

ARREST VAN HET HOF (Zesde kamer)

28 oktober 1999 *

In zaak C-81/98,

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

Alcatel Austria AG e.a.,

Siemens AG Österreich,

SAG-Schrack Anlagentechnik AG

en

Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr,

om een prejudiciële beslissing over 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 werken (PB L 395, blz. 33),

* Procestaal: Duits.

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: P. J. G. Kapteyn (rapporteur), waarnemend voor de president van de Zesde kamer, G. Hirsch en H. Ragnemalm, rechters,

advocaat-generaal: J. Mischo

griffier: H. A. Rühl, hoofdadministrateur

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

- Alcatel Austria AG e.a., vertegenwoordigd door S. Köck en M. Oder, advocaten te Wenen,
- Siemens AG Österreich, vertegenwoordigd door M. Breitenfeld, advocaat te Wenen,
- het Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr, vertegenwoordigd door W. Peschorn, Oberkommissär bij de Finanzprokuratur,
- de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door W. Okresek, Sektionschef bij het Bundeskanzleramt, als gemachtigde,
- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door M. Nolin en B. Brandtner, leden van haar juridische dienst, als gemachtigden, bijgestaan door R. Roniger, advocaat te Brussel,
- de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA, vertegenwoordigd door H. Óttarsdóttir, ambtenaar (juridische en administratieve zaken) bij de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA, en T. Thomassen, hoofdambtenaar bij het directoraat Goederen bij de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA, als gemachtigden,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de mondelinge opmerkingen van Siemens AG Österreich, vertegenwoordigd door M. Breitenfeld, advocaat; het Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr, vertegenwoordigd door W. Peschorn; de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door M. Fruhmann, van het Bundeskanzleramt, als gemachtigde; de Duitse regering, vertegenwoordigd door W.-D. Plessing, Ministerialrat bij het Bondsministerie van Financiën, als gemachtigde; de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door M. Hoskins, Barrister, en de Commissie, vertegenwoordigd door R. Roniger, ter terechtzitting van 28 april 1999,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 10 juni 1999,

het navolgende

Arrest

- 1 Bij beschikking van 3 maart 1998, binnengekomen bij het Hof op 25 maart daaraanvolgend, heeft het Bundesvergabeamt krachtens artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) drie prejudiciële vragen gesteld over 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 werken (PB L 395, blz. 33).
- 2 Die vragen zijn gerezen in een geding tussen Alcatel Austria AG e.a., Siemens AG Österreich en SAG-Schrack Anlagentechnik AG, enerzijds, en het Bundesmini-

sterium für Wissenschaft und Verkehr (hierna: „Bundesministerium”), anderzijds, over de gunning van een overheidsopdracht voor leveringen en voor de uitvoering van werken.

Rechtskader

Gemeenschapsrecht

3 Artikel 1 van richtlijn 89/665 bepaalt:

„1. De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat, voor wat betreft de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten die vallen onder de werkingssfeer van de richtlijnen 71/305/EEG en 77/62/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.

2. De lidstaten zien erop toe dat ondernemingen die een eis wegens in het kader van een gunningsprocedure 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, althans toegankelijk zijn voor

eenieder 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.”

4 Artikel 2, lid 1, van richtlijn 89/665 bepaalt:

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

- a) zo snel mogelijk in kort geding voorlopige maatregelen te nemen om de beweerde schending 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;
- 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;
- c) (...)”

5 Artikel 2, lid 6, van richtlijn 89/665 bepaalt:

„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 eenieder die door een schending werd gelaedeerd.”

Het Oostenrijks recht

- 6 In Oostenrijk is de gunning van overheidsopdrachten, wat de federale staat betreft, geregeld door het Bundesvergabegesetz (BGBl 1993/462; hierna: „BVergG”), dat ten tijde van de feiten toepasselijk was in zijn versie van vóór de wijziging van 1997 (BGBl 1996/776).
- 7 Volgens § 9, punt 14, BVergG wordt onder gunning van de opdracht verstaan de mededeling aan de inschrijver dat zijn offerte is aanvaard.
- 8 § 41, lid 1, BVergG bepaalt, dat binnen de gunningstermijn de overeenkomst tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver tot stand komt op het tijdstip waarop de inschrijver kennis krijgt van de aanvaarding van zijn offerte.

