

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
L. A. GEELHOED

van 10 oktober 2002¹

I — Inleiding

1. Dit verzoek om een prejudiciële beslissing van het Oostenrijkse Bundesvergabebureau betreft de interpretatie van bepaalde artikelen van richtlijn 89/665/EEG² en van richtlijn 93/36/EEG.³ Meer in het bijzonder gaat het erom te weten of de beroepsinstantie in gedingen over aanbestedingen ambtshalve en onafhankelijk van de door partijen aangevoerde middelen, feiten en omstandigheden in aanmerking mag nemen die zij voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de aanbestedingsprocedure van belang acht. Voorts wil de verwijzende rechter weten of zo'n ambtshalve genomen beslissing gevolgen kan hebben voor de bevoegdheid van de klager om een vordering tot schadevergoeding in te stellen wegens onregelmatigheden bij de aanbesteding. Daarnaast zijn vragen gesteld over het geoorloofd zijn van enkele criteria die in de aanbestedingsprocedure in het hoofdeding zijn gehanteerd.

1 — Oorspronkelijke taal: Nederlands.

2 — Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende 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).

3 — 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).

II — Het juridisch kader

A — *Het Gemeenschapsrecht*

2. Artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665, zoals gewijzigd bij artikel 41 van richtlijn 92/50, bepaalt:

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

3. Artikel 2, leden 1, 6 en 8, van richtlijn 89/665 bepaalt:

overeenkomst die na de gunning van een opdracht is gesloten, worden door het nationale recht bepaald.

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

Behalve indien vóór de toekenning van schadevergoeding een besluit vernietigd moet worden, kan een lidstaat bepalen dat na de sluiting van de overeenkomst ingevolge de gunning van een opdracht, de bevoegdheden van de voor beroepsprocedures verantwoordelijke instantie beperkt blijven tot het toekennen van schadevergoeding aan een ieder die door een schending wordt gelaedeerd.

[...]

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

[...]

c) schadevergoeding toe te kennen aan degenen die door een schending zijn gelaedeerd.

8. 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 [thans artikel 234 EG] en onafhankelijk is van de aanbestedende diensten en de basisinstantie.

[...]

6. De gevolgen van de uitoefening van de in lid 1 bedoelde bevoegdheden voor een

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. Tenminste 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.”

4. Artikel 15, lid 1, van richtlijn 93/36, dat deel uitmaakt van hoofdstuk 1 (gemeenschappelijke regels inzake deelneming) van titel IV, bepaalt:

„De gunning geschiedt, met inachtneming van artikel 16, op de grondslag van de in hoofdstuk 3 van deze titel vervatte criteria, nadat de geschiktheid van leveranciers die niet uit hoofde van artikel 20 zijn uitgesloten, door de aanbestedende diensten is nagegaan overeenkomstig de in de artikelen 22, 23 en 24 vermelde criteria betreffende de economische en financiële draagkracht en technische bekwaamheid.”

5. Artikel 23, lid 1, van richtlijn 93/36, deel uitmakend van hoofdstuk 2 (criteria

voor de kwalitatieve selectie) van titel IV, luidt:

„De technische bekwaamheid van de leverancier kan op een of meer van de volgende manieren worden bewezen, afhankelijk van de aard, de hoeveelheid en het gebruik van de te leveren producten:

a) aan de hand van een lijst van de voornaamste leveringen die hij gedurende de afgelopen drie jaar heeft verricht, met vermelding van hun bedrag en datum en van de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren:

— in geval van levering aan de overheid, worden de leveringen aange-toond door certificaten die door de bevoegde autoriteit zijn opgesteld of goedgekeurd;

— in geval van levering aan particulieren, worden de certificaten opgesteld door de koper; bij ontstentenis daarvan is een verklaring van de leverancier toegelaten,

[...]

- d) aan de hand van monsters, beschrijvingen en/of foto's van de te leveren producten, waarvan op verzoek van de aanbestedende dienst de echtheid moet kunnen worden bevestigd;

B — *Het nationale recht*

7. Zowel richtlijn 93/36 als richtlijn 89/665 zijn middels het Bundesvergabegesetz⁴ (Wet openbare aanbestedingen; hierna ook: „BVerG”) in Oostenrijks recht omgezet.

[...].”

8. § 113 van deze wet bepaalt:

6. Ingevolge artikel 26, lid 1, van richtlijn 93/36, onderdeel van hoofdstuk 3 (gunningscriteria) van titel IV geldt:

„1. Het Bundesvergabeamt is bevoegd om op verzoek recht te spreken in de beroepsprocedure met inachtneming van de bepalingen van het volgende hoofdstuk

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

2. Het Bundesvergabeamt is tot op het tijdstip van de gunning bevoegd om ter opheffing van overtredingen van dit Bundesgesetz en van de uitvoeringsbesluiten daarvan

a) hetzij alleen de laagste prijs

1. voorlopige maatregelen te nemen, als ook

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

2. onwettige besluiten van de aanbestedende dienst nietig te verklaren.

⁴ — Bundesvergabegesetz 1997, BGBl. I, 1997/56.

3. Na gunning van een opdracht of na de beëindiging van de aanbestedingsprocedure is het Bundesvergabeamt bevoegd vast te stellen, of als gevolg van een overtreding van deze wet of de hierop gebaseerde besluiten de opdracht niet aan de beste inschrijver is gegund.

[...]"

9. § 115, leden 1 en 5, luidt als volgt:

„1. Een ondernemer die stelt belang bij het sluiten van een onder deze wet vallende overeenkomst te hebben, kan tegen een beslissing van de opdrachtgever in de aanbestedingsprocedure beroep wegens onrechtmatigheid instellen, voorzover hij door die beweerde onrechtmatigheid schade heeft geleden of dreigt te zullen leiden.

[...]

I - 6358

5. Het beroepschrift dient te omvatten:

- 1) een nauwkeurige aanduiding van de betrokken aanbestedingsprocedure en van het betwiste besluit,

[...]”

10. Overeenkomstig § II, lid 2, sub c, punt 40a, van het Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1991 (wet tot invoering van de wet administratieve rechtspleging 1991) is het Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (algemene wet administratieve rechtspleging 1991) van toepassing op de administratieve procedure van het Bundesvergabeamt.

11. § 39, leden 1 en 2, van de algemene wet administratieve rechtspleging 1991 bepaalt:

„1. Op de uitvoering van de onderzoeksprocedure zijn de administratiefrechtelijke voorschriften van toepassing

2. Voorzover de administratiefrechtelijke voorschriften hierover niets bevatten, dient

de instantie ambtshalve te handelen en met inachtneming van de in dit deel opgenomen bepalingen het verloop van de onderzoeksprocedure te bepalen.

netto ATS 4 174 290, en die van een andere inschrijver ATS 4 168 690 exclusief BTW.

14. In het bestek werd onder punt B.1.13, „Beoordeling van de inschrijving”, het volgende bepaald:

„B.1.13 Beoordeling van de inschrijving

De technische en economisch voordeligste inschrijving wordt aangewezen volgens het beginsel van de beste inschrijver. Als basisvoorwaarde geldt, dat de aangeboden voertuigen aan het bestek voldoen.

De beoordeling geschiedt als volgt:

Bij de beoordeling van de inschrijvingen moet de beste inschrijver telkens als uitgangspunt worden genomen en wordt het aantal punten in verhouding tot de beste inschrijver berekend.

[...]

[...]

III — Feiten in het hoofdgeding en verloop van de procedure

12. De Autobahnmeisterei St. Michael/Lungau schreef op 2 maart 2000 voor de Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Aktiengesellschaft als aanbestedende dienst een openbare aanbestedingsprocedure op Europees niveau uit voor de levering van een „bijzonder voertuig: nieuwe, bedrijfsklare en wettelijk toegelaten straatveegmachine voor de Phyrn-autobaan A9, bestemd voor Autobahnmeisterei Kalwang”.

13. De opening van de inschrijving vond plaats op 25 april 2000. Naast vier andere inschrijvers diende verzoekster in het hoofdgeding, GAT Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (hierna: „GAT”), als algemeen vertegenwoordigster van de Duitse fabrikant Bucher-Schörling in Oostenrijk, een offerte in voor de prijs van ATS 3 547 020 exclusief BTW. De offerte van de firma ÖAF & Steyr bedroeg

2) Overige criteria

Voor overige criteria worden maximaal 100 punten gegeven, die in de eindbeoordeling voor 20 % meetellen.

