

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
J. MISCHO

van 27 februari 2003¹

1. In een beroep van een inschrijver wiens aanbidding door de aanbestedende dienst niet is aanvaard en die zich beroept op de onwettigheid van een gunningscriterium in verband met een opdracht voor de levering van „groene stroom”, verzoekt het Oostenrijkse Bundesvergabeamt om uitlegging van artikel 26 van richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen², en van de artikelen 1 en 2, lid 1, sub b, 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.³

I — De toepasselijke regelingen

A — De gemeenschapsregeling

2. Artikel 26 („Gunningscriteria”) van richtlijn 93/36 bepaalt:

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

[...]

b) hetzij, indien de gunning aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbidding 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.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — PB L 199, blz. 1.

3 — PB L 395, blz. 33.

2. In het in lid 1, sub b, bedoelde geval, [...] vermeldt de aanbestedende dienst in het bestek of in de aankondiging van de opdracht alle gunningscriteria die hij voornemens is te hanteren, zo mogelijk in afnemende volgorde van het belang dat eraan wordt gehecht.”

3. Artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 bepaalt:

„3. De lidstaten dragen er zorg voor dat de beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen, althans toegankelijk zijn voor een ieder 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, leden 1, sub b, en 6, van richtlijn 89/665 luidt:

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

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;

[...]

6. 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 een ieder die door een schending werd gelaedeerd.”

5. Artikel 3, lid 2, van richtlijn 96/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 december 1996 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit⁴, bepaalt:

„Met volledige inachtneming van de toepasselijke bepalingen van het Verdrag, met name artikel 90, mogen de lidstaten de elektriciteitsbedrijven openbare-dienstverplichtingen in het algemeen economisch belang opleggen, die betrekking kunnen hebben op de veiligheid, met inbegrip van de continuïteit van de voorziening, regelmaat, kwaliteit en prijs van de leveringen alsmede de bescherming van het milieu. Deze verplichtingen, die duidelijk gedefinieerd, transparant, niet-discriminerend en controleerbaar moeten zijn, alsmede de eventuele herzieningen daarvan, worden door de lidstaten gepubliceerd en onverwijld aan de Commissie meegedeeld. Om de genoemde openbare-dienstverplichtingen ten uitvoer te brengen, kunnen de lidstaten die dat wensen een planning op lange termijn invoeren.”

6. Punt 2 van de considerans van richtlijn 2001/77/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 september 2001 betreffende de bevordering van elektriciteits-

opwekking uit hernieuwbare energiebronnen op de interne elektriciteitsmarkt⁵, luidt als volgt:

„De Gemeenschap heeft, zoals aangegeven in het witboek over duurzame energiebronnen [...], aan de bevordering van de elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen zowel omwille van de continuïteit en de diversificatie van de voorziening, als om milieubeschermingsredenen en met het oog op de sociale en economische samenhang, een hoge prioriteit toegekend. Dat is onderschreven door de Raad in zijn resolutie van 8 juni 1998 betreffende hernieuwbare energiebronnen [...]”

7. In punt 12 van de considerans van richtlijn 2001/77 heet het:

„De noodzaak van overheidssteun voor hernieuwbare energiebronnen is erkend in de communautaire kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu, die onder meer rekening dient te houden met de noodzaak de externe kosten van de elektriciteitsproductie door te berekenen. De bepalingen van het EG-Verdrag, in het bijzonder de artikelen 87 en 88, blijven echter op dergelijke staatssteun van toepassing.”

4 — PB L 27, blz. 20.

5 — PB L 283, blz. 33.

8. Volgens punt 18 van de considerans van richtlijn 2001/77

„[...] is [het] van belang gebruik te maken van de marktkrachten en de interne markt, en elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen concurrerend en aantrekkelijk voor de Europese burgers te maken”.

9. In artikel 1 van richtlijn 2001/77 wordt het doel ervan omschreven als volgt:

„[...] een verhoging van het aandeel van hernieuwbare energiebronnen in de elektriciteitsproductie binnen de interne elektriciteitsmarkt te bevorderen en de grondslag te leggen voor een toekomstige kaderregeling van de Gemeenschap daarvoor”.

10. Artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/77 bepaalt onder het opschrift „Nationale indicatieve streefcijfers”:

„De lidstaten nemen passende maatregelen om het verbruik van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen te stimuleren overeenkomstig de in lid 2 bedoelde nationale indicatieve streefcijfers. Die maatregelen moeten in verhouding staan tot het te bereiken doel.”

11. Artikel 3, lid 2, van richtlijn 2001/77 voorziet in de vaststelling van nationale indicatieve streefcijfers door alle lidstaten.

12. Lid 4 van genoemd artikel bepaalt, dat de Commissie aan de hand van verslagen van de lidstaten beoordeelt of de nationale indicatieve streefcijfers verenigbaar zijn met het algemene indicatieve streefcijfer van 12 % van het bruto binnenlandse energieverbruik in 2010 en in het bijzonder met het indicatieve aandeel van de elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen van 22,1 % in het totale elektriciteitsverbruik in de Gemeenschap in 2010.

13. Artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/77 bepaalt onder het opschrift „Garantie van de oorsprong van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen”:

„Uiterlijk op 27 oktober 2003 dragen de lidstaten er zorg voor dat de oorsprong van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen in de zin van deze richtlijn als zodanig kan worden gegarandeerd volgens objectieve, transparante en niet-discriminerende criteria die door iedere lidstaat worden vastgesteld. Zij zien erop toe dat daartoe op aanvraag een garantie van oorsprong wordt afgegeven.”

B — *De nationale regeling*

14. In Oostenrijk wordt de aanbesteding van overheidsopdrachten geregeld door het Bundesvergabegesetz (Österreichisches Bundesgesetzblatt I-56/1997; hierna: „BVerG”).

15. Artikel 117 BVerG bepaalt:

„1. Een in de loop van een aanbestedingsprocedure door de aanbestedende dienst genomen besluit wordt bij administratief besluit van het Bundesvergabeamt, met inachtneming van het advies van de bemiddelingscommissie [...], nietig verklaard indien het

- 1) in strijd is met de bepalingen van deze federale wet of van de uitvoeringsbesluiten daarvan, en
- 2) het resultaat van de aanbestedingsprocedure wezenlijk beïnvloedt.

2. Nietigverklaring van een onwettig besluit kan in het bijzonder geschieden door schrapping van voor ondernemers discriminerende voorwaarden met betrekking tot de technische, economische of

financiële specificaties in bestekken of in andere met de aanbesteding verband houdende stukken.

3. Wanneer de gunning van de opdracht reeds heeft plaatsgehad, stelt het Bundesvergabeamt, met inachtneming van de in lid 1 gestelde voorwaarden, enkel vast of de gestelde onwettigheid al dan niet bestaat.”

II — Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

16. De Republiek Oostenrijk (hierna: „verweerster in het hoofdgeding”) heeft als aanbestedende dienst een oproep tot inschrijving doen uitgaan in het kader van een aanbestedingsprocedure voor een opdracht tot levering van elektriciteit. Bij die opdracht ging het om het sluiten van een raamovereenkomst en de daarop gebaseerde uitvoeringsovereenkomsten voor de levering van elektriciteit aan alle instellingen van de federale overheid in de deelstaat Karinthië. De looptijd van de overeenkomst was twee jaar (1 januari 2002 tot 31 december 2003). De oproep tot inschrijving werd bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* van 27 maart 2001 en vermeldde onder de rubriek „Gunningscriteria”:

„Economisch voordeligste aanbidding volgens de volgende criteria: milieu-effecten van de dienstverlening volgens bestek.”

