

ARREST VAN HET HOF (Zesde kamer)
24 september 1998 *

In zaak C-111/97,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 177 EG-Verdrag van het Bundesvergabeamt (Oostenrijk), in het aldaar aanhangig geding tussen

EvoBus Austria GmbH

en

Niederösterreichische Verkehrsorganisations Gesellschaft mbH (NÖVOG),

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 76, blz. 14),

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: H. Ragnemalm, kamerpresident, G. F. Mancini, P. J. G. Kapteyn (rapporteur), J. L. Murray en K. M. Ioannou, rechters,

* Procestaal: Duits.

advocaat-generaal: N. Fennelly
griffier: H. A. Rühl, hoofdadministrateur

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

- de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door W. Okresek, Ministerialrat bij het Bundeskanzleramt, als gemachtigde,
- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur H. van Lier en door C. Schmidt, lid van haar juridische dienst, als gemachtigden,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de mondelinge opmerkingen van de Niederösterreichische Verkehrsorganisations Gesellschaft mbH (NÖVOG), vertegenwoordigd door C. Casati, Rechtsanwaltsanwärter te Wenen; de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door M. Fruhmann, van het Bundeskanzleramt, als gemachtigde, en de Commissie, vertegenwoordigd door H. van Lier en C. Schmidt, ter terechtzitting van 12 februari 1998,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 2 april 1998,

het navolgende

Arrest

¹ Bij beschikking van 25 november 1996, ingekomen bij het Hof op 17 maart 1997, heeft het Bundesvergabeamt krachtens artikel 177 EG-Verdrag drie prejudiciële

vragen gesteld over de uitlegging van richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie.

2 Deze vragen zijn gerezen in een geding tussen EvoBus Austria GmbH (hierna: „EvoBus”) en de Niederösterreichische Verkehrsorganisations Gesellschaft mbH (hierna: „NÖVOG”), ter zake van een overheidsopdracht voor de levering van autobussen.

Rechtskader

3 Richtlijn 92/13 verplicht de lidstaten om vóór 1 januari 1993 de passende procedures vast te stellen om de wettigheid van aanbestedingsprocedures in de betrokken sectoren te verifiëren.

4 Artikel 1 van deze richtlijn luidt als volgt:

„1. De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat tegen 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 8, op grond van het feit dat door die besluiten het gemeenschapsrecht inzake aanbestedingen of de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn, (...)

2. De lidstaten zien erop toe dat ondernemingen die een eis wegens in het kader van een procedure voor het plaatsen van opdrachten geleden schade willen indienen, niet worden gediscrimineerd op grond van het in deze richtlijn gemaakte onderscheid tussen nationale voorschriften waarin het gemeenschapsrecht is omgezet, en andere nationale voorschriften.

3. De lidstaten dragen er zorg voor dat de beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen, op zijn minst toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk 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 inbreuk en van zijn voornemen om beroep in te stellen.”

5 Artikel 2 bepaalt:

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

hetzij

a) zo snel mogelijk in kort geding voorlopige maatregelen te nemen om de beweerde inbreuk ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad, met inbegrip van maatregelen om de aanbestedingsprocedure of de tenuitvoerlegging van enig door de aanbestedende diensten genomen besluit, op te schorten c. q. te doen opschorten;

en

- 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 de aankondiging, de periodieke indicatieve aankondiging, de mededeling inzake het bestaan van een erkenningssysteem, de uitnodiging tot inschrijving, de bestekken dan wel in enig ander stuk dat verband houdt met de aanbestedingsprocedure;

hetzij

- c) ten spoedigste, zo mogelijk in kort geding en indien noodzakelijk volgens een definitieve procedure ten principale, andere maatregelen dan bedoeld onder a) en b) te nemen om de geconstateerde inbreuk ongedaan te maken en te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad; met name een betalingsopdracht voor een bepaald bedrag uit te schrijven wanneer de inbreuk niet ongedaan gemaakt c. q. voorkomen wordt.

De lidstaten kunnen deze keuze maken hetzij voor alle aanbestedende diensten, hetzij voor aan de hand van objectieve criteria bepaalde categorieën diensten waarbij zij in ieder geval de doeltreffendheid van de vastgestelde maatregelen waarborgen om te voorkomen dat de betrokken belangen worden geschaad;

- d) en in de bovengenoemde twee gevallen, schadevergoeding toe te kennen aan degenen die door een inbreuk zijn geledeerd.

