

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

A. SAGGIO

van 24 september 1998 *

1. Bij beschikking van 17 februari 1997 heeft het Tiroler Landesvergabeamt (dienst overheidsopdrachten van de deelstaat Tirol) het Hof twee prejudiciële vragen gesteld betreffende de uitlegging 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 werken¹ (hierna: „richtlijn”).

3. Artikel 2, lid 7, bepaalt meer in het bijzonder, dat de lidstaten ervoor zorgen dat de besluiten van de instanties die verantwoordelijk zijn voor de beroepsprocedures, op doeltreffende wijze ten uitvoer kunnen worden gelegd.

4. Artikel 2, lid 8, dat in de onderhavige zaak van bijzonder belang is, luidt als volgt:

Toepasselijke communautaire en nationale regels

2. Artikel 1, lid 1, van de richtlijn, zoals gewijzigd bij artikel 41 van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening², legt de lidstaten de verplichting op de nodige maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat bij schending van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht is omgezet, tegen de aanbestedende diensten genomen besluiten doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld.

„Wanneer de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instanties geen gerechten zijn, moeten hun beslissingen steeds schriftelijk met redenen worden omkleed. Bovendien moeten in dat geval procedures worden gewaarborgd waarmee tegen de door de bevoegde basisinstantie genomen vermoede onwettige maatregelen of vermoede tekortkomingen bij de uitoefening van de haar opgedragen bevoegdheden, beroep kan worden ingesteld bij een rechter of bij een andere instantie die een gerecht is in de zin van artikel 177 van het Verdrag en onafhankelijk is van de aanbestedende diensten en de basisinstantie.

Voor de benoeming en de beëindiging van het mandaat van de leden van deze onafhankelijke instantie gelden dezelfde voorwaarden

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

1 — PB L 395, blz. 33.

2 — PB L 209, blz. 1.

als voor rechters, voor wat betreft de voor de benoeming bevoegde autoriteit, de duur van hun mandaat en hun afzetbaarheid. Ten minste de voorzitter van deze onafhankelijke instantie moet dezelfde juridische en beroepskwalificaties hebben als een rechter. De onafhankelijke instantie neemt haar besluiten na een procedure op tegenspraak en deze besluiten zijn, met middelen die door elke lidstaat worden vastgesteld, juridisch bindend.”

5. Artikel 5 van de richtlijn legt de lidstaten de verplichting op de nodige maatregelen in werking te doen treden om vóór 21 december 1991 aan de richtlijn te voldoen. Overeenkomstig artikel 168 van de Toetredingsakte³, verstrijkt deze termijn voor de Republiek Oostenrijk op 1 januari 1995.

6. In Oostenrijk is de richtlijn op federaal niveau in nationaal recht omgezet bij het Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (federale wet inzake overheidsopdrachten).⁴ Daarop heeft elk van de negen deelstaten zijn eigen wet inzake de toewijzing van overheidsopdrachten vastgesteld; in het geval van de deelstaat Tirol gaat het om het Tiroler Vergabegesetz (wet van de deelstaat Tirol inzake overheidsopdrachten; hierna: „TVerG”) van 6 juli 1994.⁵

7. In het tweede deel van de wet (§§ 5 tot 14) zijn de beroepsprocedures geregeld tegen besluiten tot toewijzing van overheidsopdrachten. Ingevolge artikel 6 is het Landesvergabeamt bevoegd om uitspraak te doen over de beroepen. Artikel 6, lid 1, bepaalt, dat deze instantie zeven leden telt: een met overheidsopdrachten vertrouwd persoon als voorzitter; een juridisch medewerker van het Amt der Tiroler Landesregierung als rapporteur; een lid van de rechterlijke macht, en vier andere leden, respectievelijk voorgedragen door de Wirtschaftskammer Tirol, de Architekten- und Ingenieurkonsulentenkammer für Tirol en Vorarlberg, de Kammer für Arbeiter und Angestellte für Tirol, en het Tiroler Gemeindeverband.

8. § 6, lid 3, bepaalt, dat de leden van het Landesvergabeamt door de regering van de deelstaat Tirol worden benoemd voor een duur van vijf jaar. De ambtsuitoefening van de leden neemt een einde vóór het verstrijken van de ambtstermijn, wanneer het lid afstand doet van zijn aanstelling of deze aanstelling wordt ingetrokken. In dit verband is in § 6, lid 4, bepaald, dat de aanstelling wordt ingetrokken wanneer aan de voorwaarden daarvoor niet langer is voldaan of wanneer zich omstandigheden voordoen die „vermoedelijk voor langere duur” een beletsel zullen vormen voor een correcte uitoefening van het ambt.

9. Ingevolge § 6, lid 6, kan het Landesvergabeamt beslissingen nemen wanneer alle leden regelmatig zijn uitgenodigd en de voorzitter, de rapporteur, het lid van de rechterlijke macht en ten minste één ander lid aanwezig zijn.

3 — PB C 241, blz. 21.

4 — De federale wet is aanvankelijk gepubliceerd in *Bundesgesetzblatt* 1993, nr. 639, en is later opnieuw gepubliceerd na de codificatie van de regelingen inzake overheidsopdrachten bij wet van 27 mei 1997 (*BGBI.* 1997, nr. 56).

5 — *LGBl.* 1994, nr. 87.