17. De aanbidding moest de prijs per kilowattuur (kWh) in ATS vermelden. Deze prijs moest voor de gehele looptijd van de overeenkomst gelden en mocht niet worden gewijzigd of aangepast. Behalve tot levering van elektriciteit moest de leverancier zich verbinden tot het verrichten van enkele nevendiensten (zoals het meten van het elektriciteitsverbruik van de federale diensten, het opstellen van een overzicht van het jaarlijks verbruik enzovoort). De energieleverancier moest, voorzover technisch mogelijk, de federale overheidsinstellingen elektriciteit leveren die was opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen, en in elk geval mocht hij niet welbewust door kernsplijting opgewekte elektriciteit leveren. Er was echter niet bepaald dat de energieleverancier moest bewijzen waar hij de energie inkoocht. In geval van niet-nakoming van de verplichting om elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen te leveren dan wel om geen door kernsplijting verkregen elektriciteit te leveren, kon de aanbestedende dienst de overeenkomst opzeggen met oplegging van een contractuele boete.

18. In de inleiding van het bestek gaf de aanbestedende dienst aan, zich ervan bewust te zijn, dat om technische redenen geen enkele leverancier kon garanderen, dat de door hem aan een bepaalde afnemer geleverde elektriciteit daadwerkelijk uit hernieuwbare energiebronnen afkomstig was. Niettemin was besloten de overeenkomst te sluiten met inschrijvers die over ten minste 22,5 gigawattuur (GWh) per jaar aan aldus opgewekte elektriciteit beschikten, aangezien het totale verbruik van de federale overheidsdiensten op onge-

veer 22,5 GWh per jaar werd geschat. Verschillen tussen de daadwerkelijk geleverde hoeveelheid en dit streefcijfer mochten echter geen gevolgen voor de overeengekomen kWh-prijs hebben.

19. Voorts zouden in het bijzonder inschrijvingen worden afgewezen die niet het bewijs bevatten, dat de inschrijver in de afgelopen twee jaar en/of in de komende twee jaar ten minste 22,5 GWh elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen had opgewekt of gekocht en/of zou opwekken of kopen en aan de eindverbruiker had geleverd en/of zou leveren. De gunningscriteria waren de nettoprijs per kWh, met een wegingscoëfficiënt van 55 %, en het criterium „energie uit hernieuwbare energiebronnen”, met een wegingscoëfficiënt van 45 %. Met betrekking tot dit laatste criterium was bepaald, dat daarbij enkel de door de inschrijver leverbare jaarlijkse hoeveelheid stroom uit hernieuwbare energiebronnen die 22,5 GWh overschreed, in aanmerking zou worden genomen.

20. In totaal kwamen er vier aanbiedingen binnen, die op 10 mei 2001 werden geopend. Het inschrijversconsortium Kärntner Elektrizitäts-Aktiengesellschaft/Stadtwerke Klagenfurt (hierna: „KELAG”) bood een prijs van 0,44 ATS/kWh en verklaarde onder verwijzing naar een tabel betreffende de hoeveelheden en de herkomst van de door deze ondernemingen opgewekte of geleverde elektriciteit, dat zij in staat was een totale hoeveelheid van 3 406,2 GWh hernieuwbare energie te leveren. Een tweede inschrijving was

afkomstig van Energie Oberösterreich AG, die een prijs van 0,4191 ATS/kWh bood voor een minimum jaarverbruik van 1 miljoen GWh en in een tabel betreffende de jaren 1999 tot en met 2002 de verschillende hoeveelheden elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen vermeldde, die zij voor elk jaar van die periode kon leveren. De grootste vermelde hoeveelheid was 5 280 GWh per jaar. Verder was er een offerte van BEWAG, die een prijs van 0,465 ATS/kWh bood. Zij voegde een tabel bij betreffende het aandeel aan hernieuwbare energie in de door haar opgewekte en geleverde stroom, aan de hand waarvan de aanbestedende dienst concludeerde dat het daarbij ging om 449,2 GWh.

21. De vierde inschrijving was afkomstig van een consortium bestaande uit EVN AG en Wienstrom GmbH (hierna: „verzoeksters in het hoofdgeding”), die een prijs van 0,52 ATS/kWh boden. Zij vermeldden geen concrete cijfers over de hoeveelheid elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen die zij konden leveren, maar verklaarden dienaangaande enkel dat zij over eigen productiecentrales beschikten waarin stroom uit dergelijke bronnen werd opgewekt, in een hoeveelheid die enkele malen groter was dan het in de oproep tot inschrijving vermelde jaarverbruik van 22,5 GWh. Voorts beschikten zij over aankooprechten voor de elektriciteit van waterkrachtcentrales van de Oostenrijkse Elektrizitätswirtschafts-Aktiengesellschaft en andere Oostenrijkse waterkrachtinstallaties, terwijl extra ingekochte energie voornamelijk afkomstig was uit langjarige

coördinatieovereenkomsten met de grootste aanbieder van aldus opgewekte gecertificeerde elektriciteit. In 1999 en 2000 was uitsluitend hydro-elektriciteit uit Zwitserland betrokken en hiermee zou worden voortgegaan. In totaal kon een hoeveelheid hernieuwbare energie worden geleverd die een veelvoud bedroeg van die welke in de oproep tot inschrijving was vermeld. Voor verdere gegevens werd naar de jaarverslagen verwezen.

22. Van de vier ingediende aanbiedingen werd die van KELAG, die voor elk van de twee gunningscriteria de meeste punten kreeg, door verweerster in het hoofdgeding als de beste beoordeeld. Verzoeksters in het hoofdgeding kregen het minste aantal punten op de twee criteria.

23. Nadat verzoeksters in het hoofdgeding de aanbestedende dienst reeds op 9 en 30 mei 2001 hadden laten weten dat zij verscheidene bepalingen van de aanbesteding, waaronder het gunningscriterium „elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen”, als onwettig beschouwden, verzochten zij op 12 juni 2001 om een bemiddelingsprocedure bij de Bundes-Vergabekontrollkommission (federale controlecommissie)

sie voor aanbestedingen; hierna: „federale commissie”), die hun verzoek afwees omdat een bemiddelingsprocedure geen kans van slagen had.

24. Vervolgens stelden verzoeksters in het hoofdgeding beroep in bij het Bundesvergabeamt. Zij verzochten die instantie om nietigverklaring van diverse besluiten van de aanbestedende dienst, waaronder het besluit om een aanbieding af te wijzen wegens het ontbreken van gegevens over de opwekking en aankoop van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen binnen een bepaalde periode, het besluit om het verstrekken van gegevens over de opwekking en aankoop van een bepaalde hoeveelheid elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen binnen een bepaalde periode als gunningscriterium te hanteren, en het besluit om de beschikbaarheid van meer dan 22,5 GWh aan elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen als gunningscriterium te hanteren. Voorts verlangden verzoeksters, dat het de aanbestedende dienst bij wege van voorlopige maatregel zou worden verboden de opdracht te gunnen.

25. Bij beschikking van 16 juli 2001 wilde het Bundesvergabeamt het verzoek van verzoeksters in het hoofdgeding in en verbood het de gunning voorsnog tot 10 september 2001. Na door verzoeksters opnieuw te zijn benaderd, stond het Bundesvergabeamt bij beschikking van 17 september 2001 bij wege van voorlopige maatregel de aanbestedende dienst toe, de opdracht te gunnen onder de voorwaarde dat de gunning zou worden herroepen en de overeenkomst opgezegd, indien ook maar

een van de door verzoeksters in het hoofdgeding ingediende vorderingen door die rechterlijke instantie werd toegewezen of indien uit andere bevindingen van deze instantie bleek dat het besluit om de opdracht aan een van de concurrenten van verzoeksters in het hoofdgeding te gunnen, onwettig was.

26. Op 24 oktober 2001 is de raamovereenkomst, waarin opgenomen de in bovenbedoelde beschikking bepaalde ontbindende voorwaarden, met KELAG gesloten.

