeding moet worden vastgesteld dat het gehanteerde gunnings-criterium geen betrekking heeft op de dienst die het voorwerp van de opdracht vormt, namelijk de levering aan de aanbestedende dienst van stroomhoeveelheden die overeenstemmen met zijn te verwachten jaarlijkse verbruik, dat in de aanbesteding is vastgesteld, maar op hoeveelheden die de inschrijvers hebben geleverd of zullen leveren aan andere afnemers dan de aanbestedende dienst.
- ⁶⁸ Een gunningscriterium dat uitsluitend betrekking heeft op de hoeveelheid uit hernieuwbare energiebronnen opgewekte stroom die het in de aanbesteding vastgestelde te verwachten jaarlijkse verbruik overschrijdt, kan evenwel niet worden geacht verband te houden met het voorwerp van de opdracht.
- ⁶⁹ Voorts kan de omstandigheid dat volgens het gehanteerde gunningscriterium een doorslaggevend belang moet worden gehecht aan de hoeveelheid die het in de aanbesteding vastgestelde te verwachten jaarlijks verbruik overschrijdt, een voordeel verschaffen aan inschrijvers die wegens hun hogere opwekkings- of leveringscapaciteit grotere stroomhoeveelheden kunnen leveren dan anderen. Dit criterium kan dus leiden tot een niet gerechtvaardigde discriminatie ten aanzien van inschrijvers wier aanbidding volledig kan voldoen aan de voorwaarden die met de opdracht verband houden. Door de kring van de voor inschrijving in

aanmerking komende marktdeelnemers op deze wijze te beperken, komt de doelstelling om aanbestedingen voor mededinging open te stellen, die in de richtlijnen tot coördinatie van de procedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten wordt nagestreefd, in het gedrang.

- 70 Gesteld al dat dit criterium is ingegeven door de doelstelling om de continuïteit van de energievoorziening te waarborgen, hetgeen door de nationale rechter dient te worden nagegaan, moet ten slotte worden opgemerkt dat, hoewel de zekerheid van bevoorrading in beginsel een van de criteria kan zijn ter bepaling van de economisch voordeligste aanbidding, het vermogen van de inschrijvers om een zo groot mogelijke hoeveelheid stroom boven de in de aanbesteding voorgeschreven hoeveelheid te kunnen leveren, niet kan worden gebruikt als gunningscriterium.
- 71 Hieruit volgt dat, voorzover de inschrijvers moeten aangeven hoeveel stroom uit hernieuwbare energiebronnen zij aan een niet nader omschreven kring van afnemers zullen kunnen leveren, en de inschrijver die de grootste hoeveelheid vermeldt, het maximumaantal punten verkrijgt, met dien verstande dat enkel de hoeveelheid die het in het kader van de uitgeschreven aanbesteding te verwachten verbruik overschrijdt, in aanmerking wordt genomen, het in casu gehanteerde gunningscriterium niet verenigbaar is met de gemeenschapsreglementering inzake overheidsopdrachten.
- 72 Gelet op het voorgaande moet op de eerste vraag worden geantwoord dat de gemeenschapsreglementering inzake overheidsopdrachten zich er niet tegen verzet dat een aanbestedende dienst bij de beoordeling van de economisch voordeligste aanbidding voor de gunning van een opdracht voor de levering van stroom, een met een coëfficiënt van 45 % gewogen gunningscriterium hanteert dat de levering van stroom uit hernieuwbare energiebronnen oplegt. De omstandigheid dat met dit criterium niet noodzakelijkerwijs de beoogde doelstelling kan worden bereikt, is dienaangaande niet van belang.

Deze reglementering verzet zich daarentegen wel tegen een dergelijk criterium voorzover:

- er geen vereisten aan zijn verbonden die het mogelijk maken de juistheid van de informatie in de aanbiedingen daadwerkelijk te controleren,
- zij vereist dat de inschrijvers aangeven hoeveel stroom uit hernieuwbare energiebronnen zij aan een niet nader omschreven kring van afnemers kunnen leveren, en de inschrijver die de hoogste hoeveelheid vermeldt, het maximumaantal punten verkrijgt, met dien verstande dat enkel de hoeveelheid die het in het kader van de uitgeschreven aanbesteding te verwachten verbruik overschrijdt, in aanmerking wordt genomen.

Het staat aan de nationale rechter na te gaan of het gunningscriterium, ondanks het verzuim van de aanbestedende dienst om een welbepaalde leveringsdatum vast te stellen, duidelijk genoeg is geformuleerd om te voldoen aan de vereisten van gelijke behandeling en transparantie van de procedures voor de aanbesteding van overheidsopdrachten.

