

ARREST VAN HET HOF (Zesde kamer)

18 maart 2004 ^{*}

In zaak C-314/01,

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

Siemens AG Österreich,

ARGE Telekom & Partner

en

Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger,

en

Bietergemeinschaft EDS/ORGa,

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB L 395, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 92/50/EEG

^{*} Procestaal: Duits.

van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1),

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: V. Skouris, waarnemend voor de president van de Zesde kamer, C. Gulmann, J.-P. Puissochet, R. Schintgen (rapporteur) en N. Colneric, rechters,

advocaat-generaal: L. A. Geelhoed,
griffier: M.-F. Contet, hoofdadministrateur,

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

- ARGE Telekom & Partner, vertegenwoordigd door M. Öhler, Rechtsanwalt,
- Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, vertegenwoordigd door G. Lansky, Rechtsanwalt,
- Bietergemeinschafft EDS/ORGA, vertegenwoordigd door R. Regner, Rechtsanwalt,
- de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door M. Fruhmann als gemachtigde,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door M. Nolin als gemachtigde, bijgestaan door R. Roniger, Rechtsanwalt,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de mondelinge opmerkingen van Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, vertegenwoordigd door T. Hamerl, Rechtsanwalt; de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door M. Fruhmann, en de Commissie, vertegenwoordigd door M. Nolin, bijgestaan door R. Roniger, ter terechtzitting van 18 september 2003,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 20 november 2003,

het navolgende

Arrest

1 Bij beschikking van 11 juli 2001, ingekomen bij het Hof op 9 augustus daaraanvolgend, heeft het Bundesvergabeamt het Hof krachtens artikel 234 EG vier prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB L 395, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1; hierna: „richtlijn 89/655”).

- 2 Deze vragen zijn gerezen in een geding van de vennootschappen Siemens AG Österreich (hierna: „Siemens”) en ARGE Telekom & Partner (hierna: „ARGE Telekom”) tegen Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (federatie van Oostenrijkse socialezekerheidsinstellingen; hierna: „Hauptverband”) als aanbestedende dienst, over een aanbestedingsprocedure betreffende een overheidsopdracht voor leveringen en voor het verrichten van diensten.

Toepasselijke bepalingen

Bepalingen van gemeenschapsrecht

- 3 Artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 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.”

- 4 Artikel 2 van richtlijn 89/665 preciseert in dit verband welke verplichtingen op de lidstaten rusten. Leden 1, 6 en 7 daarvan bepalen:

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

- a) zo snel mogelijk in kort geding voorlopige maatregelen te nemen om de beweerde schending ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad, met inbegrip van maatregelen om de aanbestedingsprocedure of de tenuitvoerlegging van enig door de aanbestedende diensten genomen besluit, op te schorten c.q. te doen opschorten;
- b) onwettige besluiten nietig te verklaren c.q. nietig te doen verklaren, met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische of financiële specificaties in oproepen tot inschrijving, bestekken dan wel in enig ander stuk dat verband houdt met de aanbestedingsprocedure;
- c) schadevergoeding toe te kennen aan degenen die door een schending zijn gelaedeerd.

[...]

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 moet worden nietig verklaard, kan een lidstaat bepalen dat na de sluiting van een overeenkomst ingevolge de gunning van een opdracht, de bevoegdheden van de voor

beroepsprocedures verantwoordelijke instantie beperkt blijven tot het toekennen van schadevergoeding aan eenieder die door een schending werd gelaedeerd.

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

- 5 Richtlijn 92/50 geeft gemeenschappelijke regels voor de deelname aan procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, en voorziet onder meer in de mogelijkheid om een gedeelte van de opdracht aan derden in onderaanneming te geven. Artikel 25 van deze richtlijn bepaalt aldus:

„In het bestek kan de aanbestedende dienst de inschrijver verzoeken in zijn offerte aan te geven welk gedeelte van de opdracht hij eventueel voornemens is aan derden in onderaanneming te geven.

Deze mededeling laat de vraag naar de aansprakelijkheid van de hoofddienstverlener onverlet.”

- 6 Richtlijn 92/50 stelt tevens de kwalitatieve selectiecriteria vast aan de hand waarvan kan worden bepaald welke kandidaten tot de aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht voor dienstverlening worden toegelaten. Artikel 32 van deze richtlijn luidt als volgt:

„1. De geschiktheid van dienstverleners om diensten te verrichten kan worden beoordeeld aan de hand van met name hun vakkundigheid, efficiency, ervaring en betrouwbaarheid.