III — De prejudiciële vragen

27. Om uitspraak te kunnen doen op de in de beroepsprocedure ingediende vorderingen tot nietigverklaring van bepaalde besluiten van de aanbestedende dienst, heeft het Bundesvergabeamt bij beschikking van 13 november 2001 de volgende prejudiciële vragen gesteld:

- „1) Verbieden de voor het plaatsen van overheidsopdrachten geldende bepalingen van gemeenschapsrecht, in het bijzonder artikel 26 van richtlijn 93/36/EEG, de aanbestedende dienst om voor de levering van elektriciteit een gunningscriterium met een wegingscoëfficiënt van 45 % vast te stellen, waarbij de inschrijver — zonder gebonden te zijn aan een bepaalde leveringstermijn — moet aangeven,

hoeveel elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen hij aan een niet nader omschreven kring van afnemers kan leveren, en de inschrijver die de hoogste hoeveelheid vermeldt, het maximum-aantal punten verkrijgt, met dien verstande, dat enkel de hoeveelheid die het in het kader van de uitgeschreven aanbesteding te verwachten verbruik overschrijdt, in aanmerking wordt genomen?

2) Verbieden de voor het plaatsen van overheidsopdrachten geldende bepalingen van gemeenschapsrecht, in het bijzonder artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 89/665/EEG, de nietigverklaring van een onwettig besluit in het kader van de in artikel 1 van richtlijn 89/665/EEG bedoelde beroepsprocedure afhankelijk te stellen van het bewijs, dat het onwettige besluit van wezenlijke invloed is geweest op het resultaat van de aanbestedingsprocedure?

rangorde van de daadwerkelijk ingediende aanbiedingen verandert in geval van een nieuwe beoordeling waarbij het onwettige gunningscriterium niet in aanmerking wordt genomen?

4) Verplichten de voor het plaatsen van overheidsopdrachten geldende bepalingen van gemeenschapsrecht, in het bijzonder artikel 26 van richtlijn 93/36/EEG, de aanbestedende dienst tot intrekking van de aanbesteding, indien in de in artikel 1 van richtlijn 89/665/EEG bedoelde beroepsprocedure blijkt, dat een van de door hem vastgestelde gunningscriteria onwettig is?"

IV — Bespreking

3) Verbieden de voor het plaatsen van overheidsopdrachten geldende bepalingen van gemeenschapsrecht, in het bijzonder artikel 26 van richtlijn 93/36/EEG, de nietigverklaring van een onwettig besluit in het kader van de in artikel 1 van richtlijn 89/665/EEG bedoelde beroepsprocedure afhankelijk te stellen van het bewijs, dat dit besluit van wezenlijke invloed is geweest op het resultaat van de aanbestedingsprocedure, wanneer de beroepsinstantie voor dit bewijs moet nagaan of de

A — *De ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen*

28. In haar schriftelijke opmerkingen spreekt de Commissie twijfel uit over de ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen, omdat de beslissingen van het Bundesvergabeamt haar inziens geen rechtspraak-karakter hebben.

29. Ik verwijs in dit verband naar de punten 18 tot en met 26 van mijn conclusie van 25 februari 2003 in de zaak Hacker-müller⁶, waar ik na onderzoek van hetzelfde probleem als mijn mening te kennen heb gegeven dat wanneer het Bundesvergabeamt, zoals in dit geval, zijn bevoegdheid vóór de gunning van de opdracht uitoefent, het als een rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG moet worden beschouwd.

30. Ik geef dan ook in overweging de prejudiciële vragen als ontvankelijk aan te merken.

B — *De eerste prejudiciële vraag*

31. Met zijn eerste vraag wenst het Bundesvergabeamt te vernemen, of de voor het plaatsen van overheidsopdrachten geldende bepalingen van gemeenschapsrecht, in het bijzonder artikel 26 van richtlijn 93/36, de aanbestedende dienst verbieden om voor de levering van elektriciteit een gunningscriterium met een wegingscoëfficiënt van 45 % vast te stellen, waarbij de inschrijver — zonder gebonden te zijn aan een bepaalde leveringstermijn — moet aangeven, hoeveel elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen hij aan een niet nader omschreven kring van afnemers kan leveren, en de inschrijver die de hoogste hoeveelheid ver-

meldt, het maximaal aantal punten verkrijgt, met dien verstande, dat enkel de hoeveelheid die het in het kader van de uitgeschreven aanbesteding te verwachten verbruik overschrijdt, in aanmerking wordt genomen.

32. Blijkens de toelichting in de verwijzingsbeschikking zijn in deze vraag diverse problemen samengevat waarvoor het Bundesvergabeamt zich gesteld ziet. Ik stel voor ze in de door die instantie gekozen volgorde te bespreken.

1. De toelaatbaarheid van criteria die betrekking hebben op niet onmiddellijk op geld waardeerbare voordelen

33. In de eerste plaats vraagt het Bundesvergabeamt zich af, of het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten toestaat dat de aanbestedende dienst criteria vaststelt die betrekking hebben op niet onmiddellijk op geld waardeerbare voordelen, bijvoorbeeld eerbiediging van het milieu. Zijn twijfels dienaangaande komen hieruit voort, dat de Commissie, naar het Bundesvergabeamt heeft vastgesteld, zich op het standpunt stelt dat een gunningscriterium de aanbestedende dienst een rechtstreeks economisch voordeel moet opleveren.

⁶ — C-249/01, arrest van 19 juni 2003, Jurispr. blz. I-6319, blz. I-6321.

34. Sinds het Bundesvergabeamt zijn vraag heeft geformuleerd en de partijen hun schriftelijke opmerkingen hebben ingediend, heeft het Hof in zijn arrest van 17 september 2002, *Concordia Bus Finland*⁷, zich over die vraag uitgesproken.

35. In punt 69 van dat arrest oordeelde het Hof, dat „[wanneer] de aanbestedende dienst [...] besluit een opdracht te gunnen aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbieding, [hij] rekening mag houden met milieucriteria [...] voorzover deze criteria verband houden met het voorwerp van de opdracht, de aanbestedende dienst geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid geven, uitdrukkelijk vermeld zijn in het bestek of in de aankondiging van de opdracht, en alle fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht, en met name het non-discriminatieverbod, eerbiedigen”.

36. Verder overwoog het Hof in punt 55 van het arrest uitdrukkelijk, dat artikel 36, lid 1, sub a, van richtlijn 95/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening⁸, waarvan de tekst nagenoeg identiek is aan die van artikel 26, lid 1, sub b, van richtlijn 93/36, „niet aldus [kan] worden uitgelegd, dat elk van de door de aanbestedende dienst gehanteerde gun-

ningscriteria ter bepaling van de economisch voordeligste aanbieding, noodzakelijk van zuiver economische aard moet zijn”.

37. Behoudens deze door het Hof geformuleerde voorwaarden mag de aanbestedende dienst in een oproep tot inschrijving dus gunningscriteria in verband met milieueisen opnemen. Dat de levering van groene stroom als zodanig een dergelijk criterium is, staat buiten twijfel. Ik vind dit overigens bevestigd in het arrest van 13 maart 2001, *PreussenElektra*⁹, waar het heet, dat „het gebruik van hernieuwbare energiebronnen voor de elektriciteitsproductie [...] de milieubescherming ten goede komt, omdat daarmee wordt bijgedragen tot een vermindering van de uitstoot van broeikasgassen, die een van de belangrijkste oorzaken van klimaatverandering is en waartegen de Europese Gemeenschap en haar lidstaten besloten hebben maatregelen te nemen”.¹⁰

2. Controle door de aanbestedende dienst, of het aanbod van een inschrijver aan het in de oproep tot inschrijving omschreven gunningscriterium voldoet

38. Een tweede probleem waarvoor het Bundesvergabeamt zich gesteld ziet, houdt

7 — C-513/99, *Jurispr.* blz. I-7213.

8 — PB L 209, blz. 1.

9 — C-379/98, *Jurispr.* blz. I-2099.

10 — *Ibid.*, punt 73.

verband met de manier waarop het criterium „hernieuwbare energie” concreet is omschreven. De aanbestedende dienst, aldus het Bundesvergabeamt, geeft zelf toe, dat hij om technische redenen niet kan controleren of de geleverde elektriciteit daadwerkelijk uit hernieuwbare energiebronnen afkomstig is. In die omstandigheden is het de vraag, of de aanbestedende dienst wel een gunningscriterium mag hanteren waarvan onmogelijk kan worden vastgesteld of het ermee beoogde doel wordt bereikt.