2.1. Referentielijst van klanten van veegmachines in het Alpen/EU-gebied (referentie in de Duitse taal): telt mee voor 20 punten.

Beoordelingsformule:

Hoogste aantal klanten, gedeeld door het op één na hoogste aantal, maal 20 punten.”

15. Op 16 mei wees de opdrachtgever de inschrijving van GAT af met als motivering, dat deze niet aan het bestek voldeed omdat de aangeboden veegmachine voor voetpaden slechts tot temperaturen van 0° C kon worden ingezet, terwijl de eis in het bestek minstens -5° C bedroeg. Bovendien zou verzoekster de opdrachtgever ondanks zijn verzoek niet in staat hebben gesteld, het apparaat — zoals in het bestek was voorgeschreven — binnen een straal van 300 km rond de plaats waarop de aanbesteding betrekking had, te bezichti-

gen. Voorts betwijfelde de opdrachtgever, of de prijs van verzoeksters inschrijving wel gepast was. Ook had verzoekster volgens de opdrachtgever ondanks zijn verzoek niet voldoende duidelijk gemaakt, hoe de reiniging van de reflectoren van de door haar aangeboden machine technisch dient te geschieden.

16. Overeenkomstig het aanbestedingsvoorstel van 31 juli 2000, werd de opdracht bij brief van 23 augustus 2000 aan de onderneming ÖAF & Steyr Nutzfahrzeuge OHG gegund. Aan de overige inschrijvers werd bij brief van 12 juli 2000 meegedeeld, dat de opdracht aan een ander was toegevozen. GAT werd bij brief van 17 juli 2000 ingelicht over de afwijzing van haar inschrijving, en bij brief van 5 oktober 2000 werd haar meegedeeld aan wie de opdracht was gegund en voor welk bedrag.

17. Op 17 november 2000 stelde verzoekster beroep in tot vaststelling dat de opdracht in de aanbestedingsprocedure niet aan de beste inschrijver was gegund, en voerde zij aan dat haar aanbieding wederrechtelijk was afgewezen. De technische beschrijving van de reiniging van de reflectoren in de bijlage bij haar inschrijving was naar haar mening voor een vakman voldoende duidelijk. Bovendien stelde verzoekster, dat zij de opdrachtgever voor een bezichtiging van de fabriek van haar leverancier had uitgenodigd. GAT betoogde ook dat het door de opdrachtgever vastgestelde gunningscriterium „Mogelijkheid tot bezichtiging van het voorwerp van de aanbesteding binnen een straal van 300 km rond de plaats van aanbesteding” in strijd is met het gemeenschapsrecht, omdat dit een indirecte discriminatie

inhoudt. De opdrachtgever had naar haar mening alle referentieobjecten in Europa in aanmerking moeten nemen. Bovendien mocht dit criterium alleen als gunningscriterium worden gebruikt, en niet als geschiktheids criterium, zoals de opdrachtgever ten onrechte achteraf heeft gedaan. Ook merkte zij op dat het weliswaar juist is, dat de door haar aangeboden basisversie van de straatveegmachine slechts tot 0 °C kan worden ingezet, maar de opdrachtgever heeft de mogelijkheid opgehouden, een extra voorziening aan te schaffen. Met die extra voorziening kan de machine overeenkomstig het bestek tot -5 °C worden ingezet. Tot slot was de prijs van haar aanbieding niet ongepast. Verzoekster stelt, dat zij de opdrachtgever een afdoende verklaring voor de lage prijs heeft kunnen geven.

IV — Prejudiciële vragen

18. Aangezien naar het oordeel van het Bundesvergabeamt een uitspraak van het Hof noodzakelijk is, heeft het Bundesvergabeamt bij beschikking van 11 juli 2001 de volgende prejudiciële vragen aan het Hof voorgelegd:

„1) a) Kan uit artikel 2, lid 8, van richtlijn 89/665/EEG betreffende de beroepsprocedures inzake overheidsopdrachten dan wel uit een andere bepaling van richtlijn 89/665/EEG of van het gemeenschapsrecht worden afgeleid, dat het de instantie die bevoegd is voor de uitvoering van de beroepspro-

cedures in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665/EEG — met inbegrip van de uitvoering van de in artikel 2, lid 1, sub c, genoemde opdrachten —, verboden is, ambtshalve en onafhankelijk van de door partijen in de beroepsprocedure aangevoerde middelen, voor de aanbestedingsprocedure relevante omstandigheden in aanmerking te nemen die volgens de voor de toepassing van de beroepsprocedure bevoegde instantie voor de beslissing in deze beroepsprocedure van belang zijn?

- 1) b) Verzet artikel 2, lid 1, sub c, van richtlijn 89/665/EEG, eventueel in samenhang met andere beginselen van het gemeenschapsrecht, zich tegen een besluit van de instantie die bevoegd is voor de uitvoering van de beroepsprocedures in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665/EEG — met inbegrip van de uitvoering van de in artikel 2, lid 1, sub c, genoemde opdrachten —, waarbij een indirect op de verkrijging van schadevergoeding gericht verzoek van een inschrijver wordt afgewezen, indien de aanbestedingsprocedure reeds onrechtmatig was op grond van een ander dan het door desbetreffende inschrijver betwiste besluit van de aanbestedende dienst, omdat de eventuele schade van de inschrijver in dat geval ook onafhankelijk van het betwiste besluit om andere redenen zou zijn ontstaan?
- 2) Indien vraag 1a ontkennend wordt beantwoord: verbiedt richtlijn 93/36/EEG inzake de coördinatie van

de procedures voor overheidsopdrachten, en met name de artikelen 15 tot en met 26 ervan, dat de aanbestedende dienst tijdens een aanbestedingsprocedure referenties over de door de inschrijvers aangeboden producten niet in aanmerking neemt bij de beoordeling van de geschiktheid van de inschrijver, maar deze als gunningscriterium beschouwt, zodat een negatieve beoordeling van deze referenties niet tot uitsluiting van de bieder van de aanbestedingsprocedure leidt, maar alleen tot gevolg heeft, dat een inschrijving in het kader van een puntensysteem — waarbij bijvoorbeeld een negatieve beoordeling van de referenties door een lagere prijs kan worden gecompenseerd — een minder gunstige beoordeling krijgt?

3) Indien de vragen 1a en 2 ontkennend worden beantwoord: is een gunningscriterium op grond waarvan referenties over producten aldus worden beoordeeld, dat alleen het aantal referenties wordt geteld, en niet inhoudelijk wordt onderzocht of de ervaringen van de opdrachtgevers met het product goed of slecht waren, en waarbij bovendien alleen referenties uit het EU/Alpengebied in aanmerking worden genomen, verenigbaar met de desbetreffende bepalingen van het gemeenschapsrecht — met inbegrip van artikel 26 van richtlijn 93/36/EEG —, het beginsel van gelijke behandeling, en de volkenrechtelijke verplichtingen van de Gemeenschappen?

4) Is een gunningscriterium op grond waarvan een gunstige beoordeling alleen mogelijk is wanneer het voor-

werp van de aanbesteding binnen een straal van 300 km rond de plaats van aanbesteding kan worden bezichtigd, verenigbaar met de bepalingen van het gemeenschapsrecht, en met name met het beginsel van gelijke behandeling?

5) Indien vraag 2 bevestigend, of vraag 3 of 4 ontkennend wordt beantwoord: moet artikel 2, lid 1, sub c, van richtlijn 89/665/EEG, eventueel in samenhang met andere beginselen van het gemeenschapsrecht, aldus worden uitgelegd dat indien de inbreuk van de aanbestedende dienst uit de vaststelling van een onrechtmatig gunningscriterium bestaat, de inschrijver alleen dan recht op schadevergoeding heeft indien concreet kan worden bewezen dat hij zonder dat onrechtmatig gunningscriterium de beste inschrijver zou zijn geweest?"

V — Beoordeling

19. In deze procedure zijn bij het Hof schriftelijke opmerkingen ingediend door GAT, de Oostenrijkse regering en de Commissie. Zowel de Commissie als de Oostenrijkse regering hebben de ontvankelijkheid van de vragen betwist. Hieronder wordt eerst op dit aspect ingegaan.