Beslissingen worden genomen met eenvoudige meerderheid van stemmen. Bij staking van stemmen, is de stem van de voorzitter beslissend. Onthouding van stemming is niet toegelaten.

10. De leden van het Landesvergabeamt mogen bij de uitvoering van hun ambt geen aanwijzingen aanvaarden. Hun beslissingen kunnen niet langs administratieve weg worden opgeheven (§ 6, lid 7).

11. Volgens § 7, lid 1, staat het aan de Tiroler Landesregierung om het reglement van orde voor het Landesvergabeamt vast te stellen. Het reglement van orde dient met name bepalingen te bevatten over de organisatie en het verloop van de terechtzittingen, de beraadslagingen en stemmingen, het opstellen van de notulen, en de voorbereiding en het opstellen van de uitspraken. Volgens § 4 van het reglement van orde⁶, begint de zitting met het rapport van de rapporteur, die eveneens bevoegd is om bewijzen te verzamelen en andere maatregelen van instructie te nemen. Alle beslissingen van het Landesvergabeamt moeten schriftelijk worden vastgesteld en met redenen worden omkleed.

12. § 10 van de wet regelt de bevoegdheid van het Landesvergabeamt. Zo kan het de regelmatigheid toetsen van de beslissingen van de toewijzende instanties, en met name deze beslissingen nietig verklaren vóór de toewijzing van de overheidsopdrachten (§ 12, lid 1),

en zodra de opdracht is toegewezen, onderzoeken of het feit dat de opdracht niet is toegewezen aan de indiener van de gunstigste offerte, te wijten is aan een schending van de wet (§ 12, lid 2). In het kader van de procedure moet het Landesvergabeamt verder nagaan, of de opdracht niet ook dan aan de betrokkene zou zijn toegewezen, indien de vastgestelde onregelmatigheid zich niet had voorgedaan. In geval van nietigverklaring van de beslissing van de toewijzende instantie, kan de in strijd met de geldende regels uitgesloten inschrijver voor de burgerlijke rechter schadevergoeding vorderen.

De feiten en de prejudiciële vragen

13. Aan de orde in de hoofdzaak is de toewijzing door het Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz van de opdracht voor uitbreidingswerkzaamheden van bedoeld ziekenhuis. Tegen die beslissing hebben Josef Köllensperger mbH & Co. en Atzwanger AG op 6 april 1995 beroep ingesteld tot nietigverklaring van de toewijzing wegens schending van de regels inzake toewijzing van overheidsopdrachten.

14. Bij beschikking van 27 juni 1995 verwierp het Landesvergabeamt het beroep, op grond dat de opdracht was toegewezen aan de onderneming die de gunstigste offerte had ingediend, zodat, zelfs indien de toewijzende instantie zich aan de geldende regels had gehouden, de opdracht hoe dan ook niet aan verzoeksters zou zijn toegewezen. Daarop hebben deze twee ondernemingen beroep

⁶ — Gepubliceerd in *Tiroler LGBl.* 1995, nr. 47.

ingesteld bij het Verfassungsgerichtshof, dat bij arrest van 12 juni 1996 de beschikking nietig verklaarde wegens schending van het recht op het door de Oostenrijkse Grondwet erkende recht op een uitspraak van de wettelijk bevoegde rechter. Het Verfassungsgerichtshof stelde namelijk vast, dat het Landesvergabeamt qua samenstelling niet voldeed aan de voorwaarden van de richtlijn, nu de voorzitter van deze instantie niet de vereiste juridische en professionele kwalificaties had om het ambt van rechter uit te oefenen.

2) Is door het Gesetz van 6 juli 1994 über die Vergabe von Aufträgen (*LGBl.* nr. 87/1994) de omzetting in nationaal recht verzekerd 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, wat de in artikel 1 ervan bedoelde beroepsprocedures betreft?"

15. Daarop werd de samenstelling van het Landesvergabeamt gewijzigd. De voorzitter werd vervangen door een ambtenaar met juridische vorming. Nadat de procedure was hervat, besloot het Landesvergabeamt, gelet op de twijfels over de verenigbaarheid van de samenstelling ervan (inzonderheid wat de door de beroepsverenigingen aangewezen leden betreft) met de eisen van de richtlijn, het Hof de volgende twee prejudiciële vragen voor te leggen:

„1) Moet artikel 2 van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 aldus worden uitgelegd, dat het (Tiroler) Landesvergabeamt, ingesteld bij het (Tiroler) Landesgesetz van 6 juli 1994 über die Vergabe von Aufträgen (*LGBl.* nr. 87/1994), een beroepsinstantie is in de zin van artikel 2, lid 8, van de richtlijn?

De ontvankelijkheid

16. Vooraf moet worden onderzocht, of het Landesvergabeamt, gelet op de bepalingen die de organisatie en werking ervan regelen, bevoegd is om het Hof prejudiciële vragen te stellen. In haar schriftelijke opmerkingen heeft de Commissie namelijk twijfels geformuleerd over de ontvankelijkheid van de vragen, omdat zij zijn ingediend door een orgaan dat om diverse redenen niet zou kunnen worden beschouwd als een „rechterlijke instantie” in de zin van artikel 177 EG-Verdrag.⁷

⁷ — Er zij evenwel op gewezen, dat de Commissie ter terechtzitting heeft verklaard dat zij haar zienswijze heeft veranderd, met name gelet op de beslissing van het Hof in zijn arrest van 17 september 1997, Dorsch Consult (C-54/96, Jurispr. blz. I-4961, punten 22-38).