- 9 Volgens § 91, lid 2, BVergG is het Bundesvergabeamt tot op het tijdstip van de gunning bevoegd om ter opheffing van overtredingen van het BVergG en van de uitvoeringsbesluiten daarvan voorlopige maatregelen te nemen en onwettige besluiten van de aanbestedende dienst nietig te verklaren.
- 10 Ingevolge § 91, lid 3, BVergG is het Bundesvergabeamt na de gunning van de opdracht bevoegd om vast te stellen, dat de opdracht wegens schending van het BVergG of van de uitvoeringsbesluiten daarvan niet aan de laagste inschrijver is gegund.
- 11 § 94 BVergG bepaalt onder meer:

„1. Het Bundesvergabeamt moet een in het kader van een aanbestedingsprocedure genomen besluit van de aanbestedende dienst met inachtneming van het in die zaak uitgebrachte advies van de bemiddelingscommissie bij wege van een beschikking nietig verklaren, wanneer dit besluit

- 1) in strijd is met de bepalingen van dit Bundesgesetz of met de uitvoeringsbesluiten daarvan, en

- 2) beslissend is voor de uitkomst van de aanbestedingsprocedure.

(...)”

De feiten

12. Het Bundesministerium schreef op 23 mei 1996 met het oog op de installatie van een elektronisch systeem voor automatische transmissie van bepaalde gegevens op de Oostenrijkse autowegen een openbare aanbesteding uit voor de levering, installatie en exploitatie van alle componenten van een hardware- en software-systeem.
13. De aanbesteding werd uitgeschreven als een openbare procedure in de zin 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).
14. De opdracht werd op 5 september 1996 gegund aan Kapsch AG, waarmee op die dag ook de overeenkomst werd gesloten. De overige inschrijvers, die het sluiten van deze overeenkomst via de pers hadden vernomen, stelden tussen 10 en 22 september 1996 beroep in bij het Bundesvergabeamt.
15. Op 18 september 1996 wees het Bundesvergabeamt de in kort geding geformuleerde verzoeken om opschorting van de tenuitvoerlegging van de gesloten overeenkomst af, op grond dat het volgens § 91, lid 2, BVergG na de gunning niet meer bevoegd was om voorlopige maatregelen te treffen. Tegen die uitspraak werd beroep ingesteld bij het Verfassungsgerichtshof.
16. Vervolgens stelde het Bundesvergabeamt bij beschikking van 4 april 1997 overeenkomstig § 91, lid 3, BVergG verschillende overtredingen van het BVergG vast en beëindigde het de bij hem aanhangige procedure.

- 17 De beschikking van het Bundesvergabeamt van 18 september 1996 werd door het Verfassungsgerichtshof vernietigd.
- 18 Gelet op het arrest van het Verfassungsgerichtshof hervatte het Bundesvergabeamt de op 4 april 1997 beëindigde procedure ten gronde en gaf het op 18 augustus 1997 een beschikking waarbij het de aanbestedende dienst voorlopig verbood, de op 5 september 1996 gesloten overeenkomst uit te voeren.
- 19 Tegen deze beschikking stelde de Republiek Oostenrijk beroep in bij het Verfassungsgerichtshof, dat bij beschikking van 10 oktober 1997 vaststelde, dat dit beroep schorsende werking had, zodat de beschikking in kort geding van het Bundesvergabeamt van 18 augustus 1997 voorlopig buiten werking werd gesteld.
- 20 In zijn verwijzingsbeschikking stelt het Bundesvergabeamt vast, dat het BVergG in de aanbestedingsprocedure geen onderscheid maakt tussen een publiekrechtelijk en een privaatrechtelijk gedeelte. De aanbestedende dienst treedt in de aanbestedingsprocedure uitsluitend als een privaatrechtelijke persoon op, hetgeen betekent, dat de staat als aanbestedende dienst gebruikmaakt van de regels, vormen en middelen van het civiele recht. Volgens § 41, lid 1, BVergG ontstaat de overeenkomst tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver binnen de gunningstermijn op het tijdstip waarop de inschrijver kennis krijgt van de aanvaarding van zijn offerte.
- 21 Volgens de verwijzende rechter vallen de gunning van de opdracht en het sluiten van de overeenkomst in Oostenrijk in de regel dus niet formeel samen. Het besluit waarbij de aanbestedende dienst beslist met wie hij de overeenkomst wil sluiten, is doorgaans reeds genomen voordat het op schrift wordt gesteld, en betekent op zichzelf nog niet dat de overeenkomst is gesloten, want daarvoor moet de inschrijver er op zijn minst kennis van krijgen, doch in de praktijk is het besluit waarbij de aanbestedende dienst beslist aan wie hij de opdracht gunt, een intern besluit van die dienst, dat naar Oostenrijks recht niet naar buiten treedt. Voor de buitenstaander vallen de gunning en het sluiten van de overeenkomst dus samen,