39. Enkel de Nederlandse regering gaat uitdrukkelijk op dit probleem in. Volgens deze regering mag de aanbestedende dienst ingevolge de voor aanbestedingsprocedures geldende bepalingen van gemeenschapsrecht uitsluitend gebruik maken van gunningscriteria die een effectieve controle mogelijk maken van de juistheid van de door de leveranciers met betrekking tot de vastgestelde gunningscriteria verstrekte gegevens.

40. Ik sluit mij bij deze opvatting aan.

41. Als een aanbestedende dienst, zo merkt de Nederlandse regering op, gunningscriteria mag vaststellen waarvan hij er meteen bij zegt, dat hij niet van plan is of in staat is te controleren of de informatie van leveranciers in hun aanbod juist is, kan de besluitvorming van de aanbestedende dienst niet meer objectief en transparant

verlopen. Een dergelijke aanbesteding zou in strijd zijn met de in 's Hof's rechtspraak erkende algemene rechtsbeginselen inzake overheidsopdrachten, zoals het gelijkheids- en het transparantiebeginsel en het verbod van willekeur.

42. In dit verband kan worden verwezen naar het arrest van 22 juni 1993, Commissie/Denemarken („Storebælt”) ¹¹, waarin het Hof overwoog (punt 37), dat „de eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers vereist, dat alle offertes beantwoorden aan de voorschriften van het bestek, teneinde *een objectieve vergelijking* van de door de verschillende inschrijvers ingediende offertes te waarborgen”. ¹²

43. Evenzo overwoog het Hof in punt 44 van het arrest van 18 oktober 2001, SIAC Construction ¹³, dat „de gunningscriteria bij de beoordeling van de aanbiedingen *op objectieve en uniforme wijze moeten worden toegepast op alle inschrijvers*”. ¹⁴

44. Er lijkt mij echter geen enkele garantie te zijn dat een gunningscriterium objectief en op gelijke wijze op alle inschrijvers zal

11 — C-243/89, Jurispr. blz. I-3353.

12 — Cursivering van mij. Zie ook arrest van 25 april 1996, Commissie/Belgie (C-87/94, Jurispr. blz. I-2043, punt 70).

13 — C-19/00, Jurispr. blz. I-7725.

14 — Cursivering van mij.

worden toegepast, wanneer de aanbestedende dienst in de oproep tot inschrijving te verstaan geeft dat hij niet zal controleren of de inschrijvers aan dat criterium voldoen.

teit uit hernieuwbare energiebronnen, waarbij de certificaten wederzijds kunnen worden erkend [...], teneinde de handel in dit soort elektriciteit mogelijk en betrouwbaar te maken”.

45. Zeker is het niet eenvoudig om te achterhalen, waar de geleverde elektriciteit vandaan komt, in die zin dat de verbruiker aan de stroom die uit zijn stopcontact komt, niet kan zien of hij al dan niet van hernieuwbare energiebronnen afkomstig is.

48. Ook al is het dus niet gemakkelijk om de herkomst van de geleverde elektriciteit te bepalen, er zijn wel mogelijkheden om dat te doen, bijvoorbeeld door certificaten te verlangen of, zoals de Nederlandse regering uiteenzet, door van de inschrijvers te eisen dat zij aantonen hoeveel elektriciteit uit hernieuwbare bronnen zij opwekken of inkopen, en voor welk gedeelte van die elektriciteit zij leveringsovereenkomsten met andere afnemers dan de aanbestedende dienst hebben gesloten.

46. Deze moeilijkheid is door het Hof erkend in het arrest PreussenElektra (reeds aangehaald), waarin het overwoog (punt 79), dat het „wegens de kenmerken van elektriciteit, zodra zij in het transmissie- of distributienetwerk is opgenomen, moeilijk is om de oorsprong ervan en met name de energiebron waaruit zij is geproduceerd, vast te stellen”.

3. Het verband tussen het gunningscriterium en het door de aanbestedende dienst gestelde doel

47. Daaraan voegde het Hof echter meteen toe (punt 80), dat „[de Commissie in] haar op 31 mei 2000 ingediende voorstel voor een richtlijn (2000/C 311 E/22) [thans richtlijn 2001/77] van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bevordering van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen op de interne elektriciteitsmarkt (PB 2000, C 311 E, blz. 320) [...] in dit verband de invoering in elke lidstaat [noodzakelijk achtte] van een systeem voor certificatie van de oorsprong van elektrici-

49. Er is nog een probleem dat het hier besproken gunningscriterium volgens het Bundesvergabeamt in de context van deze zaak opwerpt. Omdat uitsluitend rekening wordt gehouden met de hoeveelheid elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen die de inschrijver kan leveren, en er niet wordt nagegaan in welke mate hij door zijn productiestructuur daadwerkelijk bijdraagt tot *vergroting van de uit hernieuwbare*

*energiebronnen opgewekte hoeveelheden elektriciteit*¹⁵, aldus het Bundesvergabeamt, kan men zich tevens afvragen in hoeverre dat gunningscriterium het mogelijk maakt het door de aanbestedende dienst gestelde doel te bereiken. Het is immers goed mogelijk, dat dat criterium niets uitmaakt voor de uit hernieuwbare energiebronnen opgewekte hoeveelheid elektriciteit, omdat het volledig aan de inschrijver wordt overgelaten of hij die elektriciteit zelf opwekt dan wel bij andere producenten inkoop.

50. Ook ten aanzien van dit probleem heeft alleen de Nederlandse regering stelling genomen. Zij merkt terecht op, dat het voor de aard van te verrichten dienst, te weten levering van elektriciteit uit hernieuwbare bronnen, niets uitmaakt of de leverancier die elektriciteit uit eigen productie levert dan wel bij andere producenten van elektriciteit uit hernieuwbare bronnen inkoop. Bij de geleverde elektriciteit uit hernieuwbare bron is er geen verschil, of zij nu door de leverancier is opgewekt dan wel door een derde.

51. Verder ben ik van mening, dat de omstandigheid dat het gunningscriterium het niet mogelijk maakt, zoals het Bundesvergabeamt vaststelt, het door de aanbestedende dienst gestelde doel te bereiken, te weten vergroting van de uit hernieuwbare energiebronnen opgewekte hoeveelheden elektriciteit, op zich geen aanwijzing vormt, dat dat criterium in strijd is met de communautaire regelgeving inzake overheidsopdrachten.

52. Ook indien de doelstellingen op het gebied van milieubescherming, die de aanbestedende dienst bij de keuze van dat criterium voor ogen had, niet worden gehaald, betekent dat niet, dat het in een oproep tot inschrijving opgenomen milieubeschermingscriterium onwettig is.

4. Het verband tussen het gunningscriterium en het voorwerp van de opdracht

53. In de vierde plaats overweegt het Bundesvergabeamt: omdat het bij het betrokken criterium uitsluitend gaat om de vraag hoe groot de totale leverbare hoeveelheid is, en niet hoeveel aan de aanbestedende dienst kan worden geleverd — wel heeft de aanbestedende dienst uitsluitend voor elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen gekozen — rijst de vraag of een dergelijk gunningscriterium directe economische voordelen voor de aanbestedende dienst kan hebben.

54. Over dit probleem betreffende het verband tussen het gunningscriterium en het voorwerp van de opdracht hebben partijen uitgebreid gediscussieerd.

55. Verweerster in het hoofdgeding en de Oostenrijkse regering zijn van mening dat de aanbestedende dienst, door ter bepaling

15 — Cursivering van mij.

van de voordeligste aanbieding in deze aanbestedingsprocedure naast de prijs ook de hoeveelheid groene stroom in aanmerking te nemen die elke inschrijver boven de hoe dan ook te garanderen hoeveelheid van 22,5 GWh kan leveren, de zekerheid van de voorziening met een bijzonder type elektriciteit als gunningscriterium heeft ingevoerd.

56. De Oostenrijkse regering zet daarbij uiteen, dat hoe groter de hoeveelheid energie is waarover een onderneming beschikt, hoe zekerder de levering is, omdat de voorziening dan ook gegarandeerd is bij pieken in de belasting van het elektriciteitsnet of wanneer het stroomverbruik van de koper tijdelijk sterk stijgt.