A — *Bevoegdheid van het Bundesvergabeamt om prejudiciële vragen te stellen*

B — *Ontvankelijkheid prejudiciële vragen*

20. De Commissie betwijfelt of de vragen wel ontvankelijk zijn, daar de beslissingen van het Bundesvergabeamt geen rechtsprekend karakter zouden hebben. Zij verwijst naar haar opmerkingen die zij heeft gemaakt in de bij het Hof aanhangige zaak C-314/00, Siemens en Arge. In die zaak merkt de Commissie op dat het Bundesvergabeamt wel voldoet aan de criteria van een rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG, zoals deze door het Hof in zijn rechtspraak zijn gesteld, maar zij betwijfelt het rechtsprekende karakter van diens uitspraken. In dat verband wijst zij op de rechtspraak waarin het Hof heeft uitgemaakt dat een nationale rechter enkel bevoegd is tot een verwijzing naar het Hof, indien bij hem een geding aanhangig is gemaakt en hij uitspraak moet doen in het kader van een procedure die moet uitmonden in een beslissing die de kenmerken vertoont van een rechterlijke uitspraak. In het bijzonder verwijst de Commissie naar de zaken C-134/97, Victoria Film A/S⁵, en C-178/99, Salzmann⁶. De Commissie twijfelt aan het rechtsprekende karakter van de uitspraken omdat de verwijzende rechter in de zaak C-314/00 zou hebben opgemerkt dat de beschikkingen van het Bundesvergabeamt in de zin van § 113, lid 2, tweede zin, BVergG geen voor executie vatbare opdracht aan de aanbestedende dienst inhouden. Onder die omstandigheden sluit de Commissie niet uit dat de beslissingen van het Bundesvergabeamt niet de kenmerken vertonen van een rechtelijke uitspraak.

21. De Oostenrijkse regering meent dat de vragen 1a en 5 niet-ontvankelijk zijn. Zij meent uit de verwijzingsbeschikking te kunnen opmaken dat deze vragen zijn gesteld in een procedure op basis van § 113, lid 3, BVergG. Volgens de Oostenrijkse regering is deze procedure geen beroepsprocedure in de zin van richtlijn 89/665, maar een vaststellingsprocedure. In dat verband licht de Oostenrijkse regering toe dat de wetgever de door artikel 2, lid 6, tweede zin, van richtlijn 89/665 geboden keuzemogelijkheid heeft benut door te bepalen dat na het sluiten van de overeenkomst ingevolge de gunning slechts schadevergoeding kan worden gevorderd. De Oostenrijkse regering licht toe dat het Bundesvergabeamt bevoegd is voor de beroepsprocedures in de zin van de richtlijn. Deze instantie heeft evenwel niet de bevoegdheden als bedoeld in artikel 2, lid 1, sub c, van richtlijn 89/665 gekregen. Op basis van § 113, lid 3, moet het Bundesvergabeamt zich, na het sluiten van de overeenkomst, beperken tot het vaststellen of er al dan niet sprake is van een schending van het aanbestedingsrecht (zie voor een vergelijkbare bepaling § 117, lid 3, BVergG). De reden voor de toebedeling van deze taak aan het Bundesvergabeamt is proceseconomisch van aard. Ten eerste is het Bundesvergabeamt, als deskundige op het terrein van aanbestedingen, hiervoor het meest geschikt. Voorts kunnen hiermee mogelijke divergenties in de rechtspraak, onnodige proceskosten en een langere proceduur worden voorkomen. Voor het toekennen van schadevergoeding is echter de civiele rechter bevoegd. De vaststellingsprocedure voor het Bundesvergabeamt

⁵ — Arrest van 12 november 1998 (Jurispr. blz. I-7023, punt 14).

⁶ — Arrest van 14 juni 2001 (Jurispr. blz. I-4421, punt 14).

dient vooraf te gaan aan de eventuele schadevergoedingsactie bij de civiele rechter, omdat anders ingevolge § 125, lid 2, BVergG de vordering niet-ontvankelijk is. In hetzelfde artikel is tevens bepaald dat partijen en de civiele rechter gebonden zijn aan de vaststelling van het Bundesvergabeamt. Volgens de Oostenrijkse regering volgt uit het voorgaande dat de vaststellingsprocedure geen procedure in de zin van richtlijn 89/665 is en dat bijgevolg een antwoord op de vragen 1a en 5 niet nodig is voor de beslissing in het hoofdgeding.

C — Oordeel

22. De Commissie ontkent niet dat deze instelling voldoet aan de criteria van een rechterlijke instelling, zoals deze door het Hof in eerdere rechtspraak zijn ontwikkeld. Zij stelt zich echter de vraag of de beslissingen van het Bundesvergabeamt uitmonden in een beslissing die de kenmerken vertoont van een rechterlijke uitspraak. De Oostenrijkse regering daarentegen beperkt de exceptie van niet-ontvankelijkheid tot de gestelde prejudiciële vragen 1a en 5. Volgens deze regering heeft het Bundesvergabeamt deze antwoorden niet nodig om tot een uitspraak te komen. De gestelde vragen hebben immers betrekking op aspecten waaromtrent deze instelling niet bevoegd is.

23. Hieronder zal ik eerst ingaan op de exceptie, zoals deze door de Commissie is opgeworpen. Hierover kan ik kort zijn. Dat sprake is van een rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG staat niet ter discussie. Het Hof heeft dit reeds meerder malen (impliciet) erkend.⁷ De vraag of de beslissingen van het Bundesvergabeamt ook meermalen de kenmerken van een rechterlijke uitspraak hebben is onlangs aan de orde geweest in de conclusie van advocaat-generaal Mischo in de zaak C-411/00, Felix Swoboda.⁸ Hij wijst er terecht op dat een instelling zeer wel beslissingen kan nemen die de kenmerken hebben van een rechterlijke uitspraak, ook al beschikt de betreffende instelling niet over de bevoegdheid tot het geven van voor executie vatbare rechtelijke bevelen. Ter illustratie wijst hij op dit Hof dat, uitgezonderd de gevallen waarin in kort geding uitspraak wordt gedaan, ook niet over een dergelijke bevoegdheid beschikt. Ik sluit mij bij deze zienswijze aan. Zoals in voornoemde conclusie wordt opgemerkt beschikt het Bundesvergabeamt dan wel niet over dwangmiddelen om zijn uitspraak jegens de aanbestedende dienst kracht bij te zetten, deze instantie is wel bevoegd tot nietigverklaring en zijn uitspraken zijn bindend. In de zaak waarin advocaat-generaal Mischo heeft geconcludeerd, betrof het eveneens een geval waarin het Bundesvergabeamt het besluit van de aanbestedende dienst niet meer kon vernietigen, omdat de gunningsovereenkomst reeds was gesloten en ingevolge de Oostenrijkse wetgeving dan slechts nog schadevergoeding kan worden

7 — Zie bijvoorbeeld arresten van 15 januari 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. (C-44/96, Jurispr. blz. I-73); 24 september 1998, Tögel (C-76/97, Jurispr. blz. I-5357); 24 september 1998, EvoBus Austria (C-111/97, Jurispr. blz. I-5411); 16 september 1999, Fracasso und Leitschutz (C-27/98, Jurispr. blz. I-5697); 28 oktober 1998, Alcatel Austria e.a. (C-81/98, Jurispr. blz. I-7671); 7 december 2000, Teleaustria en Telefonadress (C-324/98, Jurispr. blz. I-10745), en 7 december 2000, ARGE, (C-94/99, Jurispr. blz. I-11037).

8 — Conclusie van 18 april 2002 (C-411/00, arrest van 14 november 2002, Jurispr. blz. I-10567, blz. I-10570).

gevorderd. In dat geval resteert ingevolge § 113, lid 3, BVergG voor het Bundesvergabeamt de bevoegdheid te beoordelen of de opdracht niet aan de beste bieder is gegund. Een dergelijke uitspraak is niet zonder betekenis. Ten eerste blijkt uit § 125, lid 2, BVergG dat een dergelijke procedure voor het Bundesvergabeamt noodzakelijk is op straffe van niet-ontvankelijkheid voor een daaropvolgende schadevergoedingsactie voor de civiele rechter. Ten tweede zijn partijen en de civiele rechter aan het oordeel van het Bundesvergabeamt gebonden. Ik sluit mij dus aan bij de conclusie van advocaat-generaal Mischo dat het Bundesvergabeamt, als zijnde een rechtsprekende instantie, bevoegd is tot het stellen van prejudiciële vragen.