Wanneer schadevergoeding wordt gevorderd omdat een besluit onwettig is genomen, kunnen de lidstaten, indien hun nationale recht zulks vereist en in de ter zake bevoegde instanties voorziet, bepalen dat het aangevochten besluit eerst moet worden vernietigd of onwettig moet worden verklaard.

(...)

7. Wanneer een eis tot schadevergoeding wordt ingediend uit hoofde van de kosten van het opstellen van een offerte of van de deelneming aan een aanbestedingsprocedure, moet degene die de vordering instelt uitsluitend aantonen dat er sprake is van schending van het gemeenschapsrecht inzake aanbestedingen of van de nationale voorschriften waarin dit recht is omgezet en dat hij reële kansen had om de opdracht in de wacht te slepen als deze schending niet had plaatsgevonden.

8. De lidstaten zorgen ervoor dat de beslissingen van de instanties die verantwoordelijk zijn voor de beroepsprocedures, op doeltreffende wijze ten uitvoer kunnen worden gelegd.

9. 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 dienst en de basisinstantie.

Voor de benoeming en de beëindiging van het mandaat van de leden van deze onafhankelijke instantie gelden dezelfde voorwaarden 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 beslissingen na een procedure op tegenspraak en deze beslissingen zijn, met middelen die door elke lidstaat worden vastgesteld, juridisch bindend.”

6 In Oostenrijk zijn bij het Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (*BGBL.* nr. 463/1993; hierna: „B_{VergG}”), in werking getreden op 1 januari 1994, in nationaal recht omgezet:

— 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), en

— richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 199, blz. 84).

7 § 7, lid 2, B_{VergG} luidt als volgt:

„In de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie is de onderhavige wet slechts van toepassing voor zover zulks in hoofdstuk 4 van deel 3 is bepaald. Op aanbestedingen in deze sectoren zijn de bepalingen van deel 4 niet van toepassing.”

8 In deel 4 van het B_{VergG}, betreffende de rechtsbescherming, is een beroepsprocedure voor het Bundesvergabeamt voorzien. § 91, lid 3, bepaalt, dat tegen een openbare aanbesteding door een inschrijver aan wie de opdracht niet is gegund, beroep kan worden ingesteld binnen een termijn van twee weken, te rekenen vanaf de datum waarop hij van de gunning van de betrokken opdracht in kennis is gesteld.

- 9 § 67, lid 1, BVerG, dat deel uitmaakt van hoofdstuk 4, getiteld „Bijzondere bepalingen voor opdrachtgevers in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie”, bepaalt:

„Voor openbare opdrachtgevers, voor zover zij een werkzaamheid in de zin van lid 2 uitoefenen, alsook voor particuliere opdrachtgevers, gelden uitsluitend de bepalingen van dit hoofdstuk.”

- 10 Richtlijn 92/13 is in nationaal recht omgezet bij de bondswet houdende wijziging van het Bundesvergabegesetz en het Ausländerbeschäftigungsgesetz (*BGBL* nr. 776/1996). Deze wet is op 1 januari 1997 in werking getreden.

Het hoofdgeding

- 11 Op 18 juli 1996 verzocht EvoBus het Bundesvergabeamt om inleiding van een beroepsprocedure overeenkomstig § 91, lid 3, BVerG. Dit verzoek had betrekking op de aanbestedingsprocedure die NÖVOG had ingeleid voor de levering van 36 tot 46 autobussen voor regionale snelbuslijndiensten.
- 12 Tot staving van haar verzoek gaf EvoBus te kennen, dat in het kader van die inschrijving de offerte achteraf was gewijzigd, waardoor de terugkoopprijs van de bussen was gestegen van 34 % tot 55 %.

- 13 Het Bundesvergabeamt heeft besloten, de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende vragen voor te leggen:

„1) Kan uit artikel 1, leden 1 tot en met 3, artikel 2, leden 1 en 7 tot en met 9, of andere bepalingen van richtlijn 92/13/EEG worden afgeleid dat er een individueel recht bestaat op inleiding van een beroepsprocedure bij autoriteiten, gerechten of instanties die aan de bepalingen van artikel 2, lid 9, van richtlijn 92/13/EEG voldoen, dat zo volledig duidelijk en concreet is, dat een particulier in geval van niet-omzetting van de betrokken richtlijn door de lidstaat zich in een procedure met succes tegenover de lidstaat op dat recht kan beroepen?