De tweede en de derde vraag

- ⁷³ Met deze twee vragen, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 89/665 in de weg staat aan een bepaling van nationaal recht, zoals artikel 117, lid 1, punt 2, BVergG, die de nietigverklaring van een onwettig besluit van de aanbestedende dienst in het kader van een beroepsprocedure afhankelijk stelt van het bewijs dat dit besluit van wezenlijke invloed is geweest op het resultaat van de

aanbestedingsprocedure, en of, gelet in het bijzonder op artikel 26 van richtlijn 93/36, deze vraag anders moet worden beantwoord indien het bewijs van deze invloed erin bestaat dat de beroepsinstantie onderzoekt of de rangorde van de daadwerkelijk ingediende aanbiedingen verandert in geval van een nieuwe beoordeling waarbij het onwettige gunningscriterium niet in aanmerking wordt genomen.

- 74 Om te beginnen zij herinnerd aan de vaste rechtspraak, dat in het kader van de door artikel 234 EG ingestelde samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties het een zaak is van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing, om, gelet op de bijzonderheden van het geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt, te beoordelen. Wanneer de vragen betrekking hebben op de uitlegging van het gemeenschapsrecht, is het Hof derhalve in beginsel verplicht daarop te antwoorden (zie met name arrest van 15 december 1995, *Bosman*, C-415/93, Jurispr. blz. I-4921, punt 59; arrest *PreussenElektra*, reeds aangehaald, punt 38; arresten van 22 januari 2002, *Canal Satélite Digital*, C-390/99, Jurispr. blz. I-607, punt 18; 10 december 2002, *Der Weduwe*, C-153/00, Jurispr. blz. I-11319, punt 31, en 21 januari 2003, *Bacardi-Martini en Cellier des Dauphins*, C-318/00, Jurispr. blz. I-905, punt 40).
- 75 Nochtans heeft het Hof ook geoordeeld, dat het in uitzonderlijke omstandigheden aan hem staat om, ter toetsing van zijn eigen bevoegdheid, een onderzoek in te stellen naar de omstandigheden waaronder de nationale rechter hem om een prejudiciële beslissing heeft verzocht (reeds aangehaalde arresten *PreussenElektra*, punt 39, en *Canal Satélite Digital*, punt 19). De verwijzingsprocedure moet immers in een geest van samenwerking worden gevoerd, hetgeen inhoudt dat de verwijzende rechter zijnerzijds oog dient te hebben voor de aan het Hof opgedragen taak om bij te dragen tot de rechtsbedeling in de lidstaten en niet om adviezen over algemene of hypothetische vragen te geven (reeds aangehaalde arresten *Der Weduwe*, punt 32, alsook *Bacardi-Martini en Cellier des Dauphins*, punt 41).
- 76 Zo doet het Hof geen uitspraak op een prejudiciële vraag van een nationale rechter wanneer duidelijk blijkt, dat de door die rechter gestelde vraag over de

uitlegging of de geldigheid van een communautair voorschrift geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is of wanneer het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die voor hem noodzakelijk zijn om een nuttig antwoord te geven op de gestelde vragen (zie met name arrest Bosman, reeds aangehaald, punt 61; arresten van 9 maart 2000, EKW en Wein & Co, C-437/97, Jurispr. blz. I-1157, punt 52; 13 juli 2000, Idéal tourisme, C-36/99, Jurispr. blz. I-6049, punt 20, alsook arrest Bacardi-Martini en Cellier des Dauphins, reeds aangehaald, punt 42).

- 77 Meer in het bijzonder zij eraan herinnerd, dat artikel 234 EG een instrument van rechterlijke samenwerking is, dat het Hof in staat stelt de nationale rechters de elementen voor uitlegging van het gemeenschapsrecht te verschaffen die zij nodig kunnen hebben om het effect te beoordelen van een bepaling van nationaal recht waartegen in het bij hen aanhangige geding wordt opgekomen (zie met name arrest van 15 mei 2003, Salzmann, C-300/01, Jurispr. blz. I-4899, punt 28).
- 78 Teneinde het Hof in staat te stellen zijn taak overeenkomstig het EG-Verdrag te vervullen, is het bijgevolg onontbeerlijk dat de nationale rechterlijke instanties uiteenzetten waarom, wanneer zulks niet ondubbelzinnig uit de stukken blijkt, zij van mening zijn dat een antwoord op hun vragen noodzakelijk is voor de oplossing van het geding (zie met name arrest Bacardi-Martini en Cellier des Dauphins, reeds aangehaald, punt 43).
- 79 Het Hof beschikt in casu echter over geen enkel element dat in die richting wijst.
- 80 Zoals in punt 23 van het onderhavige arrest is opgemerkt, strekt het beroep in het hoofdgeding immers met name tot nietigverklaring van de gehele aanbesteding en van die van een reeks bepalingen van het bestek en besluiten van de aanbestedende dienst met betrekking tot de met de gehanteerde gunnings- en geschiktheidscriteria gestelde vereisten.

