

ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

16 september 1999 *

In zaak C-27/98,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) van het Bundesvergabeamt (Oostenrijk), in het aldaar aanhangig geding tussen

Metalmeccanica Fracasso SpA,
Leitschutz Handels- und Montage GmbH

en

Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten,

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van artikel 18, lid 1, van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 199, blz. 54), in de versie van richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997 tot wijziging van de richtlijnen 92/50/EEG, 93/36/EEG en 93/37/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, overheidsopdrachten voor leveringen respectievelijk overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 328, blz. 1),

* Procestaal: Duits.

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Vierde kamer),

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

advocaat-generaal: A. Saggio

griffier: H. A. Rühl, hoofdadministrateur

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

- Metalmeccanica Fracasso SpA en Leitschutz Handels- und Montage GmbH, vertegenwoordigd door A. Schmid, advocaat te Wenen,
- Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten, vertegenwoordigd door K. Klima, adviseur bij de Finanzprokuratur Wien, als gemachtigde,
- de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door W. Okresek, Sektionschef bij het Bundeskanzleramt, als gemachtigde,
- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door H. van Lier, juridisch adviseur, als gemachtigde, bijgestaan door B. Wägenbauer, advocaat te Brussel,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de mondelinge opmerkingen van het Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten, vertegenwoordigd door K. Klima; de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door

M. Fruhmann, van het Bundeskanzleramt, als gemachtigde; de Franse regering, vertegenwoordigd door A. Bréville-Viéville, chargé de mission bij de directie juridische zaken van het Ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigde, en de Commissie, vertegenwoordigd door H. van Lier, bijgestaan door B. Wägenbauer, ter terechtzitting van 28 januari 1999,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 25 maart 1999,

het navolgende

Arrest

1 Bij beschikking van 27 januari 1998 heeft het Bundesvergabeamt krachtens artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) een prejudiciële vraag gesteld over de uitlegging van artikel 18, lid 1, van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 199, blz. 54), in de versie van richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997 tot wijziging van de richtlijnen 92/50/EEG, 93/36/EEG en 93/37/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, overheidsopdrachten voor leveringen respectievelijk overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 328, blz. 1).

2 Die vraag is gerezen in een geding tussen de vennootschappen Metalmeccanica Fracasso SpA en Leitschutz Handels- und Montage GmbH (hierna: „Fracasso en Leitschutz”) enerzijds en het Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten (hierna: „Amt”) anderzijds, ter zake van de herroeping door laatstgenoemde van de aanbesteding van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken, waarvoor Fracasso en Leitschutz hadden ingeschreven.

Wettelijk kader

- 3 Richtlijn 93/37 heeft richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 185, blz. 5) gecodificeerd. Artikel 18, lid 1, van richtlijn 93/37, in de versie van richtlijn 97/52 (hierna: „richtlijn 93/37”), luidt:

„Gunning vindt, met inachtneming van artikel 19, plaats op de grondslag van de in hoofdstuk 3 van deze titel vermelde criteria, nadat de geschiktheid van de aannemers die niet uit hoofde van artikel 24 zijn uitgesloten, door de aanbestedende diensten is nagegaan overeenkomstig de in de artikelen 26 tot en met 29 vermelde criteria betreffende economische en financiële draagkracht en technische bekwaamheid.”

- 4 Overeenkomstig § 56, lid 1, van het Bundesvergabegesetz (hierna: „BVerG”) eindigt de procedure voor het plaatsen van een opdracht met het sluiten van een contract (gunning) of met de herroeping van de aanbesteding. Het BVerG kent geen andere wijze van beëindiging van een procedure voor het plaatsen van een opdracht.

- 5 § 52, lid 1, BVerG bepaalt:

„(1) Vóór de keuze van de inschrijver aan wie de opdracht zal worden gegund, sluit de aanbestedende dienst op grond van de onderzoeksresultaten onverwijld de volgende offertes uit:

1. offertes van inschrijvers die geen vergunning of niet de noodzakelijke economische en financiële draagkracht, technische bekwaamheid of betrouwbaarheid hebben;

2. offertes van inschrijvers die overeenkomstig § 16, lid 3 of 4, van de mededinging zijn uitgesloten;

3. offertes waarvan de totaalprijs niet op aannemelijke wijze is samengesteld;

(...)”