17. Zoals bekend, heeft om redenen van uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht het begrip „rechterlijke instantie” die bevoegd is om het Hof prejudiciële vragen voor te leggen, een autonome strekking ten opzichte van de definitie die in de nationale rechtsstelsels aan dit begrip wordt gegeven.⁸ Volgens vaste rechtspraak⁹ moet voor de beoordeling of het verwijzende orgaan een rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 van het Verdrag is, rekening worden gehouden met een geheel van factoren, zoals de wettelijke grondslag van het orgaan, het permanente karakter ervan, de verplichte rechtsmacht, het feit dat uitspraak wordt gedaan na een procedure op tegenspraak, de toepassing door het orgaan van de regelen des rechts, alsmede de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van het orgaan. Thans moet dus worden onderzocht, of het orgaan dat in casu om een prejudiciële beslissing van het Hof heeft verzocht, aan deze voorwaarden voldoet.

18. In dit verband zij erop gewezen, dat de Oostenrijkse wet het Landesvergabeamt de exclusieve bevoegdheid toekent om de regelmatigheid van de beslissingen betreffende de toewijzing van overheidsopdrachten te toetsen (§§ 5 en 10 TVerG). Deze wet bepaalt eveneens, dat de beslissingen verbindend zijn ex lege (§ 12 TVerG); bovendien vormt het Landesvergabeamt een „administratief college met rechtsprekende bevoegdheden” in de zin van artikel 133 van de Oostenrijkse Grondwet, zodat zijn beslissingen niet langs administratieve weg kunnen worden nietigverklaard of gewijzigd (§ 6, lid 7, TVerG). Het Landesver-

gabeamt heeft dus een wettelijke grondslag, en zijn uitspraken zijn bindend. Tevens heeft deze instantie een permanent karakter, aangezien zij vast is ingesteld. Hieraan doet niet af, dat haar leden voor een beperkt aantal jaren (vijf) zijn aangesteld, nu algemeen wordt erkend, dat het mandaat van de leden van een rechterlijke instantie tot een bepaalde periode beperkt kan zijn, althans mits die duur vooraf bij wet is vastgesteld en niet wordt overgelaten aan de discretionaire beslissing van degene door wie zij worden benoemd. Evenmin lijdt het enige twijfel, dat het Landesvergabeamt rechtsregelen toepast wanneer het uitspraak doet over de regelmatigheid van de beslissingen betreffende de toewijzing van opdrachten (§ 8 TVerG).

19. Wat het beginsel van de behandeling op tegenspraak betreft, kan op basis van de toepasselijke regeling eveneens worden gesteld, dat het Landesvergabeamt zich bij de uitoefening van zijn bevoegdheden daaraan heeft te houden.

In dit verband zij eraan herinnerd, dat het Hof in het arrest Dorsch Consult in de eerste plaats heeft vastgesteld, dat het niet gaat om een „absoluut criterium”¹⁰, en van oordeel was dat volstond dat de partijen worden gehoord voordat het orgaan dat belast is met de toetsing van de regelmatigheid van de toewijzing van de opdracht, uitspraak doet. Op die grond was het Hof van oordeel, dat een procedure waarin de met de beslechting van een geschil belaste instantie verplicht is partijen te horen alvorens uitspraak te doen, een procedure „op tegenspraak” is.

8 — De autonomie van het gemeenschapsrechtelijk begrip „rechterlijke instantie” is door het Hof erkend sedert het arrest van 30 juni 1966, Vaassen-Göbbels (61/65, Jurispr. blz. 257).

9 — Zie met name arrest Vaassen-Göbbels, reeds aangehaald; arresten van 11 juni 1987, Pretore di Salò/X (14/86, Jurispr. blz. 2545); 17 oktober 1989, Danfoss (109/88, Jurispr. blz. 3199); 27 april 1994, Almelo e. a. (C-393/92, Jurispr. blz. I-1477), en laatstelijk arrest Dorsch Consult, reeds aangehaald, punt 24.

10 — Arrest reeds aangehaald, punt 31.

Mijns inziens dient deze conclusie ook te gelden in de onderhavige zaak, nu de Tiroolse wet in § 7, lid 1, voorziet in de deelneming van de partijen aan de terechtzitting voor het Landesvergabeamt, en conform het voorschrift meer specifieke regels betreffende de organisatie en het verloop van dit rechtsgeding in het intern procedurereglement zijn opgenomen.¹¹

20. Overeenkomstig deze regels zijn partijen in het hoofdgeding gehoord en hebben zij de mogelijkheid gekregen hun opmerkingen te maken vóór de uitspraak ten gronde van het Landesvergabeamt. In casu is dus onbetwistbaar, dat de procedure is verlopen volgens de beginselen van de procedure op tegenspraak, zoals door het Hof uiteengezet.

21. Ten slotte moet nog worden uitgemaakt, of de structuur en de werking van het Landesvergabeamt voldoen aan de eisen van onpartijdigheid en onafhankelijkheid die gelden voor een rechtsprekende instantie.