- 81 Uit de aanwijzingen die de verwijzingsbeschikking bevat, blijkt derhalve, dat alle besluiten waarvan in het hoofdgeding de nietigverklaring wordt gevorderd, een doorslaggevende invloed hebben op het resultaat van de aanbestedingsprocedure.
- 82 Voorts heeft de verwijzende rechter niet uiteengezet om welke precieze redenen hij van mening is dat voor de beslechting van de bij hem aanhangige zaak een antwoord noodzakelijk is op de vraag of de in artikel 117, lid 1, punt 2, BVergG gestelde voorwaarde verenigbaar is met de gemeenschapsreglementering inzake overheidsopdrachten.
- 83 Aangezien het Hof derhalve niet over elementen beschikt waaruit blijkt dat een antwoord op de tweede en de derde vraag noodzakelijk is voor de beslechting van het hoofdgeding, moeten deze vragen als louter hypothetisch en derhalve als niet-ontvankelijk worden aangemerkt.

De vierde prejudiciële vraag

- 84 Met zijn vierde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de voor het plaatsen van overheidsopdrachten geldende bepalingen van gemeenschapsrecht, in het bijzonder artikel 26 van richtlijn 93/36, de aanbestedende dienst verplichten tot intrekking van de aanbesteding, indien in het kader van de in artikel 1 van richtlijn 89/665 bedoelde beroepsprocedure blijkt dat een besluit betreffende een van de door hem vastgestelde gunningscriteria onwettig is.
- 85 In de veronderstelling dat het onderzoek naar de invloed van onwettige besluiten betreffende de gunningscriteria in strijd is met het gemeenschapsrecht, is volgens de verwijzende rechter in geval van onwettigheid van een dergelijk besluit de

intrekking van de aanbesteding het enige alternatief, omdat anders de aanbestedingsprocedure zou worden voortgezet met een afweging van de criteria, die noch door de aanbestedende dienst is vastgesteld noch aan de inschrijvers is bekendgemaakt.

Bij het Hof ingediende opmerkingen

- 86 De Oostenrijkse regering voert aan dat het gemeenschapsrecht niet uitdrukkelijk voorziet in een verplichting tot intrekking, zoals de richtlijnen inzake overheidsopdrachten evenmin voorzien in een verplichting tot gunning, en leidt daaruit af dat het een zaak van de lidstaten is om met inachtneming van de beginselen van het gemeenschapsrecht te regelen, of de aanbestedende dienst in geval van vastgestelde onwettigheid van een besluit betreffende een gunningscriterium, de aanbesteding moet intrekken.
- 87 Volgens verweerster in het hoofdgeding moeten de gevolgen van een na de gunning van de opdracht vastgestelde schending van de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, ingevolge artikel 2, lid 6, van richtlijn 89/665 worden beoordeeld naar nationaal recht. Volgens haar schrijft artikel 117, lid 3, BVergG evenwel voor dat, wanneer de gunning van de opdracht heeft plaatsgevonden, de beroepsinstantie enkel vaststelt of de gestelde onwettigheid al dan niet bestaat. Zij concludeert dus dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord.
- 88 Verzoeksters in het hoofdgeding en de Commissie menen daarentegen dat indien de beroepsinstantie een besluit betreffende een gunningscriterium nietig verklaart na de oproep tot inschrijving of de opening van de aanbiedingen, de aanbesteding niet tot gunning van de opdracht kan leiden en dat intrekking ervan de enige mogelijkheid is. Elke wijziging van de criteria zou immers van invloed zijn op de beoordeling van de aanbiedingen, terwijl de inschrijvers deze niet meer kunnen aanpassen aangezien zij ze hebben voorbereid in heel andere temporele en materiële omstandigheden en op basis van andere criteria. De enige mogelijkheid is dan ook, de gehele aanbestedingsprocedure opnieuw te beginnen.