daar hij in de regel — althans via wettelijke weg — geen kennis krijgt of kan krijgen van het binnen de aanbestedende dienst genomen besluit. Daardoor kan tegen het gunningsbesluit zelf, dat wil zeggen tegen het besluit waarbij de aanbestedende dienst beslist met wie hij de overeenkomst wil sluiten, niet worden opgekomen. Het tijdstip van de gunning van de opdracht is beslissend voor het verloop van de beroepsprocedure voor het Bundesvergabeamt.

- 22 Verder is de verwijzende rechter van mening, dat volgens § 91, lid 2, BVergG het Bundesvergabeamt tot op het tijdstip van de gunning bevoegd is om ter opheffing van overtredingen van het BVergG en van de uitvoeringsbesluiten daarvan voorlopige maatregelen te nemen en onwettige besluiten van de aanbestedende dienst nietig te verklaren. Na de gunning is het Bundesvergabeamt alleen bevoegd om vast te stellen, dat de opdracht wegens schending van het BVergG of van de uitvoeringsbesluiten daarvan niet aan de laagste inschrijver is gegund. Volgens § 98, lid 1, BVergG is bij schending van het BVergG door de organen van een aanbestedende dienst, de aanbestedende dienst waaraan het gedrag van de organen van de dienst kan worden toegerekend, de gepasseerde inschrijver schadevergoeding verschuldigd.
- 23 Ten slotte wijst de verwijzende rechter erop, dat volgens § 102, lid 2, BVergG een schadevordering voor de gewone rechter in een dergelijk geval slechts ontvanke-lijk is wanneer het Bundesvergabeamt vooraf een vaststelling in de zin van § 91, lid 3, heeft gedaan. Onverminderd deze bepaling zijn de rechter en de partijen in de procedure voor het Bundesvergabeamt door deze vaststelling gebonden. Uit deze structuur van de beroepsprocedure blijkt, dat de Oostenrijkse federale wetgever voor de werkingssfeer van het BVergG gebruik heeft gemaakt van de hem bij artikel 2, lid 6, van richtlijn 89/665 verleende keuzemogelijkheid betreffende het toekennen van schadevergoeding.

De prejudiciële vragen

24 In deze omstandigheden heeft het Bundesvergabeamt de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1) Zijn de lidstaten ingevolge artikel 2, lid 6, van richtlijn 89/665/EEG verplicht bij de uitvoering van die richtlijn met betrekking tot het aan het sluiten van de overeenkomst voorafgaande besluit waarbij de aanbestedende dienst op basis van de resultaten van de aanbestedingsprocedure kiest met welke inschrijver hij de overeenkomst wil sluiten (het gunningsbesluit), te voorzien in een beroepsprocedure waarin de verzoeker nietigverklaring van dit besluit kan vorderen wanneer aan de voorwaarden daarvoor is voldaan, ook al bestaat de mogelijkheid om de rechtsgevolgen van de beroepsprocedure na het sluiten van de overeenkomst te beperken tot de toekenning van schadevergoeding?