24. Vervolgens moet worden onderzocht of ook alle gestelde vragen — hetgeen door de Oostenrijkse regering bestreden is — ontvankelijk zijn. Oostenrijk stelt dat de vaststellingsprocedures geen beroepsprocedures in de zin van richtlijn 89/665 zijn. Deze opvatting kan ik niet delen.

25. Uit de systematiek van de Oostenrijkse wetgeving blijkt dat de bevoegdheden van artikel 2, lid 1, sub a en b, van de richtlijn zijn toebedeeld aan het Bundesvergabeamt en de bevoegdheid van artikel 2, lid 1, sub c, aan de civiele rechter. Bij deze taakverdeling heeft de Oostenrijkse wetgever gebruik gemaakt van artikel 2, lid 2, van de richtlijn. Vervolgens heeft Oostenrijk gebruik gemaakt van de mogelijkheid voorzien in artikel 2, lid 6, van de richtlijn. Ingevolge deze bepaling kunnen de lidstaten ervoor opteren om de bevoegdheden van de voor de beroepsprocedures bevoegde instantie te beperken tot het

toekennen van schadevergoeding aan eenieder die door een schending werd gelaedeerd indien de overeenkomst ingevolge de gunning van de opdracht al is gesloten.

26. De richtlijn verplicht de lidstaten te voorzien in bevoegdheden die verband houden met kort-gedingprocedures, nietigheidprocedures en schadevergoedingsprocedures. Dat de Oostenrijkse wetgever binnen haar interne rechtsorde vervolgens in het kader van schadevergoedingsprocedures voorzien heeft in een tweetrapsprocedure (de door de Oostenrijkse regering zogenoemde vaststellingsprocedure voor het Bundesvergabeamt en de eigenlijke schadevergoedingsprocedure voor de civiele rechter) doet niet af aan de bevoegdheid van het Bundesvergabeamt om prejudiciële vragen te kunnen stellen. Temeer niet omdat de civiele rechter is gebonden aan de uitspraak van het Bundesvergabeamt. De procedures zijn dus nauw met elkaar verknocht. Het zou strijdig zijn met de nuttige werking van de richtlijn als het Bundesvergabeamt in een door de Oostenrijkse regering zogenoemde vaststellingsprocedure geen prejudiciële vragen zou kunnen stellen.

27. Uit het systeem van de Oostenrijkse wetgeving vloeit immers voort dat het Bundesvergabeamt vaststelt of voldaan is aan de eisen die uit de aanbestedingsrichtlijnen voortvloeien. Deze vaststelling, zoals al is aangegeven in bovenstaande punten, sorteert rechtsgevolgen, omdat op basis daarvan een schadevergoedingsactie kan worden ingesteld bij de civiele rechter. Omdat de uitspraken van het Bundesvergabeamt rechtsgevolgen hebben, kunnen in het kader van de vaststellingsprocedure, waarin nota bene moet worden getoetst of

het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, dan wel de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht is omgezet, is geschonden wel terdege prejudiciële vragen worden gesteld.

28. Ik kan derhalve de stelling van de Oostenrijkse regering, namelijk dat de eerst gestelde vraag niet relevant zou zijn, niet delen. Het is juist deze instantie bij uitstek die moet beoordelen of er sprake is van een inbreuk. Zij heeft er belang bij om te weten of zij ook ambtshalve aspecten bij de zaak kan betrekken die door partijen niet zijn aangevoerd. Anders ligt dat bij de vijfde vraag. Deze vraag heeft betrekking op de vraag wanneer de inschrijver recht heeft op schadevergoeding. Dat is naar Oostenrijks recht een kwestie voor de civiele rechter. De vraag of er in concreto recht bestaat op schadevergoeding is derhalve een vraag welke door die rechter, overeenkomstig zijn nationale recht, beantwoord dient te worden.

29. Ik concludeer derhalve dat het Oostenrijkse Bundesvergabeamt bevoegd is tot het stellen van prejudiciële vragen en dat alle door deze instantie gestelde vragen ontvankelijk zijn, met uitzondering van vraag vijf.

VI — Ten gronde

A — *Vraag 1a*

30. Met deze vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of het ambtshalve

betrekken van voor de aanbestedingsprocedure relevante omstandigheden in strijd is met artikel 2, lid 8, van de richtlijn, dan wel met enige andere bepaling van de richtlijn of van het gemeenschapsrecht.

31. In de verwijzingsbeschikking licht het Bundesvergabeamt toe dat het ingevolge § 39, lid 2, AVG ambtshalve uitspraak moet doen en derhalve moet onderzoeken of ook andere gunningscriteria dan de door verzoekster betwiste rechtmatig zijn. Indien blijkt dat ook andere criteria onrechtmatig zijn, kan dit ertoe leiden dat het beroep wordt afgewezen. Het Bundesvergabeamt acht deze consequentie uit de formulering van § 113, lid 3, BVergG, in samenhang met het beginsel van het ambtshalve handelen bij administratieve procedures, in beginsel verenigbaar met het gemeenschapsrecht. Maar gezien de geest van het in § 113, lid 3, BVergG bepaalde, kan worden betwijfeld of deze consequentie ook voldoet aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming.

32. Voorts merkt de verwijzende rechter op dat hij in beginsel geen gemeenschapsrechtelijke bepalingen ziet op grond waarvan het ambtshalve handelen niet zou zijn toegelaten, hoewel een zekere spanning tussen het ambtshalve handelen in administratieve procedures en een procedure op tegenspraak niet wordt ontkend.

33. Niettemin ziet het Bundesvergabeamt zich genoodzaakt op basis van artikel 234,

derde alinea, EG vragen hieromtrent te stellen. Directe aanleiding is het arrest van 8 maart 2001 van het Bundesverfassungsgericht (het Oostenrijkse Constitutionele Hof). Daarin zijn vragen gerezen over de verenigbaarheid van het ambtshalve handelen met het in artikel 2, lid 8, van richtlijn 89/665 voorgeschreven beginsel van een beroepsprocedure op tegenspraak. Het Oostenrijkse Constitutionele Hof heeft een aantal beslissingen van het Bundesvergabeamt vernietigd met als motivering dat deze instelling ambtshalve wederrechtelijke aspecten van de aanbestedingsprocedure in aanmerking heeft genomen.

ambtshalve optreden, strekken er in wezen toe dat het ambtshalve betrekken van omstandigheden bij de beoordeling, die niet door partijen zijn aangevoerd, strijdig zou zijn met de richtlijn.

34. De Commissie merkt op dat de richtlijn niet voorschrijft dat het verloop van de beroepsprocedure voor een onafhankelijke instantie in de zin van artikel 2, lid 8, van richtlijn 89/665 uitsluitend gebaseerd dient te zijn op de door partijen aangevoerde middelen en dat derhalve niet is uitgesloten dat deze instantie ambtshalve relevante omstandigheden bij de beoordeling betreft, zolang zij maar het recht hebben gehoord te worden. Ook de Oostenrijkse regering, die daarvoor verwijst naar haar opmerkingen ingediend in de zaak *Primetzhofer*⁹, meent dat ambtshalve handelen geen strijd oplevert met het eerste deel van de laatste zin in artikel 2, lid 8, van de richtlijn.

36. Allereerst moet worden opgemerkt dat het Bundesvergabeamt een rechterlijke instantie is in de zin van artikel 234 EG. Eerder heeft het Hof verduidelijkt dat ingevolge artikel 2, lid 8, eerste alinea, de lidstaten de keuze hebben tussen twee oplossingen bij de organisatie van een controlestelsel inzake overheidsopdrachten. Of een rechterlijke instantie wordt bevoegd verklaard, óf een „basisinstantie”, niet zijnde een rechterlijke instantie wordt bevoegd verklaard, in welk geval beroep open moet staan bij een rechterlijke instantie of een andere instantie, die dan, om een doeltreffend beroep te verzekeren, moet voldoen aan de bijzondere eisen van artikel 2, lid 8, tweede alinea, van richtlijn 89/665.¹⁰ Aangezien het Bundesvergabeamt is te zien als een rechterlijke instantie („de eerste optie”), is deze garantiebepaling niet van toepassing. De opmerkingen van de Oostenrijkse regering en ook van de Commissie, namelijk dat het ambtshalve handelen geen strijd oplevert met het eerste deel van de laatste zin in artikel 2, lid 8, van de richtlijn, zijn derhalve in casu irrelevant. De vraag blijft echter relevant, omdat de verwijzende rechter de vraag ook stelt in het licht van zijn optreden als „rechterlijke instantie”. Bovendien is het feit dat uit-

35. De opmerkingen van GAT, die zich met name concentreren op de gevolgen van het

⁹ — Deze zaak is inmiddels beëindigd, zie beschikking van 11 juli 2002 (C-464/00, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie).