Beoordeling door het Hof

- 89 Opgemerkt zij dat de vaststelling van de onwettigheid van een besluit betreffende een gunningscriterium niet in alle omstandigheden tot nietigverklaring ervan leidt.
- 90 De mogelijkheid die artikel 2, lid 6, van richtlijn 89/665 de lidstaten verleent, om te bepalen dat na de sluiting van de overeenkomst ingevolge de gunning van een opdracht, de bevoegdheden van de beroepsinstantie beperkt blijven tot het toekennen van schadevergoeding aan een ieder die door een schending is gelaedeerd, betekent immers dat, wanneer het beroep na de sluiting van de overeenkomst wordt ingesteld en de betrokken lidstaat van die mogelijkheid gebruik heeft gemaakt, de beroepsinstantie, ingeval zij vaststelt dat een besluit betreffende een gunningscriterium onwettig is, dit besluit niet nietig kan verklaren, maar enkel schadevergoeding kan toekennen.
- 91 Blijkens de toelichting van de verwijzende rechter heeft de vierde vraag evenwel betrekking op het geval waarin de vaststelling van de onwettigheid van een besluit betreffende een gunningscriterium de nietigverklaring daarvan tot gevolg heeft. Deze vraag moet aldus worden begrepen dat de rechter daarmee wenst te vernemen of de gemeenschapsreglementering inzake overheidsopdrachten de aanbestedende dienst verplicht de aanbesteding in te trekken wanneer in de in artikel 1 van richtlijn 89/665 bedoelde beroepsprocedure een besluit betreffende een van de door hem vastgestelde gunningscriteria onwettig blijkt te zijn en op die grond door de beroepsinstantie nietig wordt verklaard.
- 92 Om de aldus opnieuw geformuleerde vraag te beantwoorden, zij vastgesteld dat, zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, de beginselen van gelijke behandeling en transparantie van de aanbestedingsprocedures voor de aanbestedende diensten de

verplichting inhouden de gunningscriteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze uit te leggen (zie in die zin met name arrest SIAC Construction, reeds aangehaald, punt 43).

- 93 De gunningscriteria zelf mogen a fortiori niet worden gewijzigd gedurende de aanbestedingsprocedure.

- 94 Bijgevolg kan de aanbestedende dienst in geval van nietigverklaring door de beroepsinstantie van een besluit betreffende een gunningscriterium, de aanbestedingsprocedure niet voortzetten en daarbij dat criterium buiten beschouwing laten, aangezien dit zou neerkomen op wijziging van de criteria die op de betrokken procedure van toepassing zijn.

- 95 Derhalve moet op de vierde vraag worden geantwoord, dat de gemeenschaps-reglementering inzake overheidsopdrachten de aanbestedende dienst verplicht de aanbesteding in te trekken wanneer in het kader van de beroepsprocedure van artikel 1 van richtlijn 89/665 een besluit betreffende een van de door hem vastgestelde gunningscriteria onwettig blijkt te zijn en op die grond door de beroepsinstantie nietig wordt verklaard.

Kosten

- 96 De kosten door de Oostenrijkse, de Nederlandse en de Zweedse regering en 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 het Bundesvergabeamt bij beschikking van 13 november 2001 gestelde vragen, verklaart voor recht:

- 1) De gemeenschapsreglementering inzake overheidsopdrachten verzet er zich niet tegen dat een aanbestedende dienst bij de beoordeling van de economisch voordeligste aanbieding voor de gunning van een opdracht voor de levering van stroom, een met een coëfficiënt van 45 % gewogen gunningscriterium hanteert dat de levering van stroom uit hernieuwbare energiebronnen oplegt. De omstandigheid dat met dit criterium niet noodzakelijkerwijs de beoogde doelstelling kan worden bereikt, is dienaangaande niet van belang.

Deze reglementering verzet zich daarentegen wel tegen een dergelijk criterium voorzover

— er geen vereisten aan zijn verbonden die het mogelijk maken de juistheid van de informatie in de aanbiedingen daadwerkelijk te controleren,

— zij vereist dat de inschrijvers aangeven hoeveel stroom uit hernieuwbare energiebronnen zij aan een niet nader omschreven kring van afnemers

kunnen leveren, en de inschrijver die de hoogste hoeveelheid vermeldt, het maximumaantal punten verkrijgt, met dien verstande dat enkel de hoeveelheid die het in het kader van de uitgeschreven aanbesteding te verwachten verbruik overschrijdt, in aanmerking wordt genomen.

Het staat aan de nationale rechter na te gaan of het gunningscriterium, ondanks het verzuim van de aanbestedende dienst om een welbepaalde leveringsdatum vast te stellen, duidelijk genoeg is geformuleerd om te voldoen aan de vereisten van gelijke behandeling en transparantie van de procedures voor de aanbesteding van overheidsopdrachten.

- 2) De gemeenschapsreglementering inzake overheidsopdrachten verplicht de aanbestedende dienst de aanbesteding in te trekken wanneer in het kader van de beroepsprocedure van artikel 1 van 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, zoals gewijzigd bij richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, een besluit betreffende een van de door hem vastgestelde gunningscriteria onwettig blijkt te zijn en op die grond door de beroepsinstantie nietig wordt verklaard.

Skouris

Gulmann

Puissochet

Schintgen

Colneric

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 4 december 2003.

De griffier

De president

R. Grass

V. Skouris