Vaststaat, dat elk orgaan dat wordt belast met een rechtsprekende bevoegdheid in beginsel niet vatbaar mag zijn voor beïnvloeding van buitenaf, die zelfs potentieel twijfels zou kunnen doen rijzen over de onafhankelijkheid van haar rechtspraak inzake bij haar aan-

hangig gemaakte geschillen. Dit vereiste geldt nog nadrukkelijker in gevallen zoals het onderhavige, waarin de overheid enerzijds de bevoegdheid heeft om de leden van het Landesvergabeamt te benoemen en te ontslaan, en anderzijds ook optreedt als partij in de aan deze instantie voorgelegde zaken.¹²

22. Het gemeenschapsrechtelijk begrip rechterlijke instantie houdt dus overeenkomstig de gemeenschappelijke juridische tradities van de lidstaten in, dat de bepalingen inzake de samenstelling en de werking van elke rechtsprekende instantie de grootst mogelijke garanties bieden inzake onafhankelijkheid en onpartijdigheid van haar leden.¹³ Dit geldt inzonderheid voor de bepalingen die de administratie de bevoegdheid verlenen om de leden van de betrokken instantie af te zetten. Vanzelfsprekend kan een dergelijke bevoegdheid slechts in uitzonderlijke omstandigheden worden uitgeoefend, zodat de bepalingen waarbij aan de overheid een dergelijke bevoegdheid wordt toegekend, zo duidelijk en zo volledig mogelijk dienen te preciseren op welke gronden tot afzetting van de leden van het orgaan kan worden overgegaan.

12 — Dit is uiteraard de situatie die zich normalerwijs voordoet inzake overheidsopdrachten. Precies ter voorkoming van eventuele negatieve gevolgen van de structurele nabijheid van de toezijnde instantie en van de instantie op wier handelingen wordt toegezien, stelt de richtlijn extra eisen aan het orgaan dat ingevolge artikel 177 van het Verdrag een rechterlijke instantie is, en dat in het kader van het systeem op twee niveaus uitspraak doet over de geschillen inzake overheidsopdrachten. Met name wordt verlangd, dat ten minste de voorzitter van het betrokken orgaan dezelfde juridische en professionele kwalificaties heeft als een rechter. Op dit systeem wordt nader ingegaan in de punten 32 e. v. infra.

13 — Op het belang van het vereiste van onafhankelijkheid en onpartijdigheid is met name de klemtoon gelegd in de arresten Pretore di Salò/X, reeds aangehaald, punt 7; van 20 maart 1993, Corbiau (C-24/92, Jurispr. blz. I-1277, punt 15), en Almelo, reeds aangehaald, punt 21.

11 — Zie § 4 van het administratief reglement van de deelstaat Tirol van 24 april 1995, *Tiroler LGBl.* 1995, nr. 47.

23. Na deze algemene overwegingen, moet wat de thans aan de orde zijnde zaak betreft, worden opgemerkt dat de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen, met betrekking tot de niet-ontvankelijkheid van de vragen op diverse punten twijfels heeft geformuleerd over de eerbiediging van het onafhankelijkheidsvereiste door de voorschriften inzake de samenstelling en werking van het Landesvergabeamt. Ter terechtzitting heeft de Commissie evenwel verklaard, dat zij haar standpunt heeft herzien, onder verwijzing (in het algemeen) naar het arrest Dorsch Consult.

24. In haar stukken voerde de Commissie in de eerste plaats aan, dat het lid van het Landesvergabeamt dat als rapporteur optreedt, een door de administratie gedetacheerd ambtenaar is, wat gelet op de belangrijke rol van de rapporteur in het kader van het Landesvergabeamt, niet verenigbaar is met het vereiste van neutraliteit van het rechtsprekend orgaan.

Deze kritiek is mijns inziens niet gerechtvaardigd. Dat een lid van het Landesvergabeamt uit de administratie afkomstig is, betekent op zichzelf niet dat moet worden getwijfeld aan de vrijheid van zijn oordeel, die moet worden gegarandeerd door het geheel van de regels die de werking van het orgaan regelen. Daarbij komt nog, dat de Oostenrijkse wetgever met dit vereiste rekening heeft gehouden, en in de wet tot instelling van het Landesvergabeamt heeft bepaald dat aan de leden daarvan, ongeacht hun oorsprong, geen aanwijzingen mogen worden gegeven betreffende de uitoefening van hun functie (§ 6, lid 7).

25. In de tweede plaats wijst de Commissie erop, dat met het onafhankelijkheidsvereiste onverenigbaar is de omstandigheid dat de Tirolse wet geen bepalingen bevat betreffende de wraking of verschoning van de leden van het Landesvergabeamt. Dergelijke bepalingen zouden bijvoorbeeld moeten worden toegepast wanneer de betrokkenen als ambtenaar hebben deelgenomen aan de toewijzing van de in geding zijnde overheidsopdracht. Deze leemte zou des te ernstiger zijn, omdat er wegens structurele omstandigheden weinig afstand is tussen het Landesvergabeamt en de administratie, die aan het toezicht van het Landesvergabeamt is onderworpen.

Het ontbreken van een regeling inzake wraking en verschoning van de leden van de rechtsprekende instantie brengt de onafhankelijkheid ervan in gevaar, zoals de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen terecht stelt. Bovendien kan deze leemte niet worden opgevuld door bij analogie de regels die gelden voor magistraten toe te passen; deze kwestie hangt namelijk nauw samen met het beginsel van de wettelijk bevoegde rechter, zodat een uitdrukkelijke en uitputtende regeling noodzakelijk is.