¹⁰ — Arrest van 4 februari 1999, Köllensperger en Atzwanger (C-103/97, Jurispr. blz. I-551, punten 27-30). Zie ook arrest van 4 maart 1999, HI (C-258/97, Jurispr. blz. I-1405, punten 14-19).

spraak wordt gedaan na een procedure op tegenspraak een van de factoren die het Hof in aanmerking neemt om te beoordelen of sprake is van een rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG.

B — *vraag 1b*

37. Om de hierna volgende redenen ben ik van mening dat een procedure op tegenspraak het ambtshalve optreden van de bevoegde rechter in een administratieve procedure niet uitsluit. Een procedure op tegenspraak behelst in feite dat partijen wederzijds op elkaars standpunten kunnen reageren, alvorens de met rechtspraak belaste instantie uitspraak doet, en, zo deze instantie ambtshalve aspecten bij het onderzoek betreft, zij ook daarop moeten kunnen reageren. Voorts geldt dat volgens de richtlijn de lidstaten moeten voorzien in toegankelijke, effectieve en doelmatige procedures. Voor wat betreft de inrichting daarvan zijn zij echter vrij. Zij kunnen dus bepalen dat een rechter ambtshalve omstandigheden die relevant zijn bij zijn beoordeling kan betrekken. In hoeverre het Bundesvergabeamt verplicht is om ambtshalve alle relevante omstandigheden, dus los van door partijen aangedragen middelen, bij zijn beoordeling te betrekken is een kwestie die in de volgende vraag mede aan de orde komt. Ik ben derhalve van opvatting dat het ambtshalve en onafhankelijk van de door partijen in de beroepsprocedure aangevoerde middelen in aanmerking nemen van voor de aanbestedingsprocedure relevante omstandigheden niet strijdig is met de richtlijn, mits daarbij het beoogde doel van de richtlijn, namelijk een effectieve rechtsbescherming, wordt gewaarborgd.

38. Met vraag 1b wenst het Bundesvergabeamt te vernemen of artikel 2, lid 1, sub c, van de richtlijn, eventueel in samenhang met andere beginselen van het gemeenschapsrecht, zich verzet tegen een besluit van de beroepsinstantie, waarbij een indirect op de verkrijging van schadevergoeding gericht verzoek van een inschrijver wordt afgewezen, indien de aanbestedingsprocedure reeds onrechtmatig was op — niet door hem aangevoerde — andere gronden.

39. In de verwijzingsbeschikking heeft het Bundesvergabeamt bij de vragen 1a en 1b toegelicht dat in § 113, lid 3, en § 115, lid 1, BVergG is bepaald, dat het in een beroepsprocedure na de plaatsing van de opdracht de rechtmatigheid van het door de verzoeker betwiste besluit van de opdrachtgever moet onderzoeken, maar dat een dergelijk beroep alleen mag worden toegewezen, indien juist het betwiste onrechtmatige besluit ertoe heeft geleid, dat de opdracht niet is gegund aan de beste inschrijver in de zin van de wet. Indien daarom de aanbestedingsprocedure reeds op grond van een ander (mogelijk eerder) besluit van de opdrachtgever fundamenteel onrechtmatig is en deze andere beslissing van de opdrachtgever juist niet door de verzoeker in de beroepsprocedure wordt betwist, kan het beroep niet worden toegewezen. Dit leidt ertoe, dat een inschrijver die een besluit betwist van de opdrachtgever waarvan de onrechtmatigheid wordt vastgesteld, toch geen vordering tot schadevergoeding kan instellen, omdat een ander — niet-betwist — besluit van de opdrachtgever reeds eerder tot de conclusie heeft

geleid dat de desbetreffende aanbestedingsprocedure onrechtmatig is. In een dergelijk geval is de verzoeker niet door de door hem betwiste schending „gelaedeerd” in de zin van artikel 2, lid 1, sub c, van richtlijn 89/665, omdat de schade, bijvoorbeeld in de vorm van vergeefs gemaakte inschrijvingskosten, door een andere (eerdere) schending is veroorzaakt.

punt dat de procedure tot aanbesteding bij een correcte gang van zaken eigenlijk had moeten worden geannuleerd, omdat het gunningscriterium met betrekking tot een lijst van referenties noch onder het Europese noch onder het Oostenrijkse aanbestedingsrecht geoorloofd is. GAT merkt op dat dit criterium geen voorwerp van de door de haar ingestelde procedure vormt. In de opvatting van het Bundesvergabeamt is de consequentie echter dat haar het recht op schadevergoeding ontvalt. Volgens GAT kan een dergelijke rechtspraktijk, waarin het Bundesvergabeamt ambtshalve constateert dat de procedure onrechtmatig is, geoorloofd zijn als deze plaatsvindt voordat de opdracht is gegund. In dat geval kan een nieuwe aanbesteding worden uitgeschreven, waaruit de niet-geoorloofde criteria zijn verwijderd. De inschrijver is dan in die zin niet geschaad dat hij opnieuw kan meedingen. Na de gunning ontbreekt echter de mogelijkheid tot herstel. Bovendien hebben inschrijvers hun juridische situatie enkel geëvalueerd aan de hand van hetgeen zich in het concrete geval werkelijk heeft afgespeeld. Daarop zou, aldus GAT, de beroepsprocedure dan ook gebaseerd dienen te zijn.

40. GAT meent dat bovengenoemde rechtspraakpraktijk van het Bundesvergabeamt strijdig is met de door het communautaire aanbestedingsrecht vereiste effectieve rechtsbescherming. GAT verwijst daarbij naar het arrest van het Verfassungsgerichtshof, dat op basis van rechtspraak van het Hof tot de conclusie komt dat het recht om in beroep te gaan op grond van artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 ruim moet worden uitgelegd en dat dit recht toekomt aan eenieder die door middel van het indienen van een offerte blijkt heeft geven van het belang dat hij stelt in de gunning. GAT licht toe dat het Verfassungsgerichtshof in dit arrest heeft geconcludeerd dat het, gezien de extensieve rechtsbescherming voor kandidaten en inschrijvers, twijfelachtig is of de opvatting van het Bundesvergabeamt, namelijk dat het beroep van een inschrijver niet kan slagen omdat de desbetreffende aanbestedingsprocedure al om een andere reden gebrekkig is, met het gemeenschapsrecht verenigbaar is.

42. GAT merkt op dat door deze rechtspraakpraktijk van het Bundesvergabeamt in feite de verantwoordelijkheid van een juridisch correct verlopende aanbestedingsprocedure op de schouders van de inschrijvers wordt gelegd, terwijl de aanbestedeer bij een onregelmatig verloop vrijuit gaat. Het is niet aan de inschrijver om alle of alle potentiële inbreuken in een aanbestedingsprocedure aan het licht te brengen. Het recht om in beroep te gaan knoopt immers aan bij zijn subjectieve rechten, namelijk als schade voor hem ontstaat of dreigt te ontstaan als gevolg van een schending van het van toepassing zijnde recht.

41. Ter illustratie wijst GAT erop dat het Bundesvergabeamt in de hoofdprocedure haar heeft geconfronteerd met zijn stand-

43. Zowel de Commissie als de Oostenrijkse regering stellen voor deze vraag bevestigend te beantwoorden. De Commissie merkt op dat artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 voorschrijft dat de beroepsprocedures toegankelijk dienen te zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning en die door een beweerde schending is of dreigt te worden gelaedeerd. Wat betreft de reikwijdte van de beroepsprocedures tegen besluiten van aanbestedende diensten verwijst de Commissie naar de conclusie van advocaat-generaal Tizzano in zaak 92/00.¹¹ De daar genoemde overwegingen gelden volgens de Commissie niet enkel voor procedures gericht tegen een beslissing van de aanbestedende dienst, maar ook voor schadevergoedingsacties ex artikel 2, lid 1, sub c, temeer daar de richtlijn ook niet voorziet in de mogelijkheid tot beperking van de schadevergoedingsactie.