57. Hierin bijgevalen door verweerster in het hoofdgeding, betoogt de Oostenrijkse regering, dat leveringszekerheid als zodanig in geen dele een wezensvreemd criterium voor de dienstverrichting is, maar juist een economisch criterium: hoe meer zekerheid de inschrijver biedt, hoe geringer het risico voor de aanbestedende dienst dat aan zijn vraag niet kan worden voldaan en dat hij in voorkomend geval snel een andere, dure oplossing moet vinden.

58. Volgens de Zweedse regering volgt uit de tekst van de richtlijn noch uit de rechtspraak, dat de aanbestedende dienst zelf

een economisch voordeel uit de door hem toegepaste gunningscriteria moet verkrijgen. De in de oproep tot inschrijving vastgestelde criteria kunnen de opwekking van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen bevorderen, en de voordelen daarvan bestaan in een geringere aantasting van het milieu en dus een betere leefomgeving voor iedereen. Daarmee worden de voorwaarden voor een duurzame ontwikkeling geschapen.

59. Daarentegen menen verzoeksters in het hoofdgeding, de Nederlandse regering en de Commissie, dat het gunningscriterium, voorzover bepalende dat slechts in aanmerking wordt genomen de elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen boven 22,5 GWh per jaar — overeenkomend met het geschatte jaarverbruik van de te beleveren federale diensten — in strijd is met richtlijn 93/36, omdat er onvoldoende verband bestaat tussen dit criterium en het voorwerp van de opdracht.

60. Volgens verzoeksters in het hoofdgeding is het in geding zijnde criterium in werkelijkheid bedoeld om het vermogen van de inschrijvers een zo groot mogelijke hoeveelheid elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen te leveren, en uiteindelijk dus de inschrijvers zelf, te waarderen. Het gunningscriterium is in feite dus een verkap selectiecriterium.

61. Wat te denken van deze argumenten?

65. De volgende vraag is, of er volgens richtlijn 93/96 een verband tussen het gunningscriterium en het voorwerp van de opdracht moet bestaan.

62. Het is stellig juist dat, zoals verweerster in het hoofdgeding en de Oostenrijkse regering opmerken, het Hof in zijn arrest van 28 maart 1995, *Evans Medical en Macfarlan Smith*¹⁶, heeft overwogen, dat „de zekerheid van de bevoorrading een van de criteria kan zijn die [...] in aanmerking moeten worden genomen bij de bepaling van de economisch voordeligste aanbieding”.

66. In mijn conclusie van 13 december 2001 in de zaak *Concordia Bus Finland* (reeds aangehaald) gaf ik te kennen, dat een dergelijk vereiste niet duidelijk is.¹⁷ Ik verwees daarvoor naar het arrest van 26 september 2000, *Commissie/Frankrijk*¹⁸, waarin het Hof een op de werkgelegenheid afgestemd gunningscriterium, dat verband hield met plaatselijke anti-werkloosheidsmaatregelen, in principe geldig achtte.

63. Of het gunningscriterium waarom het in casu gaat, de zekerheid van de bevoorrading beoogt te garanderen, is echter een feitelijke vraag, die de verwijzende rechter dient te beantwoorden.

67. In het arrest *Concordia Bus Finland* evenwel heeft het Hof zich op dit punt uitdrukkelijk en duidelijk uitgesproken en geoordeeld (punt 69), dat „de aanbestedende dienst [...] rekening mag houden met milieucriteria [...] *voorzover deze criteria verband houden met het voorwerp van de opdracht* [...]”¹⁹

64. In zijn verwijzingsbeschikking suggereert het Bundesvergabeamt echter nergens, dat dat criterium inderdaad zo moet worden opgevat, dat het de zekerheid van de bevoorrading wil waarborgen. In het volgende ga ik er dan ook van uit, dat het dit doel niet heeft.

68. Welnu, aldus terecht verzoeksters in het hoofdgeding, de Nederlandse regering en de Commissie, een gunningscriterium waarmee punten worden toegekend voor de hoeveelheid elektriciteit uit duurzame

17 — Punten 110-112 van genoemde conclusie. Het ging daar om richtlijn 92/50, waarvan de relevante bepalingen in wezen echter overeenkomen met die van richtlijn 93/36. Zie punt 36 supra.

18 — C-225/98, *Jurispr.* blz. I-7445.

19 — *Cursivering van mij.*

16 — C-324/93, *Jurispr.* blz. I-563, punt 44.

energiebronnen die de inschrijver aan een onbepaalde kring van afnemers kan leveren, en waarbij enkel de hoeveelheid in aanmerking wordt genomen die boven het in de oproep tot inschrijving geraamde verbruik uitgaat, houdt geen verband met het voorwerp van de opdracht. Al uit de formulering ervan wordt immers duidelijk, dat dat criterium juist niet het voorwerp van de opdracht betreft.

69. Ik ben dan ook van mening, dat dat criterium onverenigbaar is met de vereisten van richtlijn 93/36.

70. In het onderhavige geval lijkt het mij bovendien te kunnen leiden tot ongelijke behandeling van de inschrijvers, in het bijzonder de kleine ondernemingen aan de ene kant en de grote aan de andere kant.

71. Nemen we het geval van twee leveranciers die beide de elektriciteit die voorwerp van de opdracht is, kunnen leveren, te weten ongeveer 22,5 GWh groene stroom per jaar. De eerste is een kleine leverancier, gespecialiseerd in het leveren van groene stroom, voor wie de in geding zijnde opdracht een grote opdracht is. De andere is een zeer grote leverancier, voor wie groene stroom maar een klein gedeelte van zijn activiteit is, maar die door zijn grootte niettemin veel meer groene stroom kan leveren dan de eerste leverancier. De betrokken opdracht is voor deze grote leverancier per definitie slechts een kleine opdracht.

72. Hoe hypothetisch dit voorbeeld ook is, er blijkt wel uit, dat terwijl beide leveranciers aan de voorwaarden van de opdracht voldoen, het in geding zijnde gunningscriterium in werkelijkheid geen ander effect heeft dan de grote leverancier juist wegens zijn grootte te bevoordelen. De omvang van een onderneming kan echter op zich geen objectieve rechtvaardiging opleveren om twee inschrijvers die aan de met het voorwerp van de opdracht samenhangende voorwaarden kunnen voldoen, verschillend te behandelen.

5. Het verzuim van de aanbestedende dienst om in de oproep tot inschrijving de periode te vermelden waarvoor de inschrijvers in hun aanbieding de leverbare hoeveelheid elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen moeten aangeven

73. In de vijfde plaats stelt het Bundesvergabeamt vast, dat de aanbestedende dienst niet een bepaalde leveringstermijn heeft vermeld waarvoor de leverbare hoeveelheid moest worden aangegeven. Het concludeert hieruit, dat een gedetailleerde verificatie van het vastgestelde criterium in het geheel niet mogelijk lijkt te zijn, dat het de aanbestedende dienst veel te veel vrijheid bij de gunning laat, en dat het in strijd is met het op het transparantiebeginsel gebaseerde vereiste van vergelijkbaarheid van de aanbiedingen.

74. De Nederlandse regering, die als enige uitdrukkelijk op dit punt ingaat, wijst er terecht op dat de inschrijvers vooraf over

de door de aanbestedende dienst gekozen criteria moeten worden geïnformeerd en dat deze criteria zo geformuleerd moeten zijn, dat een objectieve en eerlijke vergelijking van de verschillende aanbiedingen mogelijk is.

direct op geld waardeerbaar element niet een zo groot gewicht bij de gunningsbeslissing mag toekennen.

75. Ik verwijs hier naar het arrest SIAC Construction (reeds aangehaald), waarin het Hof overwoog (punt 42), dat „de gunningscriteria in het bestek of de aankondiging van de opdracht zo moeten zijn geformuleerd, dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn ze op dezelfde wijze te interpreteren”.