2) Alleen voor het geval dat de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, wordt het Hof de volgende nadere vraag voorgelegd:

Is de in de eerste vraag beschreven verplichting inhoudelijk zo duidelijk en nauwkeurig, dat de particulier alleen al op grond daarvan het recht heeft om een beroepsprocedure in te leiden die voldoet aan de eisen van artikel 1 van richtlijn 89/665/EEG en waarin de nationale rechter in elk geval de mogelijkheid moet hebben om voorlopige maatregelen in de zin van artikel 2, lid 1, sub a en b, van richtlijn 89/665/EEG te nemen en het gunningsbesluit van de aanbestedende dienst nietig te verklaren, en dat de particulier zich in een procedure tegenover de lidstaat met goed gevolg op die verplichting kan beroepen?

- 3) Alleen voor het geval dat de tweede vraag bevestigend wordt beantwoord, wordt het Hof ten slotte de volgende vraag voorgelegd:

Is de in de eerste vraag beschreven verplichting inhoudelijk ook zo duidelijk en nauwkeurig, dat de nationale rechter de daarmee strijdige bepalingen van nationaal recht buiten toepassing moet laten, wanneer deze hem verhinderen die verplichting na te komen, en dat hij die verplichting als bestanddeel van de communautaire rechtsorde rechtstreeks moet nakomen, ook al biedt het nationale recht geen rechtsgrondslag voor een dergelijk handelen?”

De ontvankelijkheid

- 25 Volgens het Bundesministerium en de Oostenrijkse regering is er eigenlijk geen hoofdgeding meer, daar de overeenkomst reeds volledig is uitgevoerd. De beantwoording van de prejudiciële vragen heeft dus geen belang meer, aangezien verzoeksters in het hoofdgeding in dit stadium alleen schadevergoeding kunnen verkrijgen en het BVergG hoe dan ook in die mogelijkheid voorziet.
- 26 De Commissie betwijfelt, of de gestelde vragen ontvankelijk zijn, doch is van mening, dat het arrest van het Hof gevolgen kan hebben voor het verdere verloop van het hoofdgeding, met name omdat de omvang van de eventueel aan verzoeksters in het hoofdgeding verschuldigde schadevergoeding door het antwoord op de prejudiciële vragen kan worden beïnvloed, en dat het antwoord op de eerste vraag de nietigheid van de overeenkomst of van het gunningsbesluit kan impliceren, zodat de tweede en de derde vraag moeten worden beantwoord.

- 27 In zijn beschikking heeft de verwijzende rechter opgemerkt, dat in het interne recht de vraag rees, of hij naar gemeenschapsrecht gerechtigd of verplicht was zijn beschikking van 4 april 1997, waarbij hij de eerste aanbestedingsprocedure had beëindigd met de vaststelling dat de opdracht niet aan de laagste inschrijver was gegund, te annuleren. Gelet op deze procedurekwestie blijven de prejudiciële vragen relevant, ook al is de in het hoofdgeding aan de orde zijnde aanbestedingsprocedure inmiddels reeds afgewikkeld.
- 28 In deze omstandigheden moet worden vastgesteld, dat het antwoord op de prejudiciële vragen gevolgen kan hebben voor de uitkomst van het hoofdgeding, zodat deze vragen ontvankelijk zijn.