26. Ten slotte betwist de Commissie de verenigbaarheid van de bepalingen inzake de afzetting van de leden van het orgaan met het beginsel van de onafhankelijkheid van rechtsprekende organen. Zij wijst erop, dat de bepalingen over de afzetting (§ 6, lid 4, van de wet) in de tekst van het Tiroler Vergabegesetz te vaag zijn geformuleerd. Afgezien van een verwijzing naar omstandigheden waarin niet langer voldaan is aan de voorwaarden voor aanstelling, wat uiteraard geen enkel interpretatieprobleem oplevert, heet het in de betrokken bepaling eveneens, dat de admini-

stratie een aanstelling kan intrekken wanneer zich omstandigheden voordoen die „vermoedelijk voor langere duur” een beletsel zullen vormen voor een correcte uitoefening van het ambt. Deze bepaling is volgens de Commissie moeilijk te verenigen met het beginsel van de onafhankelijkheid van een rechtsprekend orgaan.

Ik vind de zienswijze van de Commissie overtuigend. Voormelde bepaling brengt namelijk mee, dat de persoon van de rechter niet met zekerheid kan worden vastgesteld, omdat de bevoegdheid van de regering om een lid van het rechtsprekend orgaan af te zetten, niet tot bepaalde nauwkeurig omschreven gevallen beperkt is; zulks is kennelijk in strijd met het beginsel van de wettelijk bevoegde rechter. Dit probleem kan mijns inziens niet worden verholpen met een toepassing bij analogie van de regels betreffende de afzetting van rechters, nu uit de formulering van de bepaling volgt, dat het de bedoeling is de Landesregierung een zo ruim mogelijke bevoegdheid te geven. De onnauwkeurigheid van de bepaling, en dus de ruime discretionaire bevoegdheid die aan de uitvoerende macht is toegekend, maken het bovendien moeilijk zo niet onmogelijk de eventuele afzetting van een lid van het Landesvergabeamt door de rechter te laten toetsen.

Concluderend moet worden gesteld, dat de bepaling van de wet tot instelling van het Landesvergabeamt, betreffende de delicate kwestie van de afzetting van leden daarvan, een formule gebruikt die te ruim is om onge-

rechtvaardigde tussenkomsten of druk vanwege de uitvoerende macht uit te kunnen sluiten.¹⁴

27. Deze conclusie wordt niet weerlegd, doch veeleer bevestigd, door het recente arrest van het Hof in de zaak Dorsch Consult. In die zaak was de vraag aan de orde, of het Duitse orgaan dat zich diende uit te spreken over aanbestedingsprocedures (Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes) al dan niet een rechtsprekende instantie was, juist omdat het betrokken orgaan niet voldoet aan de criteria van onafhankelijkheid en onpartijdigheid ten opzichte van de uitvoerende macht. Deze zaak is in casu evenwel irrelevant. Het Hof was namelijk van oordeel, dat de twijfels van de Commissie en van de advocaat-generaal¹⁵ ongegrond waren, omdat de Duitse wet uitdrukkelijk bepaalt, dat op de leden van het federaal orgaan dat zich heeft uit te spreken over de toewijzing van overheidsopdrachten de bepalingen over de afzetting van rechters van toepassing zijn, en bovendien rechtstreeks de wraking en de verschoning regelt. Het Hof heeft zijn standpunt ter zake als volgt gemotiveerd¹⁶: „Vervolgens moet worden beklemtoond, dat de fundamentele bepalingen van de Duitse wet op de rechterlijke organisatie

14 — In de Oostenrijkse rechtsorde komen andere oplossingen voor inzake de werking van organen die eveneens in eerste en laatste aanleg uitspraak doen over de regelmatigheid van de toewijzing van overheidsopdrachten. Zoals blijkt uit de zaak Hospital Ingénieurs (C-258/97), waarin ik op 1 oktober 1998 conclusie heb genomen, zijn bij de wet op de overheidsopdrachten in Karinthië voormelde bevoegdheden toegekend aan de Unabhängige Verwaltungssenat für Kärnten, een rechtsprekende instantie waarvan de onafhankelijkheid wordt gegarandeerd door de tekst van de Grondwet, nu de bevoegdheid tot afzetting van een lid is toegekend aan de Senat en alleen mag worden uitgeoefend in de bij wet vastgestelde gevallen (artikel 129b van de Oostenrijkse Grondwet).

15 — Zie punten 33-37 van de conclusie van advocaat-generaal Tesouro (Jurispr. blz. I-4976 e. v.).

16 — Arrest reeds aangehaald, punt 36.

betreffende de nietigverklaring of intrekking van de benoeming van rechters en hun onafhankelijkheid en afzetbaarheid volgens § 57c, lid 3, HGrG van overeenkomstige toepassing zijn op de leden-ambtenaren van de kamers. Daarnaast gelden de bepalingen van de wet op de rechterlijke organisatie betreffende de nietigverklaring en de intrekking van de benoeming ook voor de onbezoldigde leden. De onpartijdigheid van deze leden wordt overigens gewaarborgd door § 57c, lid 2, HGrG, volgens welke zij niet mogen worden belast met zaken waarin zij bij de besluitvorming betreffende de gunning van een opdracht betrokken zijn geweest of waarin zij als inschrijver of vertegenwoordiger van een inschrijver optreden of zijn opgetreden.”