6 § 55, lid 2, BVergG bepaalt:

„De aanbesteding kan worden herroepen, wanneer na uitsluiting van offertes overeenkomstig § 52 slechts één offerte overblijft.”

7 § 16, lid 5, BVergG preciseert:

„Procedures voor het plaatsen van opdrachten moeten alleen dan worden georganiseerd, wanneer het voornemen bestaat het werk ook daadwerkelijk aan te besteden.”

Het hoofdgeding

- 8 In het voorjaar van 1996 organiseerde het Amt een aanbesteding voor de uitvoering van bouwwerkzaamheden, waaronder de plaatsing van een middenbermbeveiliging van beton, aan een deel van de A1 Westautobahn. De opdracht werd gegund aan de vennootschap ARGE Betondecke-Salzburg West.
- 9 In november 1996 besloot het Amt om technische redenen de middenberm van het betrokken autoweggedeelte te voorzien van vangrails van staal en niet van beton zoals in de aanbesteding stond vermeld. Het maakte daarop volgens een openbare procedure een andere aanbesteding bekend voor de plaatsing van stalen vangrails voor de middenberm. Met de aanbestedingsprocedure werd in april 1997 begonnen.
- 10 Vier ondernemingen of combinaties van ondernemingen, waaronder de combinatie van de ondernemingen Fracasso en Leitschutz, dienden een offerte in.
- 11 Toen het Amt alle offertes had onderzocht en die van de drie andere inschrijvers op grond van § 52, lid 1, BVergG had uitgesloten, bleef alleen de inschrijving van Fracasso en Leitschutz nog over.
- 12 Het Amt besloot uiteindelijk om de middenbermbeveiliging niet meer in staal, maar in beton te laten uitvoeren en de desbetreffende aanbesteding overeenkomstig § 55, lid 2, BVergG te herroepen. Het stelde Fracasso en Leitschutz schriftelijke van deze twee punten in kennis.
- 13 Fracasso en Leitschutz verzochten de Bundes-Vergabekontrollkommission, overeenkomstig § 109, lid 1, punt 1, BVergG een arbitrageprocedure in te leiden over de vraag, of het besluit van het Amt om de aanbesteding te herroepen en zijn

voornemen om een nieuwe aanbesteding voor de vangrails te organiseren, strookten met de bepalingen van het BVergG.

- 14 Op 19 augustus 1997 kwamen partijen tot een minnelijke schikking over een door de arbiter voorgestelde nieuwe aanbesteding, betreffende de bouw van stalen vangrails aan de zijkanten van de autoweg. Deze opdracht moest via een niet-openbare procedure worden aanbesteed, waarbij in beginsel alle inschrijvers die aan de herroepen aanbesteding hadden deelgenomen, moesten worden betrokken.

- 15 Fracasso en Leitschutz verzochten daarop de Bundes-Vergabekontrollkommission om aanvulling van de arbitrageprocedure met het betoog, dat het meningsverschil over de vraag, of de herroeping van de aanbesteding voor de vangrails van de middenberm rechtmatig was, niet was opgelost.

- 16 Nadat de Bundes-Vergabekontrollkommission zich onbevoegd had verklaard, wendden Fracasso en Leitschutz zich tot het Bundesvergabeamt met een verzoek om nietigverklaring van het door het Amt genomen besluit tot herroeping van de aanbesteding.

- 17 Daar het Bundesvergabeamt betwijfelde, of § 55, lid 2, BVergG verenigbaar is met artikel 18, lid 1, van richtlijn 93/37, heeft het de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Moet de bepaling van artikel 18, lid 1, van richtlijn 93/37/EEG, volgens welke de gunning met inachtneming van artikel 19 op de grondslag van de in hoofdstuk 3 van deze titel vermelde criteria plaatsvindt, nadat de geschiktheid van de aannemers die niet uit hoofde van artikel 24 zijn uitgesloten, door de aanbestedende diensten is nagegaan overeenkomstig de in de artikelen 26 tot en met 29 vermelde criteria betreffende economische en financiële draagkracht en technische bekwaamheid, aldus worden uitgelegd, dat de aanbestedende diensten

verplicht zijn tot gunning, zelfs wanneer er slechts één offerte in de aanbestedingsprocedure is overgebleven? Is artikel 18, lid 1, van richtlijn 93/37/EEG voldoende concreet en nauwkeurig, opdat een particulier zich er in een procedure naar nationaal recht op kan beroepen en deze bepaling als element van gemeenschapsrecht aan een bepaling van nationaal recht kan worden tegen-
geworpen?”