De eerste vraag

- 29 Met zijn eerste vraag wenst de nationale rechter in wezen te vernemen, of artikel 2, lid 1, sub a en b, juncto artikel 2, lid 6, tweede alinea, van richtlijn 89/665 aldus moeten worden uitgelegd, dat de lidstaten ervoor moeten zorgen, dat tegen het aan het sluiten van de overeenkomst voorafgaande besluit waarbij de aanbestedende dienst kiest met welke inschrijver hij de overeenkomst wil sluiten, in elk geval een beroep kan worden ingesteld waarin de verzoeker de nietigverklaring van dit besluit kan vorderen wanneer aan de voorwaarden daarvoor is voldaan, los van de mogelijkheid om na het sluiten van de overeenkomst schadevergoeding te verkrijgen.
- 30 Artikel 2, lid 1, van richtlijn 89/665 noemt de maatregelen die in het kader van de door de lidstaten in hun nationaal recht in te voeren beroepsprocedures moeten kunnen worden genomen. Volgens punt a van deze bepaling gaat het om voorlopige maatregelen in kort geding. Punt b voorziet in de mogelijkheid onwettige besluiten nietig te verklaren of te doen verklaren en punt c betreft de toekenning van schadevergoeding.

- 31 Artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 89/665 bepaalt niet, van welke onwettige besluiten de nietigverklaring kan worden gevorderd. De gemeenschapswetgever heeft namelijk alleen bepaald, dat als onwettige besluiten in de zin van punt b onder meer zijn te beschouwen de besluiten betreffende discriminerende technische, economische of financiële specificaties in de documenten die verband houden met de betrokken aanbestedingsprocedure.
- 32 Uit de tekst van artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 89/665 valt evenwel niet af te leiden, dat een onwettig besluit tot gunning van een overheidsopdracht niet als een voor beroep tot nietigverklaring vatbaar onwettig besluit kan worden beschouwd.
- 33 Uit de eerste en de tweede overweging van de considerans van richtlijn 89/665 blijkt immers, dat zij enkel de op nationaal en communautair niveau bestaande voorzieningen versterkt teneinde een daadwerkelijke naleving van de gemeenschapsrichtlijnen inzake overheidsopdrachten te waarborgen, in het bijzonder in een stadium waarin de schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt (zie arrest van 11 augustus 1995, Commissie/Duitsland, C-433/93, Jurispr. blz. I-2303, punt 23).
- 34 Dienaangaande legt artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 de lidstaten de verplichting op, ervoor te zorgen dat doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld, teneinde de inachtneming van de gemeenschapsrichtlijnen inzake overheidsopdrachten te verzekeren.
- 35 Blijkens deze bepaling gaat het daarbij om beroepen die tegen de besluiten van de aanbestedende diensten worden ingesteld op grond dat door die besluiten het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat recht is omgezet, zijn geschonden, zonder enige beperking ter zake van de aard en inhoud van die besluiten.

- 36 Het Bundesministerium en de Oostenrijkse regering stellen, zakelijk weergegeven, dat het met artikel 2, lid 6, van richtlijn 89/665 strookt, dat de procedure voor het Bundesvergabeamt aldus is georganiseerd, dat het besluit van een aanbestedende dienst na het sluiten van een overeenkomst slechts in een nationale beroepsprocedure kan worden aangevochten voor zover de onwettigheid van dit besluit de verzoeker schade heeft berokkend, en dat eerstgenoemde procedure ertoe beperkt is de voorwaarden voor toekenning van schadevergoeding door de gewone rechter te vergemakkelijken.
- 37 Dienaangaande moet worden vastgesteld dat, zoals de advocaat-generaal in de punten 36 en 37 van zijn conclusie heeft opgemerkt, reeds uit de tekst van artikel 2, lid 6, van richtlijn 89/665 blijkt, dat de daarin besloten liggende beperking van de beroepsprocedures slechts de situatie na het sluiten van de overeenkomst ten gevolge op de gunning van de opdracht betreft. Zo maakt richtlijn 89/665 onderscheid tussen de fase vóór het sluiten van de overeenkomst, waarop artikel 2, lid 1, van toepassing is, en de daaraanvolgende fase, waarvoor een lidstaat volgens artikel 2, lid 6, tweede alinea, kan bepalen, dat de bevoegdheden van de voor beroepsprocedures verantwoordelijke instantie beperkt blijven tot het toekennen van schadevergoeding aan eenieder die door een schending werd gelaedeerd.
- 38 Bovendien kan de door het Bundesministerium en de Oostenrijkse regering voorgestelde uitlegging tot gevolg hebben, dat het belangrijkste besluit van de aanbestedende dienst, namelijk de gunning van de opdracht, systematisch ontsnapt aan de maatregelen die volgens artikel 2, lid 1, van richtlijn 89/665 in het kader van de in artikel 1 bedoelde beroepsprocedures moeten worden genomen. Aldus wordt afbreuk gedaan aan het in punt 34 van dit arrest in herinnering gebrachte doel van richtlijn 89/665, namelijk voorzien in doeltreffende en snelle procedures van beroep tegen onwettige besluiten van de aanbestedende dienst in een fase waarin de schendingen nog kunnen worden gecorrigeerd.
- 39 Verder wijst de Oostenrijkse regering erop, dat wanneer richtlijn 89/665 aldus zou moeten worden uitgelegd, dat zij een onderscheid maakt tussen het