28. Blijkens deze passage is voor het Hof een essentiële voorwaarde ter verzekering van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechters, dat de uitzonderlijke gevallen waarin leden van het orgaan kunnen worden gewraakt, in ieder geval worden gepreciseerd in de bepalingen die de werking van het orgaan regelen, of, zoals in het geval van de afzetting, dat *uitdrukkelijk* wordt verwezen naar de voor rechters geldende wettelijke bepalingen. Weliswaar heeft het Hof in het arrest Dorsch Consult gewag gemaakt van de overeenkomstige toepassing van de Duitse wetgeving inzake de afzetting van rechters, doch dit moet aldus worden begrepen, dat wordt verwezen naar bepaalde voorschriften die betrekking hebben op een andere feitelijke situatie, voor zover zij van toepassing zijn. In de Tioolse wettelijke context komt een dergelijke verwijzing niet voor, zodat de hierboven aangehaalde passage van het arrest niet kan worden aangevoerd tegen de in de onderhavige zaak gesuggereerde oplossing.

29. Aan deze conclusies wordt voorts niet afgedaan door de omstandigheid dat het Hof recentelijk heeft geantwoord op vragen die hem waren voorgelegd door de Oostenrijkse *federale* instantie die verantwoordelijk is voor de beroepsprocedures betreffende de toewijzing van overheidsopdrachten. In het arrest Mannesmann¹⁷ heeft het Hof ten gronde uitspraak gedaan over de vragen van het Bundesvergabeamt (federale dienst overheidsopdrachten) zonder in te gaan op de vraag of het orgaan a quo al dan niet een rechterlijke instantie is, over welke vraag partijen en de advocaat-generaal wél een standpunt hebben ingenomen. Ook in de veronderstelling, dat het de bevoegdheid van het betrokken orgaan om prejudiciële vragen te stellen impliciet zou hebben willen erkennen¹⁸, moeten de verschillen tussen de wet tot instelling van het Bundesvergabeamt en die tot instelling van het Tiroler Vergabeamt tot de conclusie leiden, dat aan vorenbedoelde omstandigheid geen belang is te hechten. Weliswaar is de structuur van de organen nagenoeg identiek en gelden voor de werking vergelijkbare regels, doch de federale regeling is veel nauwkeuriger wat de garanties van onafhankelijkheid en afzetbaarheid van de leden van het Bundesvergabeamt betreft. Anders dan het geval is met de Tioolse wet, zijn de gronden voor de beëindiging van de ambtsuitoefening van een lid van het Bundesvergabeamt uitdrukkelijk en beperkend opgesomd in § 100 BVerG

17 — Arrest van 15 januari 1998 (C-44/96, Jurispr. blz. I-73).

18 — Volgens advocaat-generaal Léger in zijn conclusie van 16 september 1997 (punten 37-44) is dit inderdaad het geval. Van belang voor de onderhavige zaak is evenwel, dat de advocaat-generaal in punt 41 van zijn conclusie, bij de motivering van zijn bevestigend antwoord inzake het criterium van de onafhankelijkheid van het orgaan, heeft gepreciseerd dat de gronden voor onthefing van de leden exhaustief zijn opgesomd in de tekst van § 79 van de federale wet (§ 100 BVerG) en overeenkomen met objectieve criteria of, wat de grond van ernstig plichtsverzuim betreft, overeenkomen met fouten waarvan de wettelijk voorgeschreven omvang het gevaar van willekeur of van ingrijpen door de administratieve autoriteiten beperkt.

(§ 79 van de vorige versie van deze wet).¹⁹ Hetzelfde geldt voor de gronden tot wraking van de leden van het Vergabeamt door een van de partijen, die in de federale wet uitdrukkelijk zijn vastgesteld, doch zoals eerder reeds is aangetoond, niet in de Tirolse wet.

30. Gelet op een en ander, geef ik het Hof in overweging de vragen van het Tiroler Vergabeamt niet-ontvankelijk te verklaren, nu zij zijn voorgelegd door een orgaan dat niet de hoedanigheid van rechterlijke instantie heeft in de zin van artikel 177 van het Verdrag.

De eerste en de tweede prejudiciële vraag

31. Zou het Hof, anders dan door mij gesuggereerd, het Vergabeamt kwalificeren als een „rechterlijke instantie” in de zin van artikel 177, en dus alle twijfels inzake de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de leden van het orgaan naast zich neerleggen, dan dient ten gronde te worden ingegaan op de prejudiciële vragen van het Vergabeamt. Op deze vragen wordt hierna meer in het bijzonder ingegaan.

¹⁹ — Ingevolge § 100 van het Bundesvergabegesetz neemt de ambtsuitoefening van een lid van het Bundesvergabeamt een einde bij diens overlijden of vrijwillig ontslag, wanneer hij niet langer verkiesbaar is voor de Nationalrat, wanneer de plenaire vergadering van het orgaan vaststelt dat het lid wegens ernstige fysieke of geestelijke gebreken tot een normale uitoefening van zijn functies niet meer in staat is, bij verstrijken van zijn ambtstermijn, bij de vaststelling door de plenaire vergadering van het orgaan dat het lid zich schuldig heeft gemaakt aan ernstig plichtsverzuim, en ten slotte bij ontslag uit de magistratuur of uit het tot voordracht bevoegde orgaan.