44. De Oostenrijkse regering wijst erop dat een ontkennend antwoord tot gevolg heeft dat, ondanks de gegrondheid van een verzoek, het beroep tegen de aanbestedende dienst zou moeten worden verworpen, omdat de door de belanghebbende geleden schade zou zijn veroorzaakt door andere, niet door hem ingeroepen, onregelmatigheden in de aanbestedingsprocedure. Een verzoeker in een aanbestedingsprocedure zou derhalve gedwongen zijn systematisch alle onregelmatigheden in de procedure aan de kaak te stellen teneinde zijn recht geldend te kunnen maken. Deze opvatting zou strijdig met richtlijn 89/665 kunnen zijn, die juist een effectief en doeltreffend optreden vereist tegen elke door verzoeker

vermeende schending. Het verwerpen van een inhoudelijk gegrond verzoek zou gezien kunnen worden als rechtsweigerings. Anderzijds merkt de Oostenrijkse regering op dat ook betoogd kan worden, nu de richtlijn hieromtrent geen expliciete regeling bevat, dat de vraag uitsluitend aan de hand van nationaal recht beantwoord dient te worden.

45. Het Hof heeft meermalen eraan herinnerd dat het doel van richtlijn 89/665 is de op nationaal en communautair niveau bestaande voorzieningen te versterken om een daadwerkelijke naleving van de gemeenschapsrichtlijnen inzake overheidsopdrachten te waarborgen. Om die reden verplicht artikel 1, lid 1, van de richtlijn de lidstaten om te voorzien in doeltreffende en snelle beroepsmogelijkheden. Het gaat dan om de mogelijkheid om in beroep te gaan tegen besluiten van de aanbestedende dienst zonder enige beperking ter zake van de aard en inhoud van die besluiten.¹² Deze strekking van de richtlijn verzet zich tegen een uitlegging en toepassing ervan, die tot resultaat zou hebben dat de beroepsmogelijkheden voor de inschrijvers direct of indirect zouden worden beperkt. Dit geldt mijns inziens ook voor schadevergoedingsacties. Artikel 1, lid 3, van de richtlijn bepaalt dat de beroepsprocedures (waaronder schadevergoedingsprocedures) open moeten staan voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht en die door een beweerde schending is of dreigt te worden gelaedeerd. Nergens in de richtlijn staat een mogelijkheid tot beperking hiervan. Integendeel, de enige mogelijkheid die

11 — Zie punten 23 en 24 van de conclusie bij het arrest van 18 juni 2002, HI (C-92/00, Jurispr. blz. I-5533).

12 — Arrest Alcatel Austria (aangehaald in voetnoot 7); zie ook arrest HI (aangehaald in voetnoot 11).

lidstaten hebben is, nadat de overeenkomst tot gunning is gesloten, de procedures te beperken *tot* schadevergoedingsacties, die dan nog steeds open behoren te staan voor „een ieder die door een schending werd gelaedeerd”. Noch uit de bewoordingen van artikel 1, lid 3, noch uit die van artikel 2, lid 6, blijkt dat deze bevoegdheid voor de belanghebbende inschrijver kan worden beperkt.

Dat geldt temeer daar, nadat de overeenkomst ingevolge de gunning is gesloten, deze niet meer kan worden aangevochten.

C — Vraag 2

46. De door de verwijzende rechter geschetste praktijk leidt ertoe dat inschrijvers die door een schending van de aanbestedende dienst zijn benadeeld, toch geen schadevergoeding kunnen vorderen. Een inschrijver die meent dat ten onrechte een opdracht niet aan hem is gegund, behoeft immers niet ervan in kennis te zijn dat reeds in de fase van de selectie van de inschrijvers sprake was van het hanteren van een onwettig criterium, nog afgezien van het feit dat hijzelf aan dit onwettige criterium voldoet en derhalve daarvan geen nadeel ondervond. Zou hij namelijk op grond van een onwettig criterium reeds in die fase zijn uitgesloten, dan had hij in dat stadium kunnen ageren.

48. Met deze vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of richtlijn 93/36 zich verzet tegen het in aanmerking nemen van een lijst van referenties over de door de inschrijvers aangeboden producten als gunningscriterium.

49. Uit de verwijzingsbeschikking blijkt dat de aanbestedende dienst voor deze lijst punten toekent, zonder dat wordt gekeken naar de ervaringen van de desbetreffende klanten met dat product. Bovendien dient de lijst betrekking te hebben op klanten in het Alpen-gebied van de EU, waarop de volgende vraag deels betrekking heeft. In de onderhavige vraag gaat het erom of een dergelijke lijst een rol mag spelen bij de beoordeling van de gunning, in plaats van als kwalitatief selectiecriterium.

47. Het zou met de strekking van het communautaire recht ter zake strijdig zijn als een ambtshalve toetsing door het Bundesvergabeamt tot resultaat zou hebben dat een ten opzichte van een inschrijver gepleegd onrechtmatig handelen géén grond meer zou kunnen opleveren tot het instellen van een schadevergoedingsactie.

50. In essentie merken zowel de Commissie als de Oostenrijkse regering op dat het hier eerder om een geschiktheidscriterium dan om een gunningscriterium gaat en dat het strijdig is met de systematiek van richtlijn 93/36 om een lijst van referenties over het

door de inschrijver aangeboden product niet te beoordelen in het kader van de geschiktheid van de inschrijver, maar bij de beoordeling van de gunning te betrekken.

51. Tot nu toe heeft het Hof een strikt onderscheid gemaakt tussen geschiktheids-criteria („selectie van de inschrijver”) enerzijds en gunningscriteria („selectie van de aanbieder”) anderzijds.¹³ Beide zijn afzonderlijke verrichtingen in het kader van een aanbestedingsprocedure en zijn onderworpen aan afzonderlijke regels. De selectie van de inschrijver vindt plaats aan de hand van zijn economische en financiële draagkracht en technische bekwaamheid. Door welke referenties of bewijsmiddelen de draagkracht en bekwaamheid van de inschrijvers kunnen worden aangetoond is — niet limitatief — bepaald in de artikelen 22, 23 en 24, van richtlijn 93/36. Voor wat betreft de technische bekwaamheid kan dat ingevolge artikel 23 van de richtlijn plaatsvinden aan de hand van een lijst van de voornaamste leveringen. Voor de gunning kan selectie plaatsvinden hetzij op basis van de laagste prijs, hetzij op basis van criteria ter bepaling van de economisch voordeligste aanbieder. Artikel 26, lid 1, sub b, van richtlijn 93/36 noemt een aantal voorbeelden van dergelijke criteria. Hoewel deze opsomming niet limitatief is, en het de aanbestedende dienst vrij staat te opteren voor andere criteria, mag die keuze enkel

criteria inhouden ter bepaling van de economisch voordeligste aanbieder.¹⁴ Uit de verwijzingsbeschikking blijkt dat de referentielijst in casu geldt als een gunningscriterium. Zoals zowel door de Commissie als door de Oostenrijkse regering is opgemerkt is een referentielijst waaraan bepaalde punten worden toegekend, zonder dat de ervaring van de op die lijst vermelde eerdere opdrachtgevers wordt meegewogen heel wel geschikt als een kwalitatief selectiecriteria, maar niet als gunningscriterium. Ik deel deze opvatting. De onderhavige referentielijst zegt mogelijk iets omtrent de ervaring en technische kunde van de inschrijver, maar een dergelijke lijst is niet geschikt om de voordeligste aanbieder te kunnen bepalen. Zo'n referentielijst geeft namelijk geen enkele indicatie over de geleverde prestaties, de service, de gebruikskosten of andere criteria die geschikt zijn om te bepalen welk bod uiteindelijk het economisch voordeligst zal uitpakken voor de aanbesteder.