Het eerste gedeelte van de vraag

- 18 Met het eerste gedeelte van de vraag wenst de nationale rechter te vernemen, of richtlijn 93/37 aldus moet worden uitgelegd, dat de aanbestedende dienst die een aanbesteding heeft georganiseerd, de opdracht moet gunnen aan de inschrijver die als enige geschikt is bevonden om daaraan deel te nemen.

- 19 Volgens Fracasso en Leitschutz volgt uit de artikelen 7, 8, 18 en 30 van richtlijn 93/37, zoals deze huns inziens door het Hof zijn uitgelegd, dat het recht van de aanbestedende dienst om een overheidsopdracht niet te gunnen of de procedure opnieuw te beginnen, beperkt moet blijven tot uitzonderingsgevallen en slechts om gewichtige redenen kan worden uitgeoefend.

- 20 Het Amt, de Oostenrijkse en de Franse regering alsmede de Commissie betogen daarentegen in wezen, dat richtlijn 93/37 de aanbestedende dienst niet verbiedt, aan een aanbestedingsprocedure geen gevolg te geven.

- 21 Vaststaat, dat richtlijn 93/37 geen enkele bepaling bevat die de aanbestedende dienst die een aanbesteding heeft georganiseerd, uitdrukkelijk verplicht, de opdracht te gunnen aan de inschrijver die als enige geschikt is bevonden om daaraan deel te nemen.

- 22 Desondanks moet worden nagegaan, of de aanbestedende dienst krachtens richtlijn 93/37 gehouden is een procedure tot gunning van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken tot het einde te volgen.
- 23 Om te beginnen moet wat betreft de door Fracasso en Leitschutz aangevoerde bepalingen van richtlijn 93/37 worden opgemerkt, dat volgens artikel 8, lid 2, van richtlijn 93/37, dat de aanbestedende dienst ertoe verplicht, de gegadigden en inschrijvers onverwijld mede te delen om welke redenen hij heeft besloten een aanbestede opdracht niet te plaatsen of de procedure opnieuw te beginnen, een dergelijke herroeping niet enkel mogelijk is in uitzonderlijke gevallen of noodzakelijkerwijs op gewichtige redenen moet berusten.
- 24 Evenzo kan met betrekking tot de artikelen 7, 18 en 30 van richtlijn 93/37, die beogen de voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken te volgen procedures te regelen en de toepasselijke gunningscriteria vast te stellen, worden volstaan met de vaststelling, dat uit deze bepalingen geen enkele verplichting tot plaatsing van de opdracht kan worden afgeleid, indien slechts één onderneming de vereiste geschiktheid zou bezitten.
- 25 Hieruit volgt, dat het door richtlijn 93/37 stilzwijgend erkende recht van de aanbestedende dienst om een aanbestede opdracht niet te plaatsen of de aanbestedingsprocedure opnieuw te beginnen, niet afhankelijk wordt gesteld van de voorwaarde dat er sprake is van gewichtige of uitzonderlijke omstandigheden.
- 26 In de tweede plaats beoogt richtlijn 93/37 volgens de tiende overweging van haar considerans de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten (zie ook, wat betreft richtlijn 71/305, arrest van 20 september 1988, Beentjes, 31/87, Jurispr. blz. 4635, punt 21).
- 27 In dit verband zij opgemerkt, zoals de Commissie terecht heeft gedaan, dat artikel 22, lid 2, van richtlijn 93/37 dit doel uitdrukkelijk nastreeft met de

bepaling, dat wanneer aanbestedende diensten een opdracht plaatsen volgens de niet-openbare procedure, het aantal gegadigden in ieder geval groot genoeg moet zijn om een werkelijke mededinging te garanderen.