32. Zoals reeds gezegd, wenst het Landesvergabeamt in wezen te vernemen, of aan de voorwaarden van artikel 2, lid 8, eerste alinea, van de richtlijn is voldaan door de regels inzake de samenstelling en werking van het orgaan.

In de schriftelijke opmerkingen en ter terechtzitting voor het Hof hebben partijen zich inzonderheid geconcentreerd op de persoon van de voorzitter van het betrokken orgaan, en was de vraag aan de orde of hij al dan niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 2, lid 8, van de richtlijn.

33. Mijns inziens volgt uit de analyse van bedoelde bepaling, dat deze discussie in de onderhavige zaak irrelevant en overbodig is. Om deze conclusie te rechtvaardigen dient te worden overgegaan tot een grondig onderzoek van artikel 2, lid 8, van de richtlijn.

34. De betrokken bepaling heeft betrekking op de instanties die verantwoordelijk zijn voor de beroepsprocedures tegen de beslissingen van de bevoegde basisinstanties inzake de toewijzing van overheidsopdrachten die binnen de werkingsfeer van de richtlijn vallen.

35. In de tekst van artikel 2, lid 8, inzonderheid in de eerste volzin daarvan, wordt rekening gehouden met twee scenario's. De lidstaten hebben namelijk de keuze uit twee mogelijke oplossingen bij de organisatie van het toezicht op de overheidsopdrachten. De eerste oplossing voorziet in een systeem op één niveau, waarbij aan „rechterlijke instanties” de bevoegdheid wordt gegeven om kennis te nemen van de beroepen. De tweede oplossing voorziet in het systeem op twee niveaus, wat overeenkomt met de wettelijke situatie die in bepaalde lidstaten gold ten tijde van de vaststelling van de richtlijn, en bestaat hierin dat in een eerste fase deze bevoegdheid wordt toegekend aan „basisinstanties”, die niet de hoedanigheid van rechterlijke instantie hebben. In dat verband heet het in de tweede volzin van artikel 2, lid 8: „Bovendien moeten in dat geval procedures worden gewaarborgd waarmee tegen de door de bevoegde basisinstantie genomen vermoede onwettige maatregelen of vermoede tekortkomingen bij de uitoefening van de haar opgedragen bevoegdheden, beroep kan worden ingesteld bij een rechter of bij een andere instantie die een gerecht is in de zin van artikel 177 van het Verdrag en onafhankelijk is van de aanbestedende diensten en de basisinstantie.”

36. Het systeem op twee niveaus wordt dus gekenmerkt door de tussenkomst, in een eerste fase, van een andere dan een rechterlijke instantie, waarvan de beslissingen inzake de maatregelen van de aanbestedende diensten schriftelijk met redenen moeten worden omkleed. Bovendien moet tegen deze uitspraak beroep openstaan bij de rechter of bij een orgaan dat een rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 is en onafhankelijk is van de aanbestedende dienst en de basisinstantie.

De rest van de tekst van artikel 2, lid 8, van de richtlijn betreft „deze onafhankelijke instantie”, in de zin van een rechterlijke instantie als bedoeld in artikel 177, die moet voldoen aan bepaalde „bijzondere” voorwaarden betreffende de benoeming van de leden, de beëindiging van een mandaat, de kwalificaties van de voorzitter, de procedure en het dwingend karakter van haar beslissingen.

37. Een precieze beoordeling van de normatieve inhoud van deze bepaling is geen gemakkelijke zaak. Voor ons van belang is de vraag, wat in de richtlijn wordt bedoeld met de term „gerechten” in de eerste volzin van artikel 2, lid 8. Het gaat er dus om te weten of deze bepaling is te zien als een verwijzing naar de gemeenschapsrechterlijke term „rechterlijke instanties” dan wel als een verwijzing naar het nationaal recht.

38. Ik opteer voor de eerste oplossing, zodat de volledige tekst van artikel 2, lid 8, van de richtlijn slechts aan de orde is wanneer de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instantie geen „rechterlijke instantie” in de zin van artikel 177 van het Verdrag is, en dus geen instantie is die het Hof van Justitie prejudiciële vragen kan voorleggen. In dit geval legt de betrokken bepaling de lidstaten die het systeem op twee niveaus kiezen, de verplichting op in ieder geval te voorzien in de mogelijkheid van een toetsing van de beslissingen van de basisinstanties via een beroep op de rechter of een beroep bij een andere instantie die een „gerecht” in de zin van artikel 177 is.

39. De ratio van heel deze regeling is, zoals de Oostenrijkse regering en de Commissie ter terechtzitting hebben erkend, dat het orgaan dat belast is met de toetsing van de beslissingen van de aanbestedende diensten het karakter van „rechtsprekende instantie” dient te hebben teneinde bevoegd te zijn om het Hof van Justitie prejudiciële vragen voor te leggen, ook wanneer dat orgaan formeel geen deel uitmaakt van de rechterlijke macht van de betrokken lidstaat. Aldus kunnen de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instanties, wanneer zij zulks noodzakelijk achten, van het Hof een uitspraak verkrijgen inzake de uitlegging van de bepalingen van de gemeenschapsrichtlijnen inzake overheidsopdrachten (daaronder begrepen de richtlijn die thans aan de orde is).