52. Het bovenstaande leidt tot de conclusie dat het kunnen overleggen van een lijst als de onderhavige als gunningscriterium onverenigbaar is met het bepaalde in artikel 26 van richtlijn 93/36. Ten overvloede merk ik nog op dat uit de verwijzingsbeschikking niet blijkt wat voor referenties de betreffende inschrijvers hebben moeten overleggen ter staving van hun technische bekwaamheid. Het gegeven dat deze eis geen gunningscriterium kan zijn

13 — Arrest van 20 september 1988, Beentjes (31/87, Jurispr. blz. 4635). Deze zaak had betrekking op richtlijn 71/305/EEG; richtlijn 93/36 kent een soortgelijke systematiek.

14 — Zie bijvoorbeeld arresten van 18 oktober 2001, SIAC Construction (C-19/00, Jurispr. blz. I-7725), en Beentjes (31/87, aangehaald in voetnoot 13).

houdt derhalve nog niet in dat zij deugde als geschiktheids criterium voor de inschrijver.

D — Vraag 3

53. Deze vraag licht in het verlengde van de vorige vraag. Strikt genomen hoeft deze vraag niet te worden beantwoord, aangezien deze vraag enkel is gesteld voor het geval de vragen 1a en 2 ontkennend zijn beantwoord. Uit de beoordeling van de vorige vraag blijkt dat het hanteren van een lijst, waaruit als zodanig geen gegevens zijn te putten die bepalend zijn voor de beoordeling van de economische voordeligheid van het aanbod, niet kan dienen als een gunningscriterium. Ik zal in het onderstaande derhalve met name ingaan op de vraag of het alleen in aanmerking nemen van referenties uit het in de Europese Unie gelegen Alpengebied verenigbaar is met het gemeenschapsrecht.

54. Volgens de Commissie kan het uitsluitend rekening houden met referenties uit het EU/Alpen-gebied als geschiktheids criterium discriminerend zijn. Ook de Oostenrijkse regering is deze mening toegedaan.

55. Ik kan deze mening delen. Uit de beoordeling van de vorige vraag blijkt al

dat de aanbestedende dienst uitsluitend gunningscriteria ter bepaling van de economisch voordeligste aanbieding mag toepassen, en dat het hanteren van een referentielijst daartoe niet geschikt is. Dat geldt zeker ook als deze referenties van klanten beperkt dienen te zijn tot referenties uit het EU/Alpen-gebied. Abstraherend van de vraag of de lijst als gunningscriterium of als kwalitatief selectiecriterium gekwalificeerd dient te worden, is zij in elk geval discriminerend. Zoals ook door de Oostenrijkse regering is opgemerkt is het even goed mogelijk een vergelijking te maken met ervaringen in andere berggebieden, die vergelijkbare klimatologische en topologische eigenschappen hebben. Een inschrijver kan dus mogelijk niet aan de nodige punten komen omdat een groot deel van zijn klantenbestand zich bevindt in het Alpengebied van Zwitserland of in, bijvoorbeeld, de Pyreneeën. Tegengeworpen zou kunnen worden dat dit evenwel geldt ongeacht of de inschrijvers de Oostenrijkse nationaliteit hebben, dan wel de nationaliteit van een van de EU- of EER-staten of een staat waarmee een internationale overeenkomst is gesloten. In de praktijk echter zal een eis dat de lijst van klanten enkel betrekking mag hebben op het EU/Alpen-gebied, dus de facto op de Alpen gelegen in Oostenrijk en het relatief kleine deel van de Alpen dat gelegen is in Italië en Frankrijk, ertoe leiden dat de facto de in Oostenrijk gevestigde ondernemingen in een situationele voorkeurspositie komen te verkeren.

56. Ik concludeer derhalve dat het opnemen van criteria met geografische beperkingen als zodanig ten gevolge heeft dat de

kring van inschrijvers naar geografische maatstaven wordt beperkt en dat een dergelijk criterium derhalve naar zijn aard discriminerend is ten opzichte van de potentiële gegadigden die niet aan dat geografisch criterium kunnen voldoen.

E — *Vraag 4*

57. Deze vraag heeft betrekking op het gunningscriterium op grond waarvan een gunstige beoordeling enkel mogelijk is, indien het voorwerp van de aanbesteding binnen een straal van 300 km rond de plaats van aanbesteding kan worden bezichtigd. De Commissie heeft hieromtrent opgemerkt dat ingevolge artikel 23, lid 1, sub d, van richtlijn 93/36 de aanbestedende dienst monsters, beschrijvingen en/of foto's van de te leveren producten als bewijs van geschiktheid kan verlangen. Derhalve zou het bij de eis om binnen een straal van 300 km een bezichtigingsmogelijkheid te hebben, gaan om een geschiktheids criterium. Ook Oostenrijk heeft betoogd dat het om een geschiktheids criterium en niet om een gunningscriterium gaat. Voorts is een dergelijk criterium discriminerend, aldus de Oostenrijkse regering, omdat zij deelnemers in de nabijheid van de aanbestedende dienst, doorgaans deelnemers uit de desbetreffende lidstaat of vlak bij de grens gevestigde deelnemers, bevoordeelt.

58. GAT heeft in dat verband opgemerkt dat § 60 BVergG aangeeft hoe het bewijs van technische bekwaamheid geleverd kan

worden. In de regel is dat middels certificaten, foto's en monsters. Alleen in uitzonderingsgevallen laat het BVergG een directe controle toe, namelijk in die gevallen waarin het te leveren product complex van aard is (§ 60, lid 2, BVergG). Uit deze bepaling vloeit eveneens voort dat de eis tot bezichtiging niet zo geformuleerd mag zijn dat het referentieobject zich in de nabije omgeving van de aanbestedende dienst moet bevinden. Een dergelijke eis zou strijdig zijn met het doel van het Europese aanbestedingsrecht, omdat dit de mogelijkheden van fabrikanten en leveranciers uit andere lidstaten om aan de aanbesteding deel te nemen beperkt. Om die reden zou § 60, lid 2, BVergG bepalen dat een bezichtiging ter plekke kan plaatsvinden door hetzij de aanbestedende dienst zelf, hetzij door een, in zijn naam handelende, daartoe bevoegde autoriteit in het land van herkomst van de inschrijver. Ingevolge het BVergG moet een aanbestedende dienst, voorzover de technische complexiteit van het te leveren product noodzaakt tot een rechtstreeks onderzoek, ter beoordeling van de technische bekwaamheid, alle producten die zich binnen Europa bevinden als referentie toelaten. GAT licht voorts toe dat een analoge bepaling niet bestaat voor de beoordeling van het economisch voordeligste bod. Niettemin zou de heersende opvatting in Oostenrijk zijn dat in de aanbesteding, teneinde het economisch voordeligste bod te beoordelen, kan worden voorzien in een bezichtigingsmogelijkheid of een gelijkwaardig bewijs, zo de bijzonderheden van het voorwerp van de aanbesteding daartoe nopen. GAT betoogt dat er geen reden is een onderscheid te maken in het geval de mogelijkheid tot bezichtiging wordt geëist als een geschiktheids criterium dan wel als een gunningscriterium. De bevoegdheid voor een aanbestedende dienst om een bezichtiging te eisen in de omgeving van zijn vestiging komt neer op een verkapt discriminatie, omdat doorgaans enkel Oostenrijkse ondernemingen daaraan kunnen

voldoen. Dat zou slechts anders zijn als het zou gaan om serieproducten of producten van kleinere omvang, waarbij het toezenden van een monster in de regel volstaat. In casu gaat het echter om de productie van een specifiek exemplaar, waarvan in de regel de transportkosten erg hoog zijn. In een dergelijk geval zou het belang van de fabrikant prevaleren en zou de aanbestedende dienst niet mogen eisen dat de bezichtiging uitsluitend in de nabijheid van haar vestiging dient plaats te vinden.

F — Vraag 5

60. In punt 29 ben ik tot de conclusie gekomen dat deze vraag niet-ontvankelijk is, daar het Bundesvergabeamt, nadat de opdracht is gegund, enkel bevoegd is vast te stellen of de openbare aanbestedingsprocedure correct is verlopen en of de opdracht niet aan de beste bieder is gegund, maar niet voor de toekenning van schadevergoeding. Voor het geval het Hof mij hierin niet zou volgen, ga ik nog op deze vraag in.