78. Wat dit punt betreft, ben ik met verweerster in het hoofdgeding van mening dat zolang de aanbestedende dienst correcte gunningscriteria hanteert, hij in principe vrij over de weging van die criteria kan beslissen.

76. Het staat aan de verwijzende rechter om, rekening houdend met alle in het hoofdgeding relevante feiten, te beoordelen of de gunningscriteria van de in geding zijnde opdracht aan dat vereiste voldoen.

79. In het arrest Evans Medical en Macfarlan Smith (reeds aangehaald) overwoog het Hof immers (punt 42), dat „de aanbestedende diensten bij de keuze van de economisch voordeligste aanbieding [kunnen] kiezen welke gunningscriteria zij zullen toepassen, [doch dat] die keuze enkel betrekking kan hebben op criteria ter bepaling van de economisch voordeligste aanbieding”.

6. De wegingscoëfficiënt van 45 %

77. Ten slotte acht het Bundesvergabeamt ook de wegingscoëfficiënt van 45 % voor het litigieuze gunningscriterium problematisch. Er valt immers tegen in te brengen, dat de aanbestedende dienst aan een niet

80. Wanneer nu de aanbestedende dienst vrij is in de keuze van de gunningscriteria, dan is hij, dunkt mij, ook vrij om het gewicht van die verschillende criteria vast te stellen, zolang ze er maar toe bijdragen de economisch voordeligste keuze te bepalen.

7. Conclusie met betrekking tot de eerste vraag

81. Gelet op het voorgaande, geef ik in overweging op de eerste vraag van het Bundesvergabeamt te antwoorden dat de voor het plaatsen van overheidsopdrachten geldende bepalingen van gemeenschapsrecht, in het bijzonder artikel 26 van richtlijn 93/36, de aanbestedende dienst verbieden om voor de levering van elektriciteit een gunningscriterium met een wegingscoëfficiënt van 45 % vast te stellen, waarbij de inschrijver — zonder gebonden te zijn aan een bepaalde leveringstermijn — moet aangeven, hoeveel elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen hij aan een niet nader omschreven kring van afnemers kan leveren, en de inschrijver die de hoogste hoeveelheid vermeldt, het maximumaantal punten verkrijgt, met dien verstande dat enkel de hoeveelheid die het in het kader van de uitgeschreven aanbesteding te verwachten verbruik overschrijdt, in aanmerking wordt genomen.

C — *De tweede prejudiciële vraag*

82. Met zijn tweede vraag wenst het Bundesvergabeamt te vernemen, of de voor het plaatsen van overheidsopdrachten geldende bepalingen van gemeenschapsrecht, in het bijzonder artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 89/665, verbieden de nietigverklaring van een onwettig besluit in het kader van de in artikel 1 van richtlijn 89/665 bedoelde beroepsprocedure afhankelijk te stellen van het bewijs, dat het onwettige

besluit van wezenlijke invloed is geweest op het resultaat van de aanbestedingsprocedure.

83. Met betrekking tot deze vraag zet het Bundesvergabeamt uiteen, dat de door hem in de beroepsprocedure toe te passen nationale bepaling hem niet toestaat een besluit van de aanbestedende dienst nietig te verklaren enkel omdat hij het als onwettig beschouwt. De ter zake toepasselijke bepaling, artikel 117, lid 1, punt 2, BVergG, verlangt bovendien dat het besluit waartegen het beroep is gericht, wezenlijke invloed heeft gehad op het resultaat van de aanbestedingsprocedure. Het Bundesvergabeamt vraagt zich af, of dit vereiste zich met het gemeenschapsrecht verdraagt.

84. Om te beginnen stel ik met de Oostenrijkse regering vast, dat de betrokken nationale bepaling niet raakt aan de door artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 geregelde vraag wanneer een inschrijver beroep kan instellen, maar op de vraag onder welke voorwaarden een besluit van de aanbestedende dienst nietig kan worden verklaard.

85. En zoals de Oostenrijkse regering terecht opmerkt, bevat richtlijn 89/665, en

meer in het bijzonder artikel 2, lid 1, sub b²⁰, helemaal geen voorwaarden voor een nietigverklaring. Concreet gezegd, zij bepaalt in het geheel niets met betrekking tot de vraag, of de nietigverklaring van een onwettig besluit in een beroep als bedoeld in artikel 1 van de richtlijn afhankelijk kan worden gesteld van de voorwaarde, dat het onwettige besluit aantoonbaar wezenlijke invloed op het resultaat van de aanbestedingsprocedure heeft gehad.

86. Volgens de recente arresten van 18 juni 2002, HI²¹, en 12 december 2002, *Universale-Bau*²², belet het gemeenschapsrecht in beginsel echter niet, dat het nationale recht aspecten van de beroepsprocedure regelt waarover de richtlijn het zwijgen bewaart, „mits de toepasselijke nationale voorschriften niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke vorderingen krachtens nationaal recht gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel), en de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (effectiviteitsbeginsel) (in overeenkomstige zin, arresten van 20 september 2001, *Banks*, C-390/98, *Jurispr. blz. I-6117*, punt 121, en *Courage en Crehan*, C-453/99, *Jurispr. blz. I-6297*, punt 29)”.²³

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

[...]
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;

[...]

21 — C-92/00, *Jurispr. blz. I-5553*.

22 — C-470/99, *Jurispr. blz. I-11617*.

23 — Arrest HI, reeds aangehaald, punt 67.

87. Het staat dus aan de verwijzende rechter om, rekening houdend met de bijzonderheden van de zaak, na te gaan of bedoelde voorwaarde niet ongunstiger is dan die welke voor soortgelijke vorderingen krachtens nationaal recht gelden, en de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maakt.

88. Ik geef derhalve in overweging op de tweede prejudiciële vraag te antwoorden, dat de voor het plaatsen van overheidsopdrachten geldende bepalingen van gemeenschapsrecht, in het bijzonder artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 89/665, niet verbieden de nietigverklaring van een onwettig besluit in het kader van de in artikel 1 van richtlijn 89/665 bedoelde beroepsprocedure afhankelijk te stellen van het bewijs, dat het onwettige besluit van wezenlijke invloed is geweest op het resultaat van de aanbestedingsprocedure, mits die voorwaarde niet ongunstiger is dan die welke voor soortgelijke vorderingen krachtens nationaal recht geldt (gelijkwaardigheidsbeginsel), en de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maakt (effectiviteitsbeginsel).

D — De derde prejudiciële vraag

89. Met zijn derde vraag wenst het Bundesvergabeamt te vernemen, of de voor het plaatsen van overheidsopdrachten geldende

bepalingen van gemeenschapsrecht, in het bijzonder artikel 26 van richtlijn 93/36, verbieden de nietigverklaring van een onwettig besluit in het kader van de in artikel 1 van richtlijn 89/665 bedoelde beroepsprocedure afhankelijk te stellen van het bewijs, dat dit besluit van wezenlijke invloed is geweest op het resultaat van de aanbestedingsprocedure, wanneer de beroepsinstantie voor dit bewijs moet nagaan of de rangorde van de daadwerkelijk ingediende aanbiedingen verandert in geval van een nieuwe beoordeling waarbij het onwettige gunningscriterium niet in aanmerking wordt genomen.

1. Commentaar van het Bundesvergabeamt

90. In verband met deze vraag zet het Bundesvergabeamt uiteen, dat volgens de wetsgeschiedenis waarop ingevolge de Oostenrijkse interpretatiemethoden moet worden teruggegrepen, de beroepsinstantie voor het antwoord op de vraag of het betwiste besluit van de aanbestedende dienst wezenlijk is voor het resultaat van de aanbestedingsprocedure, moet nagaan of de opdracht, indien de aanbestedende dienst correct had gehandeld, aan een andere inschrijver was gegund.

91. In concreto betekent dit volgens het Bundesvergabeamt, dat de beroepsinstantie het onwettig geachte gunningscriterium buiten beschouwing moet laten en de daadwerkelijk ingediende aanbiedingen aan de

resterende gunningscriteria moet toetsen om na te gaan of dat leidt tot een andere rangorde dan de aanbestedende dienst heeft vastgesteld.