gunningsbesluit en het sluiten van de overeenkomst, zij niet bepaalt, hoeveel tijd er tussen die twee fasen moet liggen. Dienaangaande verklaarde de regering van het Verenigd Koninkrijk ter terechtzitting, dat geen eenvormige tijdspanne kan worden vastgesteld, aangezien er verschillende soorten aanbestedingsprocedures zijn.

- 40 Het argument dat niet is bepaald, hoeveel tijd er tussen het gunningsbesluit en het sluiten van een overeenkomst moet liggen, kan niet slagen. Dat een uitdrukkelijke bepaling daarover ontbreekt, kan namelijk geen rechtvaardigingsgrond opleveren om richtlijn 89/665 aldus uit te leggen, dat de besluiten inzake gunning van overheidsopdrachten systematisch ontsnappen aan de maatregelen die volgens artikel 2, lid 1, van richtlijn 89/665 in het kader van de in artikel 1 bedoelde beroepsprocedures moeten worden genomen.
- 41 De regering van het Verenigd Koninkrijk voert nog aan, dat in richtlijn 93/36 geen sprake is van een tijdsspanne tussen het gunningsbesluit en het sluiten van een overeenkomst, en dat deze richtlijn, zoals uit de artikelen 7, 9 en 10 ervan blijkt, deze materie uitputtend regelt.
- 42 Zoals de advocaat-generaal in de punten 70 en 71 van zijn conclusie heeft verklaard, kan worden volstaan met de vaststelling, dat deze bepalingen overeenkomen met soortgelijke bepalingen in richtlijnen die zijn vastgesteld vóór richtlijn 89/665, volgens de eerste overweging van de considerans waarvan deze richtlijnen „geen specifieke bepalingen bevatten op grond waarvan een daadwerkelijke naleving van die richtlijnen kan worden gewaarborgd”.
- 43 Mitsdien moet artikel 2, lid 1, sub a en b, juncto lid 6, tweede alinea, van richtlijn 89/665 aldus worden uitgelegd, dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat tegen het aan het sluiten van de overeenkomst voorafgaande besluit waarbij de aanbestedende dienst kiest met welke inschrijver hij de overeenkomst wil sluiten, in elk geval beroep kan worden ingesteld waarin de verzoeker de nietigverklaring van dit besluit kan vorderen wanneer aan de voorwaarden

daarvoor is voldaan, los van de mogelijkheid om na het sluiten van de overeenkomst schadevergoeding te verkrijgen.

De tweede en de derde vraag

- 44 Met de tweede en de derde vraag, die tezamen moeten worden behandeld, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen, of artikel 2, lid 1, sub a en b, van richtlijn 89/665 aldus moet worden uitgelegd, dat de inzake procedures van plaatsing van overheidsopdrachten bevoegde beroepsinstanties van de lidstaten ook dan bevoegd zijn om onder de in deze bepaling gestelde voorwaarden kennis te nemen van beroepen, wanneer die bepaling niet volledig in nationaal recht is omgezet.
- 45 Dienaangaande zij vastgesteld, dat het Bundesvergabeamt volgens § 91, lid 2, BVergG bevoegd is om de wettigheid van de binnen de werkingssfeer van het BVergG vallende gunningsprocedures en -besluiten te onderzoeken, en dat, zoals de advocaat-generaal in punt 90 van zijn conclusie heeft opgemerkt, de nationale wetgever zijn verplichting om een beroepsinstantie in te stellen, derhalve is nagekomen.
- 46 Zoals de verwijzende rechter in zijn beschikking heeft opgemerkt (zie punten 20-22 van dit arrest) is het besluit waarbij de aanbestedende dienst beslist aan wie hij de opdracht gunt, evenwel een intern besluit van die dienst, dat naar Oostenrijks recht niet naar buiten treedt.