2. De technische bekwaamheid van de dienstverlener kan op een of meer van de volgende manieren worden bewezen, afhankelijk van de aard, de hoeveelheid en het gebruik van de te verlenen diensten:

[...]

- c) door opgave van de al dan niet tot de onderneming van de dienstverlener behorende technici of technische organen, in het bijzonder van die welke belast zijn met de kwaliteitscontrole;

[...]

- h) door opgave van het gedeelte van de opdracht dat de dienstverlener desgevallend voornemens is in onderaanneming te geven.

3. De aanbestedende dienst geeft in de aankondiging of in de uitnodiging tot inschrijving aan, welke referenties hij verlangt.

[...]”

Bepalingen van nationaal recht

- 7 De richtlijnen 89/665 en 92/50 zijn in Oostenrijks recht omgezet bij het Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (federale wet uit 1997 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten, BGBl I, 1997/56, in de versie gepubliceerd in BGBl I, 2000/125; hierna: „BVerG”).

- 8 § 31 BVerG heeft betrekking op de prestaties van onderaannemers en luidt:

„1. In het bestek moet worden bepaald of onderaanneming is toegestaan. Het doorgeven van de gehele opdracht is niet toegestaan, met uitzondering van koopovereenkomsten en het doorgeven aan met de opdrachtnemer verbonden ondernemingen. Bij bouwopdrachten is het doorgeven van het overwegende deel van de prestaties die het voorwerp van de aanneming vormen, niet toegestaan. [...] De opdrachtgever dient te verzekeren dat de onderaannemers van de opdrachtnemer de aan hen overgedragen delen van de opdrachten in overwegende mate zelf uitvoeren. In uitzonderingsgevallen kan in het bestek door de opdrachtgever gemotiveerd worden bepaald dat het is toegestaan de opdracht voor het merendeel door te geven. Het doorgeven van delen van de opdracht is overigens slechts dan toegestaan indien de onderaannemer bekwaam is voor de uitvoering van zijn aandeel.

2. De opdrachtgever dient in het bestek de inschrijver te verzoeken in zijn offerte aan te geven welk deel van de opdracht hij eventueel voornemens is aan derden in onderaanneming te geven. Deze mededeling laat de vraag naar de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer onverlet.”

9 § 40, lid 1, BVergG betreffende de intrekking van de aanbesteding, bepaalt:

„Gedurende de inschrijvingstermijn kan de aanbesteding wegens dwingende redenen worden ingetrokken, in het bijzonder indien voor het einde van de inschrijvingstermijn omstandigheden bekend worden die, waren zij eerder bekend geweest, een aanbesteding zouden hebben uitgesloten, dan wel tot een inhoudelijk wezenlijk andere aanbesteding zouden hebben geleid.”

10 De §§ 52 en volgende, BVergG betreffen de beoordeling van de inschrijvingen. § 52, lid 1, luidt:

„Voordat de aanbestedende dienst overgaat tot de keuze van de voor gunning in aanmerking komende inschrijving dient hij op grond van de resultaten van de beoordeling de volgende offertes onmiddellijk uit te sluiten:

[...]

9) offertes van inschrijvers die met andere inschrijvers voor de opdrachtgever nadelige afspraken hebben gemaakt die in strijd zijn met de goede zeden of met het beginsel van effectieve mededinging;

[...]”

- 11 § 113 BVergG, waarin de bevoegdheden van het Bundesvergabeamt (federaal aanbestedingsbureau) zijn geregeld, bepaalt in de leden 2 en 3:

„2. Het Bundesvergabeamt is tot op het tijdstip van de gunning bevoegd om ter opheffing van overtredingen van de onderhavige wet en van de uitvoeringsbesluiten daarvan,

1) voorlopige maatregelen te nemen, en

2) onrechtmatige besluiten van de aanbestedende dienst van de opdrachtgever nietig te verklaren.

3. Na gunning van een opdracht of na de beëindiging van de aanbestedingsprocedure is het Bundesvergabeamt bevoegd om vast te stellen dat als gevolg van een overtreding van deze wet of van de uitvoeringsbesluiten daarvan de opdracht niet aan de beste inschrijver is gegund. [...]”