In geval van een bevestigend antwoord op de eerste vraag:

2) Moet een nationale rechterlijke instantie met de kwalificaties van het Bundesvergabeamt in een beroepsprocedure bepalingen van nationaal recht als § 7, lid 2, van het Bundesvergabegesetz juncto § 67, lid 1, van het Bundesvergabegesetz, die zich tegen de inleiding van een beroepsprocedure verzetten, buiten toepassing laten, ook wanneer deze beroepsprocedure volgens de bedoeling van de nationale wetgever uitsluitend ter omzetting van richtlijn 89/665/EEG moet dienen?

In geval van een bevestigend antwoord op de eerste vraag:

3) Moet de geadieerde rechter onder deze omstandigheden deze of vergelijkbare procedureregels van het nationale recht buiten toepassing laten, wanneer zij belemmeren of verhinderen dat daadwerkelijk een beroepsprocedure plaatsvindt?”

De eerste en de tweede vraag

- 14 Met de eerste en de tweede vraag, die tezamen moeten worden behandeld, wenst de verwijzende rechter in hoofdzaak te vernemen, of de artikelen 1, leden 1 tot en met 3, en 2, leden 1 en 7 tot en met 9, of andere bepalingen van richtlijn 92/13 aldus moeten worden uitgelegd dat, bij gebreke van omzetting van deze richtlijn binnen de daartoe gestelde termijn, de beroepsinstanties van de lidstaten die bevoegd zijn op het gebied van procedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en voor leveringen, tevens bevoegd zijn kennis te nemen van beroepen betreffende procedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie.
- 15 Dienaangaande zij er allereerst aan herinnerd, dat het Hof in het arrest van 17 september 1997, *Dorsch Consult* (C-54/96, Jurispr. blz. I-4961, punt 40), overwoog, dat de rechtsorde van elke lidstaat de rechterlijke instantie moet aanwijzen die bevoegd is om kennis te nemen van geschillen betreffende individuele rechten die aan de communautaire rechtsorde zijn ontleend, echter met dien verstande dat de lidstaten gehouden zijn in alle gevallen een effectieve bescherming van die rechten te verzekeren. Onverminderd dit laatste, dient het Hof zich niet in te laten met de beslechting van bevoegdheidsvragen die op het niveau van de nationale rechterlijke organisatie kunnen rijzen bij de kwalificatie van bepaalde op het gemeenschapsrecht gebaseerde rechtssituaties.
- 16 Vervolgens dient te worden vastgesteld, dat artikel 1 van richtlijn 92/13 de lidstaten weliswaar verplicht, de nodige maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat ter zake van overheidsopdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, doeltreffend beroep kan worden ingesteld, doch niet voorschrijft, aan welke nationale instanties deze bevoegdheid moet worden

verleend, noch dat dit dezelfde instanties moeten zijn als die welke de lidstaten hebben aangewezen ter zake van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en voor leveringen.

- 17 In casu staat vast dat, op de datum waarop EvoBus bij het Bundesvergabeamt beroep heeft ingesteld, te weten op 18 juli 1996, richtlijn 92/13 niet in Oostenrijks recht was omgezet.
- 18 In punt 43 van het arrest Dorsch Consult, reeds aangehaald, bracht het Hof in herinnering, dat de uit een richtlijn voortvloeiende verplichting van de lidstaten om het daarmee beoogde doel te verwezenlijken, alsook de verplichting van de lidstaten krachtens artikel 5 EG-Verdrag, om alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen welke geschikt zijn om de nakoming van die verplichting te verzekeren, voor alle met overheidsgezag beklede instanties in de lidstaten gelden, en dus, binnen het kader van hun bevoegdheden, ook voor de rechterlijke instanties. Hieruit volgt, dat de nationale rechter bij de toepassing van bepalingen van nationaal recht, ongeacht of zij van eerdere of latere datum dan de richtlijn zijn, deze zo veel mogelijk moet uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken en aldus aan artikel 189, derde alinea, EG-Verdrag te voldoen (zie arresten van 13 november 1990, Marleasing, C-106/89, Jurispr. blz. I-4135, punt 8; 16 december 1993, Wagner Miret, C-334/92, Jurispr. blz. I-6911, punt 20, en 14 juli 1994, Faccini Dori, C-91/92, Jurispr. blz. I-3325, punt 26).
- 19 Deze verplichting gebiedt de nationale rechter, na te gaan of aan de desbetreffende bepalingen van nationaal recht voor de justitiabelen een recht van beroep ter zake van het plaatsen van overheidsopdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie kan worden ontleend. In omstandigheden als die van het onderhavige geval dient de nationale rechter in het bijzonder na te gaan, of dit recht van beroep voor dezelfde instanties kan worden uitgeoefend als die welke zijn voorzien ter zake van het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (zie arrest, Dorsch Consult, reeds aangehaald, punt 46, in fine).