- 47 Volgens de toelichtingen van de verwijzende rechter maakt de staat als aanbestedende dienst in de gunningsprocedure immers gebruik van de regels, vormen en middelen van het civiele recht, zodat de overheidsopdracht wordt gegund door het sluiten van een overeenkomst tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver.
- 48 Aangezien de verklaring van gunning van de opdracht en het sluiten van de overeenkomst in de praktijk samenvallen, ontbreekt in een dergelijk systeem een bestuursrechtelijke handeling waarvan de belanghebbenden kennis kunnen krijgen, en die vatbaar is voor een beroep tot nietigverklaring, zoals door artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 89/665 wordt voorgeschreven.
- 49 In deze omstandigheden, namelijk bij twijfel of de nationale rechter de justitiabelen een beroepsrecht inzake de plaatsing van overheidsopdrachten onder de voorwaarden van richtlijn 89/665, in het bijzonder artikel 2, lid 1, sub a en b, daarvan, kan toekennen, kunnen de betrokkenen, wanneer de nationale bepalingen niet in overeenstemming met richtlijn 89/665 kunnen worden uitgelegd, volgens de procedures van het nationale recht vergoeding vorderen van de schade die zij hebben geleden doordat de richtlijn niet binnen de gestelde termijn is uitgevoerd (zie met name arrest van 8 oktober 1996, Dillenkofer e.a., C-178/94, C-179/94 en C-188/94—C-190/94, Jurispr. blz. I-4845).
- 50 Mitsdien moet op de tweede en de derde vraag worden geantwoord, dat artikel 2, lid 1, sub a en b, van richtlijn 89/665 niet aldus kan worden uitgelegd, dat de inzake de procedures van plaatsing van overheidsopdrachten bevoegde beroepsinstanties van de lidstaten ook dan bevoegd zijn om onder de in deze bepaling gestelde voorwaarden kennis te nemen van beroepen, wanneer een voor beroep tot nietigverklaring vatbaar gunningsbesluit ontbreekt.

Kosten

- 51 De kosten door de Oostenrijkse en de Duitse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk, alsook de Commissie en de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA 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 3 maart 1998 gestelde vragen, verklaart voor recht:

- 1) Artikel 2, lid 1, sub a en b, juncto lid 6, tweede alinea, 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, moet aldus worden uitgelegd, dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat tegen het aan het sluiten van de

overeenkomst voorafgaande besluit waarbij de aanbestedende dienst kiest met welke inschrijver hij de overeenkomst wil sluiten, in elk geval een beroep kan worden ingesteld waarin de verzoeker de nietigverklaring van dit besluit kan vorderen wanneer aan de voorwaarden daarvoor is voldaan, los van de mogelijkheid om na het sluiten van de overeenkomst schadevergoeding te verkrijgen.

- 2) Artikel 2, lid 1, sub a en b, van richtlijn 89/665 kan niet aldus worden uitgelegd, dat de inzake de procedures van plaatsing van overheidsopdrachten bevoegde beroepsinstanties van de lidstaten ook dan bevoegd zijn om onder de in deze bepaling gestelde voorwaarden kennis te nemen van beroepen, wanneer een voor beroep tot nietigverklaring vatbaar gunningsbesluit ontbreekt.

Kapteyn

Hirsch

Ragnemalm

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 28 oktober 1999.

De griffier

De president van de Zesde kamer

R. Grass

J. C. Moitinho de Almeida