- 28 Bovendien bepaalt artikel 22, lid 3, van richtlijn 93/37, dat wanneer aanbestedende diensten in de gevallen bedoeld in artikel 7, lid 2, van deze richtlijn een opdracht plaatsen volgens de procedure van gunning via onderhandelingen, het aantal gegadigden dat tot de onderhandelingen wordt toegelaten, niet lager mag zijn dan drie, voor zover er voldoende geschikte gegadigden zijn.
- 29 Ook zij erop gewezen, dat volgens artikel 18, lid 1, van richtlijn 93/37 gunning plaatsvindt op de grondslag van de in titel IV, hoofdstuk 3, daarvan vermelde criteria.
- 30 Een van de bepalingen van hoofdstuk 3 is artikel 30, dat in lid 1 de criteria vermeldt aan de hand waarvan de aanbestedende dienst een opdracht gunt, te weten hetzij alleen de laagste prijs, hetzij, indien de gunning aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbieding plaatsvindt, verschillende criteria die variëren naar gelang van de aard van de opdracht, zoals de prijs, de termijn voor uitvoering, de gebruikskosten, de rentabiliteit, de technische waarde.
- 31 Hieruit volgt, dat ter bereiking van het doel, een daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten te ontwikkelen, richtlijn 93/37 de gunning van de opdrachten in dier voege probeert te organiseren, dat de aanbestedende dienst in staat is, verschillende aanbiedingen te vergelijken en op basis van objectieve criteria, zoals die welke bij wijze van voorbeeld zijn vermeld in artikel 30, lid 1, ervan, zijn keus te laten vallen op de voordeligste (zie in die zin, wat betreft richtlijn 71/305, arrest Beentjes, reeds aangehaald, punt 27).

- 32 Wanneer aan het einde van een van de in richtlijn 93/37 omschreven procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken slechts één aanbidding overblijft, is de aanbestedende dienst niet in staat de prijzen of de andere kenmerken van verschillende aanbiddingen met elkaar te vergelijken teneinde de opdracht te gunnen overeenkomstig de in titel IV, hoofdstuk 3, van richtlijn 93/37 bedoelde criteria.
- 33 Uit het voorgaande volgt, dat de aanbestedende dienst niet gehouden is, de opdracht te gunnen aan de inschrijver die als enige geschikt is bevonden om daaraan deel te nemen.
- 34 Derhalve moet op het eerste gedeelte van de vraag worden geantwoord, dat artikel 18, lid 1, van richtlijn 93/37 aldus moet worden uitgelegd, dat de aanbestedende dienst niet gehouden is, de opdracht te gunnen aan de inschrijver die als enige geschikt is bevonden om daaraan deel te nemen.

Het tweede gedeelte van de vraag

- 35 Met het tweede gedeelte van de vraag wenst de nationale rechter te vernemen, of voor de nationale rechter een beroep kan worden gedaan op artikel 18, lid 1, van richtlijn 93/37.
- 36 In dit verband volstaat de vaststelling, dat aangezien voor de inachtneming van de in artikel 18, lid 1, van richtlijn 93/37 gestelde vereisten geen bijzondere uitvoeringsmaatregelen nodig zijn, de verplichtingen die er voor de lidstaten uit voortvloeien, bijgevolg onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn (zie in die zin, wat betreft artikel 20 van richtlijn 71/305, in hoofdzaak overgenomen in artikel 18, lid 1, van richtlijn 93/37, arrest Beentjes, reeds aangehaald, punt 43).

- 37 Derhalve moet op het tweede gedeelte van de vraag worden geantwoord, dat een particulier zich voor de nationale rechter op artikel 18, lid 1, van richtlijn 93/37 kan beroepen.

Kosten

- 38 De kosten door de Oostenrijkse en de Franse 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 (Vierde kamer),

uitspraak doende op de door het Bundesvergabeamt bij beschikking van 27 januari 1998 gestelde vraag, verklaart voor recht:

- 1) Artikel 18, lid 1, van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, in de versie van richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997 tot wijziging van de richtlijnen 92/50/EEG, 93/36/EEG en 93/37/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, overheidsopdrachten voor leveringen respectievelijk overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken,

moet aldus worden uitgelegd, dat de aanbestedende dienst niet gehouden is, de opdracht te gunnen aan de inschrijver die als enige geschikt is bevonden om daaraan deel te nemen.

- 2) Een particulier kan zich voor de nationale rechter op artikel 18, lid 1, van richtlijn 93/37, in de versie van richtlijn 97/52, beroepen.

Kapteyn

Murray

Ragnemalm

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 16 september 1999.

De griffier

De president van de Vierde kamer

R. Grass

P. J. G. Kapteyn