- 20 In het hoofdgeding staat evenwel vast, dat, volgens de §§ 7, lid 2, en 67, lid 1, BVergG de aanbestedende diensten in de zin van § 67, lid 2, van deze wet uitdrukkelijk zijn uitgesloten van het bij deze wet ter uitvoering van richtlijn 89/665 ingevoerde beroepssysteem.
- 21 In die omstandigheden zij eraan herinnerd, dat indien de nationale bepalingen niet in overeenstemming met richtlijn 92/13 kunnen worden uitgelegd, de belanghebbenden volgens de desbetreffende procedures van nationaal recht vergoeding kunnen vorderen van de schade die zij hebben geleden doordat de richtlijn niet binnen de gestelde termijn is omgezet (arrest Dorsch Consult, reeds aangehaald, punt 45; voor de aansprakelijkheid van lidstaten in geval van niet-omzetting van een richtlijn, zie onder meer arresten van 19 november 1991, Francovich e. a., C-6/90 en C-9/90, Jurispr. blz. I-5357, en 8 oktober 1996, Dillenkofer e. a., C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 en C-190/94, Jurispr. blz. I-4845).
- 22 Bijgevolg moet op de eerste en de tweede vraag worden geantwoord, dat noch artikel 1, leden 1 tot en met 3, noch artikel 2, leden 1 en 7 tot en met 9, noch de overige bepalingen van richtlijn 92/13 aldus kunnen worden uitgelegd dat, bij gebreke van omzetting van deze richtlijn binnen de daartoe gestelde termijn, de beroepsinstanties van de lidstaten die bevoegd zijn op het gebied van procedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en voor leveringen, tevens bevoegd zijn kennis te nemen van beroepen betreffende procedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie. De vereisten inzake een met richtlijn 92/13 strokende uitlegging van het nationale recht en een effectieve bescherming van de rechten van de justitiabelen, gebieden de nationale rechter evenwel, na te gaan of aan de desbetreffende bepalingen van nationaal recht voor de justitiabelen een recht van beroep ter zake van het plaatsen van overheidsopdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie kan worden ontleend. De nationale rechter dient in het bijzonder na te gaan, of dit recht van beroep voor dezelfde instanties kan worden uitgeoefend als die welke zijn voorzien ter zake van het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken. Indien de nationale bepalingen niet in overeenstemming met richtlijn 92/13 kunnen worden uitgelegd, kunnen de belanghebbenden volgens de desbetreffende procedures van nationaal recht vergoeding vorderen van de schade die zij hebben geleden doordat de richtlijn niet binnen de gestelde termijn is omgezet.

De derde vraag

- 23 Gelet op het antwoord op de eerste en de tweede vraag, behoeft de derde vraag geen beantwoording.

Kosten

- 24 De kosten door de Oostenrijkse regering en de Commissie van de Europese Gemeenschappen 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 25 november 1996 gestelde vragen, verklaart voor recht:

Noch artikel 1, leden 1 tot en met 3, noch artikel 2, leden 1 en 7 tot en met 9, noch de overige bepalingen van richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake

de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, kunnen aldus worden uitgelegd dat, bij gebreke van omzetting van deze richtlijn binnen de daartoe gestelde termijn, de beroepsinstanties van de lidstaten die bevoegd zijn op het gebied van procedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en voor leveringen, tevens bevoegd zijn kennis te nemen van beroepen betreffende procedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie. De vereisten inzake een met richtlijn 92/13 strokende uitlegging van het nationale recht en een effectieve bescherming van de rechten van de justitiabelen, gebieden de nationale rechter evenwel, na te gaan of aan de desbetreffende bepalingen van nationaal recht voor de justitiabelen een recht van beroep ter zake van het plaatsen van overheidsopdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie kan worden ontleend. De nationale rechter dient in het bijzonder na te gaan, of dit recht van beroep voor dezelfde instanties kan worden uitgeoefend als die welke zijn voorzien ter zake van het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken. Indien de nationale bepalingen niet in overeenstemming met richtlijn 92/13 kunnen worden uitgelegd, kunnen de belanghebbenden volgens de desbetreffende procedures van nationaal recht vergoeding vorderen van de schade die zij hebben geleden doordat de richtlijn niet binnen de gestelde termijn is omgezet.

Ragnemalm

Mancini

Kapteyn

Murray

Ioannou

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 24 september 1998.

De griffier

De president van de Zesde kamer

R. Grass

H. Ragnemalm