40. Welnu, wanneer men ervan uitgaat dat het Landesvergabeamt een orgaan is dat bevoegd is om het Hof van Justitie prejudiciële vragen voor te leggen — dus een rechterlijke instantie is in de zin van artikel 177 — volgt hieruit dat de vereisten inzake bescherming die voortvloeien uit het systeem „met twee niveaus” in de onderhavige zaak irrelevant zijn: het orgaan dat in eerste (en enige) aanleg kennis neemt van de beroepsprocedures, is dan meteen ook bevoegd om zich tot het Hof te wenden. In die optiek kan niet worden verlangd dat de beslissingen van een „rechterlijke instantie” in de zin van artikel 177 voor toetsing moeten worden voorgelegd aan een ander orgaan, dat zelf ook bevoegd is om zich tot het Hof te wenden. Het heeft vanzelfsprekend geen zin te verlangen dat de tussenkomst wordt voorgeschreven van een orgaan dat een „rechterlijke instantie” in de zin artikel 177 is wanneer, zoals in casu, de voor de beroepsprocedure verantwoordelijke instantie wordt beschouwd als een „rechterlijke instantie”; dit vereiste heeft alleen zin in een systeem met twee niveaus, waarin op het eerste niveau de beslis-

sing wordt genomen door een „louter” administratief orgaan, waarop de definitie van rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 niet van toepassing is.

41. Gelet op deze conclusie, behoeft niet ten gronde te worden ingegaan op de twee vragen van het Landesvergabeamt, betreffende de uitlegging van artikel 2, lid 8, tweede alinea, van de richtlijn. Zoals gezegd, betreft deze bepaling de specifieke voorwaarden waaraan de onafhankelijke instantie moet voldoen die in de tweede fase van de procedure „op twee niveaus” tussenkamt. Het komt mij dus voor, dat de door de instantie a quo gevraagde toelichtingen in de onderhavige zaak niet relevant zijn, nu dit gedeelte van de bepaling niet van toepassing is op de door de Tirolse wet ingestelde dienst voor overheidsopdrachten. Het door de verwijzende instantie aan de orde gestelde probleem komt dus eigenlijk neer op de (reeds besproken) vraag van de ontvanke-lijkheid van de prejudiciële vragen. Alleen in deze context — en niet in het kader van de uitlegging van artikel 2, lid 8, van de richtlijn — kan namelijk eventueel de status van de leden van het orgaan worden beoordeeld, alsmede hun onafhankelijkheid ten opzichte van de uitvoerende macht en de partijen, de voorwaarden voor hun aanstelling en hun afzetting, en dergelijke meer. Zo is dus bijvoorbeeld niet beslissend, of de voorzitter van het Landesvergabeamt dezelfde persoonlijke en beroepskwalificaties heeft als een rechter, en of die kwalificaties moeten worden getoetst aan het begrip rechter in „nationale” of „gemeenschapsrechterlijke” zin. Dit vereiste is namelijk een element van het systeem „met twee niveaus”, dat in het kader van de richtlijn één van de aan de lidstaten geboden mogelijkheden is bij de instelling van een nationale regeling voor beroepsprocedures. Daarentegen is dit vereiste op zichzelf niet

beslissend om een orgaan als „rechterlijke instantie” in de zin van artikel 177 aan te merken.

42. Hierbij zij nog aangetekend, nog steeds in de veronderstelling dat het betrokken orgaan als een rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 is te beschouwen, dat mijn conclusie de enige is die het Tiroolse systeem inzake de toetsing van de toewijzing van overheidsopdrachten doet passen in het kader van de richtlijn. Zou het Landesvergabeamt namelijk worden beschouwd als een instantie „die een gerecht is in de zin van artikel 177”,

als bedoeld in artikel 2, lid 8, eerste alinea, laatste volzin, en dus als „het tweede niveau” bij de beoordeling van beroepen tegen de toewijzing van overheidsopdrachten, zou de vraag rijzen welk orgaan in eerste instantie bevoegd is zonder een rechtsprekende instantie te zijn, en waarvan de beslissingen voor toetsing aan het Landesvergabeamt moeten worden voorgelegd. In het Oostenrijkse systeem is er geen dergelijke basisinstantie, aangezien over de beroepen tegen maatregelen van de aanbestedende dienst in eerste en enige aanleg uitspraak wordt gedaan door het Landesvergabeamt.

43. Gelet op een en ander, geef ik het Hof in overweging de vragen van het Tirooler Landesvergabeamt niet-ontvankelijk te verklaren op grond dat dit orgaan geen rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 van het Verdrag is.

Subsidiair geef ik het Hof in overweging de vragen te beantwoorden als volgt:

„Artikel 2, lid 8, tweede alinea, van richtlijn 89/665/EEG moet aldus worden uitgelegd, dat de daarin gestelde voorwaarden uitsluitend betrekking hebben op de samenstelling van de onafhankelijke instanties die belast zijn met de toetsing van beslissingen van een ander orgaan, dat bevoegd is om in eerste aanleg kennis te nemen van de beroepen tegen de toewijzing van overheidsopdrachten, en geen rechterlijke instantie is als bedoeld in artikel 177 EG-Verdrag. De betrokken bepaling is dus niet relevant voor de beoordeling van de samenstelling en werking van het Tirooler Landesvergabeamt.”