92. Het Bundesvergabeamt betwijfelt echter, of deze werkwijze wel met het gemeenschapsrecht strookt. Het merkt op, dat hoewel het nationale recht er duidelijk toe dwingt, het zou betekenen, dat het gunningsbesluit in het kader van de beroepsprocedure wordt genomen en dat de aanbiedingen worden beoordeeld door afweziging van criteria die de inschrijvers van te voren niet kenden en waarmee zij bij de opstelling van hun offerte dus ook geen rekening konden houden. Deze consequentie lijkt onverenigbaar met artikel 26, lid 2, van de richtlijn, temeer omdat een inschrijver met recht en reden zou kunnen betogen dat hij zijn aanbieding dienovereenkomstig anders zou hebben geformuleerd, indien hij had geweten dat de criteria anders zouden worden gewogen (in casu zou de prijs een wegingscoëfficiënt van 100 % in plaats van 55 % hebben gekregen).

93. Zo deze interpretatie juist is, aldus het Bundesvergabeamt, lijkt intrekking van de aanbesteding de enig mogelijke oplossing te zijn, omdat de gunningsprocedure anders wordt voortgezet met toepassing van een wegingscriterium dat noch door de aanbestedende dienst is vastgesteld noch de inschrijvers bekend was.

2. Argumenten van partijen

94. Verweerster in het hoofdgeding en de Oostenrijkse regering zeggen in hun schriftelijke opmerkingen de twijfel van het Bundesvergabeamt over de conformiteit van de door hem beschreven werkwijze met het gemeenschapsrecht niet te delen.

95. Verweerster in het hoofdgeding betoogt, dat een inbreuk op de bepalingen inzake de aanbesteding van overheidsopdrachten, die niet tot een andere rangorde van de aanbiedingen leidt, geen wijziging brengt in de bepaling van het beste aanbod. Als het echter geen gevolgen heeft voor de bepaling van het beste aanbod, verkrijgt de inschrijver die in beroep is gegaan, noch de opdracht noch een schadevergoeding.

96. Verweerster in het hoofdgeding wijst erop, dat er in de onderhavige aanbestedingsprocedure door het buiten beschouwing laten van het omstreden gunningscriterium niets verandert, aangezien KELAG tevens verreweg de laagste prijs heeft aangeboden.

97. De Oostenrijkse regering vindt het onbegrijpelijk dat er een beroepsprocedure moet plaatsvinden op verzoek van een inschrijver die op een uitzichtloze plaats is

beland, wanneer de gestelde onwettigheid van de gunningsprocedure hoe dan ook niet zou betekenen dat hij of eventuele andere derde belanghebbenden zelfs bij een regelmatig verloop van de gunningsprocedure beter zouden zijn geplaatst.

98. Ter terechtzitting heeft de Oostenrijkse regering evenwel verklaard, dat het Bundesvergabeamt zijn derde prejudiciële vraag in verband met een al jaren afgeschafte Oostenrijkse regeling heeft gesteld, en dat zij zich ten gronde bij het standpunt van de Commissie aansluit.

99. De Commissie en verzoeksters in het hoofdgeding zijn van mening, dat de door het Bundesvergabeamt voorgestelde werkwijze onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht.

100. Het buiten beschouwing laten van een vastgesteld gunningscriterium, zelfs indien dit onwettig is, is volgens verzoeksters in het hoofdgeding in strijd met centrale beginselen van het gemeenschapsrecht inzake aanbesteding van overheidsopdrachten, zoals openbaarheid en transparantie,

101. De Commissie merkt op, dat de derde prejudiciële vraag eigenlijk niet relevant is, omdat noch de aanbestedende dienst noch

de beroepsinstantie eenmaal gepubliceerde gunningscriteria kan wijzigen.

102. De Zweedse en de Nederlandse regering hebben zich niet over deze vraag uitgelaten.

3. Beoordeling

103. Om te beginnen: de opmerking van de Oostenrijkse regering, dat het Bundesvergabeamt zich voor zijn derde vraag heeft laten leiden door een nationale regeling die al enkele jaren is afgeschaft, behoeft voor ons geen reden te zijn om die vraag niet te beantwoorden.

104. Het is immers vaste rechtspraak, dat uitsluitend de nationale rechter heeft te oordelen over de relevantie van de vragen die hij het Hof voorlegt.²⁴

²⁴ — Zie, onder meer, arresten van 15 december 1995, *Bosman* (C-415/93, Jurispr. blz. I-4921, punt 59); 25 juni 2002, *Bigi* (C-66/00, Jurispr. blz. I-5917, punt 18), en 10 december 2002, *der Weduwe* (C-153/00, Jurispr. blz. I-11319, punt 31).

105. Vervolgens: gelet op de toelichtingen van het Bundesvergabeamt alsook op het door mij voorgestelde antwoord op de tweede prejudiciële vraag, ben ik van mening dat de derde vraag aldus moet worden begrepen, dat het Bundesvergabeamt wenst te vernemen of een nationaal voorschrift als dat van artikel 117 BVergG, volgens hetwelk een onwettig besluit in het kader van de beroepsprocedure nietig kan worden verklaard indien wordt aangetoond dat dat besluit het resultaat van de aanbestedingsprocedure wezenlijk heeft beïnvloed, onverenigbaar is met het effectiviteitsbeginsel, aangezien dat voorschrift de nationale rechter verplicht na te gaan, of de rangorde van de daadwerkelijk ingediende aanbiedingen verandert wanneer deze opnieuw worden beoordeeld zonder het onrechtmatige gunningscriterium in aanmerking te nemen.

106. Ik meen, dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord.

107. Zoals immers de Commissie terecht opmerkt, heeft het Hof in het arrest *SIAC Construction* (reeds aangehaald) het volgende overwogen:

„41[...] het beginsel van gelijke behandeling [omvat] een verplichting tot transparantie, opdat de naleving ervan kan worden gecontroleerd (zie, naar analogie, arrest van 18 november 1999, *Unitron Scandinavia en 3-S*, C-275/98, Jurispr. blz. I-8291, punt 31).

42 Dit betekent meer in het bijzonder, dat de gunningscriteria in het bestek of in de aankondiging van de opdracht zodanig moeten zijn geformuleerd, dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze op dezelfde wijze te interpreteren.

Franse en de Engelse taalversie van artikel 26, lid 2, van richtlijn 93/36²⁶, waaruit volgens haar blijkt dat een wijziging van de gunningscriteria in de loop van de procedure niet bij voorbaat is uitgesloten.

43 Deze verplichting tot transparantie impliceert eveneens dat de aanbestedende dienst *de gunningscriteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze moet uitleggen* (zie, in die zin, arrest Commissie/België, [C-87/94, Jurispr. blz. I-2043], punten 88 en 89).²⁵

110. Aan het vereiste dat de gunningscriteria in de loop van de procedure niet mogen worden gewijzigd, wordt niet voldaan wanneer de beroepsinstantie, om vast te stellen of de voorwaarden voor nietigverklaring zijn vervuld, de aanbiedingen opnieuw beoordeelt met terzijdestelling van een van de gunningscriteria.

108. Hieruit volgt a fortiori, dat de aanbestedende dienst, wil hij het beginsel van gelijke behandeling eerbiedigen, *gedurende de gehele procedure dezelfde gunningscriteria moet toepassen*.

111. Een dergelijke werkwijze komt er in feite op neer, dat de door de aanbestedende dienst vastgestelde gunningscriteria worden gewijzigd, en het valt niet aan te nemen dat dat geen gevolg voor de situatie van de verschillende inschrijvers zou hebben.

109. In zoverre als deze uitlegging op het beginsel van gelijke behandeling is gebaseerd, kan de Oostenrijkse regering ze niet ter discussie stellen door in haar schriftelijke opmerkingen te verwijzen naar de

112. Het Bundesvergabeamt en verzoekers in het hoofdgeding wijzen er terecht op, dat als er in de oproep tot inschrijving andere gunningscriteria hadden gestaan dan er daadwerkelijk in stonden, elke

25 — Cursivering van mij.