59. Zoals ook bij de beantwoording van de vorige vragen al aan de orde is geweest geldt dat voor het gunningscriterium „het economisch gunstigste bod” enkel criteria in aanmerking mogen worden genomen die ter bepaling daarvan kunnen dienen. Ik zie niet in hoe het criterium „bezichtigingsmogelijkheid binnen een straal van 300 km” daartoe zou kunnen bijdragen. Het is dus veeleer een geschiktheids- dan een gunningscriterium. Ook dan is het criterium echter ontoelaatbaar, omdat een straal van 300 km een reële beperking oplevert. Het werkt immers in het voordeel van inschrijvers waarvan de klanten en/of de bedrijfsvestiging zich bevinden in de buurt van de aanbestedende dienst, en die dus veelal ook dezelfde nationaliteit hebben als die van de aanbestedende dienst. Het is derhalve discriminerend naar het land van herkomst van de desbetreffende goederen en/of diensten en naar de nationaliteit van de leverancier. Los daarvan, zie ik ook niet de noodzaak in om de bezichtigingsmogelijkheid van het voorwerp ter plaatste te beperken tot een straal van 300 km van de plaats van aanbesteding. Zoals ook door GAT is aangegeven, kan van alternatieven gebruik gemaakt worden als de bezichtiging van het voorwerp ter plaatse gewenst is.

61. Het uitgangspunt is dat sprake is van een inbreuk en dat deze inbreuk bestaat uit het vaststellen van een onrechtmatig gunningscriterium. De vraag is dan of de inschrijver alleen dan recht op schadevergoeding heeft indien concreet kan worden bewezen dat hij zonder dat onrechtmatig gunningscriterium de beste inschrijver zou zijn geweest.

62. Als toelichting bij deze vraag heeft de verwijzende rechter opgemerkt dat het gemeenschapsrecht niet uitdrukkelijk bepaalt in welk geval ervan moet worden uitgegaan dat een inschrijver door een schending van het recht door de aanbestedende dienst als concreet benadeeld moet worden beschouwd. Hij wijst erop dat het in de praktijk vaak moeilijk te bewijzen is hoe de aanbieder van de inschrijver er zou hebben uitgezien indien het onrechtmatig criterium er niet was geweest. Anderzijds is het onderzoek van overtredingen bij aanbestedingsprocedures in de praktijk beter uitvoerbaar indien ervan wordt uitgegaan, dat inschrijvers door ieder potentieel voor

de inhoud van hun aanbiedingen van belang zijnd onrechtmatig gunningscriterium worden benadeeld.

63. Artikel 2, lid 1, sub c, van richtlijn 89/665 gaat over het toekennen van schadevergoeding aan degenen die door een schending zijn gelaedeerd. Een soortgelijke bepaling is te vinden in artikel 2, lid 1, sub d, van richtlijn 92/13.¹⁵ De Commissie wijst er terecht op dat, in tegenstelling tot laatstgenoemde richtlijn, die bepaalt dat in het geval een eis tot schadevergoeding wordt ingediend uit hoofde van kosten voor het opstellen van een offerte of van de deelneming aan een aanbestedingsprocedure, eiser uitsluitend moet aantonen dat er sprake is van schending van het aanbestedingsrecht en dat hij reële kansen had om de opdracht in de wacht te slepen¹⁶, richtlijn 89/665 een dergelijk voorschrift niet kent. Terzijde merk ik op dat ook deze richtlijn geen voorschriften geeft voor gevallen waarin schade zou worden geclaimd uit hoofde van andere kosten.

64. Bij ontstentenis van een bepaling daaromtrent in de richtlijn, geldt naar vaste rechtspraak van het Hof¹⁷ dat deze vraag wordt beheerst door het nationale recht,

15 — 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).

16 — Zie hiervoor artikel 2, lid 7, van richtlijn 92/13.

17 — Zie recentelijk nog arrest van 11 juli 2002, Marks & Spencer (C-62/00, Jurispr. blz. I-6325) en de daar genoemde rechtspraak.

met inachtneming van de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht, waaronder het gelijkwaardigheidbeginsel en het doeltreffendheidbeginsel. Hieruit volgt dat vordering tot schadevergoeding wordt beheerst door de materiële en formele voorwaarden die door de Oostenrijkse wetgeving ter zake zijn vastgesteld. Deze mogen volgens vaste rechtspraak echter niet ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen (een principe waar de richtlijn zelf ook van uitgaat) en zij mogen niet van dien aard zijn, dat de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten praktisch onmogelijk worden gemaakt.

65. Ik merk hierbij nog op dat het enkel toekennen van een recht op schadevergoeding aan de inschrijver, indien deze daadwerkelijk kan aantonen dat hij zonder het onrechtmatige gunningscriterium de opdracht zou hebben verkregen, ertoe kan leiden dat de uitoefening van die rechten praktisch onmogelijk wordt, dan wel ernstig wordt beperkt.

66. In die hypothese, die erop neerkomt, dat de kosten die een inschrijver tevergeefs heeft gemaakt voor zijn deelneming aan een onregelmatig verlopen aanbestedingsprocedure, onvergoed blijven, zouden potentiële gegadigden bij een aanbesteding ervan kunnen worden weerhouden daaraan deel te nemen. Dat acht ik in strijd met de doelstelling van de aanbestedingsrichtlijnen en met de strekking van richtlijn 89/665, die juist beoogt de beroepsmogelijkheden te versterken tegen inbreuken op deze aanbestedingsrichtlijnen. Hieruit concludeer ik

dat artikel 2, lid 1, sub c, van de richtlijn niet zo eng kan worden uitgelegd dat een inschrijver alleen dan recht op schadevergoeding heeft, indien hij kan aantonen dat hij zonder het onrechtmatige gunningscriterium de opdracht zou hebben verkregen. Weliswaar wordt de omvang naar het recht

op schadevergoeding in beginsel door het nationale recht beheerst, maar de toepassing van dat recht mag er niet toe leiden dat de uitoefening van door de communautaire rechtsorde toegekende rechten de facto onmogelijk wordt, dan wel ernstig wordt belemmerd.

VII — Conclusie

67. Gelet op het bovenstaande, geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Bundesvergabeamt als volgt te beantwoorden:

- „1) a) Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor levering en voor de uitvoering van werken verbiedt niet dat de instantie die bevoegd is voor de uitvoering van de beroepsprocedures in de zin van artikel 1, lid 1, van de richtlijn, met inbegrip van de uitvoering van de in artikel 2, lid 1, sub c, genoemde opdrachten, ambtshalve en onafhankelijk van de door partijen in de beroepsprocedure aangevoerde middelen relevante omstandigheden in aanmerking kan nemen.
- b) Artikel 2, lid 1, sub c, van richtlijn 89/665 verzet zich ertegen dat de instantie die bevoegd is voor beroepsprocedures in de zin van artikel 1, lid 1, van de richtlijn, met inbegrip van de uitvoering van de in artikel 2, lid 1, sub c, genoemde opdrachten, een indirect op de verkrijging van schadevergoeding gericht verzoek van een inschrijver afwijst, omdat de aanbestedingsprocedure reeds onrechtmatig zou zijn op grond van andere dan door verzoekster gestelde gebreken.

- 2) De bepalingen 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 verbieden dat de aanbestedende dienst tijdens een aanbestedingsprocedure referenties over de door de inschrijvers aangeboden producten als gunningscriterium in aanmerking neemt.

- 3) Een referentiecriterium, waarbij alleen het aantal referenties wordt geteld, en waarbij niet inhoudelijk wordt onderzocht wat de ervaringen van de opdrachtgevers met het product waren, is geen gunningscriterium in de zin van artikel 26 van richtlijn 93/36. Het uitsluitend in aanmerking nemen van referenties uit het EU/Alpen-gebied levert bovendien een door het Verdrag verboden discriminatie wegens de herkomst van de betrokken goederen en diensten op.

- 4) Een criterium, waarbij alleen gegadigden in aanmerking komen indien het voorwerp van de aanbesteding binnen een straal van 300 km rond de plaats van aanbesteding kan worden bezichtigd is geen gunningscriterium. Het criterium is bovendien als zijnde discriminerend, niet geoorloofd

- 5) Uit artikel 2, lid 1, sub c, van richtlijn 89/665 volgt niet dat alleen dan recht op schadevergoeding bestaat, indien de inschrijver daadwerkelijk kan bewijzen dat hij zonder het onrechtmatige gunningscriterium de beste inschrijver zou zijn geweest.”