26 — „Dans le cas visé au paragraphe 1 point b), le pouvoir adjudicateur mentionne, dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, tous les critères d'attribution dont il prévoit l'utilisation, si possible dans l'ordre décroissant de l'importance qui leur est attribuée”, en „In the case referred to in point (b) of paragraph 1, the contracting authority shall state in the contract documents or in the contract notice all the criteria they intend to apply to the award, where possible in descending order of importance”. Cursivering van mij.

inschrijver, ook die die het beroep heeft ingesteld, een andere offerte had kunnen indienen. Het is heel goed denkbaar, aldus het Bundesvergabeamt, dat een inschrijver die op punten bij het criterium hernieuwbare energie rekende, een lagere prijs had aangeboden indien hij had geweten dat uiteindelijk alleen het prijscriterium zou worden toegepast.

of de voor het plaatsen van overheidsopdrachten geldende bepalingen van gemeenschapsrecht, in het bijzonder artikel 26 van richtlijn 93/36, de aanbestedende dienst verplichten tot intrekking van de aanbesteding, indien in de in artikel 1 van richtlijn 89/665 bedoelde beroepsprocedure blijkt dat een van de door hem vastgestelde gunningscriteria onwettig is.

113. Ik geef derhalve in overweging op de derde vraag te antwoorden, dat de voor het plaatsen van overheidsopdrachten geldende bepalingen van gemeenschapsrecht, in het bijzonder artikel 26 van richtlijn 93/36, verbieden de nietigverklaring van een onwettig besluit in het kader van de in artikel 1 van richtlijn 89/665 bedoelde beroepsprocedure afhankelijk te stellen van het bewijs, dat dit besluit van wezenlijke invloed is geweest op het resultaat van de aanbestedingsprocedure, wanneer de beroepsinstantie voor dit bewijs moet nagaan of de rangorde van de daadwerkelijk ingediende aanbiedingen verandert in geval van een nieuwe beoordeling waarbij het onwettige gunningscriterium niet in aanmerking wordt genomen.

115. Volgens de toelichtingen van het Bundesvergabeamt bij de derde vraag hangt de vierde vraag ten nauwste samen met de derde in die zin, dat een bevestigend antwoord op de derde vraag automatisch tot een bevestigend antwoord op de vierde vraag zou moeten leiden.

116. Ook de partijen die zich over deze vraag hebben uitgelaten, stellen bij de vierde vraag een antwoord voor dat in dezelfde richting gaat als het antwoord dat zij respectievelijk op de derde vraag hebben voorgesteld.

E — *De vierde prejudiciële vraag*

114. Met zijn vierde prejudiciële vraag wenst het Bundesvergabeamt te vernemen,

117. Ik voor mij ben van mening dat wij, om een nuttig antwoord op de vierde vraag te kunnen geven, ze eerst anders moeten formuleren.

118. Het enkele feit dat een van de gunningscriteria in een beroepsprocedure krachtens artikel 1 van richtlijn 89/665 onwettig is gebleken, behoeft immers niet tot de conclusie te leiden dat de aanbestedende dienst de aanbesteding moet intrekken.

van de door hem vastgestelde gunningscriteria onwettig is, *en dit criterium om die reden door de beroepsinstantie nietig wordt verklaard.*

119. Ter terechtzitting hebben verweerster in het hoofdgeding en de Oostenrijkse regering opgemerkt, dat indien het beroep na de sluiting van de overeenkomst wordt ingesteld en een lidstaat gebruik maakt van de mogelijkheid van artikel 2, lid 6, tweede alinea, van richtlijn 89/665²⁷, de vaststelling in de beroepsprocedure, dat een gunningscriterium onwettig is, niet resulteert in de intrekking van de aanbesteding, maar enkel in schadevergoeding voor de afgewezen inschrijver.

121. Aldus geformuleerd verdient de vraag mijns inziens een bevestigend antwoord.

122. Zoals immers bij de bespreking van de derde vraag is gebleken, moeten de gunningscriteria gedurende de gehele aanbestedingsprocedure dezelfde blijven. De aanbestedende dienst kan de aanbestedingsprocedure dus niet voortzetten wanneer de beroepsinstantie een van de gunningscriteria nietigverklaart.

120. De vraag moet dus luiden, of de voor het plaatsen van overheidsopdrachten geldende bepalingen van gemeenschapsrecht, in het bijzonder artikel 26 van richtlijn 93/36, de aanbestedende dienst verplichten tot intrekking van de aanbesteding, indien in de in artikel 1 van richtlijn 89/665 bedoelde beroepsprocedure blijkt dat een

123. Ik geef derhalve in overweging op de vierde prejudiciële vraag te antwoorden, dat de voor het plaatsen van overheidsopdrachten geldende bepalingen van gemeenschapsrecht, in het bijzonder artikel 26 van richtlijn 93/36, de aanbestedende dienst verplichten tot intrekking van de aanbesteding, indien in de in artikel 1 van richtlijn 89/665 bedoelde beroepsprocedure blijkt dat een van de door hem vastgestelde gunningscriteria onwettig is, en dit criterium om die reden door de beroepsinstantie nietig wordt verklaard.

27 — „[...] 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 een ieder die door een schending werd gelacideerd”.

V — Conclusie

124. Gelet op het voorgaande, geef ik in overweging te antwoorden:

— op de eerste prejudiciële vraag:

„De voor het plaatsen van overheidsopdrachten geldende bepalingen van gemeenschapsrecht, in het bijzonder artikel 26 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 de aanbestedende dienst om voor de levering van elektriciteit een gunningscriterium met een wegingscoëfficiënt van 45 % vast te stellen, waarbij de inschrijver — zonder gebonden te zijn aan een bepaalde leveringstermijn — moet aangeven, hoeveel elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen hij aan een niet nader omschreven kring van afnemers kan leveren, en de inschrijver die de hoogste hoeveelheid vermeldt, het maximumaantal punten verkrijgt, met dien verstande dat enkel de hoeveelheid die het in het kader van de uitgeschreven aanbesteding te verwachten verbruik overschrijdt, in aanmerking wordt genomen”;

— op de tweede prejudiciële vraag:

„De voor het plaatsen van overheidsopdrachten geldende bepalingen van gemeenschapsrecht, in het bijzonder artikel 2, lid 1, sub b, 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, verbieden niet de nietigverklaring van een

onwettig besluit in het kader van de in artikel 1 van richtlijn 89/665 bedoelde beroepsprocedure afhankelijk te stellen van het bewijs, dat het onwettige besluit van wezenlijke invloed is geweest op het resultaat van de aanbestedingsprocedure, mits die voorwaarde niet ongunstiger is dan die welke voor soortgelijke vorderingen krachtens nationaal recht geldt (gelijkwaardigheidsbeginsel), en de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maakt (effectiviteitsbeginsel)”;

— op de derde prejudiciële vraag:

„De voor het plaatsen van overheidsopdrachten geldende bepalingen van gemeenschapsrecht, in het bijzonder artikel 26 van richtlijn 93/36, verbieden de nietigverklaring van een onwettig besluit in het kader van de in artikel 1 van richtlijn 89/665 bedoelde beroepsprocedure afhankelijk te stellen van het bewijs, dat dit besluit van wezenlijke invloed is geweest op het resultaat van de aanbestedingsprocedure, wanneer de beroepsinstantie voor dit bewijs moet nagaan of de rangorde van de daadwerkelijk ingediende aanbiedingen verandert in geval van een nieuwe beoordeling waarbij het onwettige gunningscriterium niet in aanmerking wordt genomen”;

— op de vierde prejudiciële vraag:

„De voor het plaatsen van overheidsopdrachten geldende bepalingen van gemeenschapsrecht, in het bijzonder artikel 26 van richtlijn 93/36, verplichten de aanbestedende dienst tot intrekking van de aanbesteding, indien in de in artikel 1 van richtlijn 89/665 bedoelde beroepsprocedure blijkt dat een van de door hem vastgestelde gunningscriteria onwettig is, en dit criterium om die reden door de beroepsinstantie nietig wordt verklaard”.