- 12 § 117, leden 1 en 3, BVergG bepaalt:

„1. Een in de loop van een aanbestedingsprocedure door de aanbestedende dienst genomen besluit wordt bij administratieve beslissing van het Bundesvergabeamt, met inachtneming van het advies van de bemiddelingscommissie in de betrokken zaak, nietig verklaard indien het

1) in strijd is met de bepalingen van de onderhavige wet of van de uitvoeringsbesluiten daarvan, en

2) het resultaat van de aanbestedingsprocedure wezenlijk beïnvloedt.

[...]

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

13 Volgens § 125, lid 2, BVergG is een schadevordering, die bij de burgerlijke rechter moet worden ingesteld, slechts ontvankelijk wanneer het Bundesvergabeamt vooraf een vaststelling in de zin van § 113, lid 3, van deze wet heeft gedaan. Deze vaststelling is bindend voor de geadieerde burgerlijke rechter evenals voor de partijen in de procedure voor het Bundesvergabeamt.

14 § 879, lid 1, van het Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (algemeen burgerlijk wetboek) bepaalt:

„Een overeenkomst die in strijd is met een wettelijk verbod of met de goede zeden, is nietig.”

Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

- 15 Op 21 september 1999 maakte de Hauptverband in het supplement bij het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* het voornemen bekend een aanbesteding in twee fasen te houden voor het plaatsen van de opdracht om een elektronisch gegevensverwerkingsstelsel op basis van chipkaarten te ontwerpen, uit te werken en te verwezenlijken, met inbegrip van levering, initialisering, personalisering, verdeling en vernietiging van de kaarten over geheel Oostenrijk, levering, installatie en onderhoud van de eindapparatuur in het gehele gebied, alsook ondersteuning bij de functionering van de elektronische gegevensverwerking van het stelsel, bij de functionering van een call-center, bij het beheer van de kaarten en bij andere dienstverrichtingen die noodzakelijk zijn voor de werking van dat stelsel.
- 16 Op 22 februari 2000 besloot de Hauptverband om vijf van de zes inschrijvercombinaties die aan de eerste fase van de procedure hadden deelgenomen, uit te nodigen offertes in te dienen en om de zesde bieder uit te sluiten. Punt 1.8 van de aanbestedingsvoorwaarden van 15 maart 2000, waarin de bewoordingen van de bekendmaking van de opdracht van 21 september 1999 zijn overgenomen, luidt:

„Het in onderaanneming geven van gedeelten van de opdracht is toegestaan tot 30 % van de diensten en slechts voorzover de essentiële onderdelen van het contract, namelijk het projectbeheer, het ontwerp van het stelsel, de ontwikkeling, verwezenlijking, levering en beheer van de voor het project specifieke centrale componenten van het gehele stelsel, ontwikkeling, levering en beheer van de levenscyclus van de kaarten alsook de ontwikkeling en levering van de eindapparatuur, bij de inschrijver/combinatie van inschrijvers blijven.”
- 17 Blijkens de verwijzingsbeschikking is deze voorwaarde waarmee de persoonlijke verantwoordelijkheid van de leverancier van de kaarten wordt benadrukt, opgenomen teneinde een goede uitvoering van de opdracht op technisch vlak te waarborgen.

- 18 In drie van de vier inschrijvercombinaties die een offerte hadden ingediend, te weten Siemens, ARGE Telekom en Debis Systemhaus Österreich GmbH (hierna: „Debis”), was de kaartenleverancier Austria Card, Plastikkard und Ausweissysteme GmbH (hierna: „Austria Card”) opgenomen, die de levering van de kaarten moest verzorgen. De vierde combinatie, waarvan Austria Card geen deel uitmaakte, was de inschrijvercombinatie EDS/ORGa (hierna: „EDS/ORGa”), die werd gevormd door de ondernemingen Electronic Data Systems (EDS Austria) GmbH, Electronic Data Systems (EDS Deutschland) GmbH en ORGA Kartensysteme GmbH.
- 19 Bij brief van 18 december 2000 zijn de eerste drie inschrijvercombinaties ervan in kennis gesteld dat de Hauptverband het voornemen had de opdracht aan EDS/ORGa te gunnen.
- 20 Na tevergeefs te hebben getracht om bij de Bundesvergabekontrollkommission (federale commissie voor toezicht op aanbestedingen) een bemiddelingsprocedure in te stellen, hebben de drie afgewezen combinaties bij het Bundesvergabeamt beroepen ingesteld, primair tot nietigverklaring van het besluit van de Hauptverband om de opdracht aan EDS/ORGa te gunnen, en subsidiair tot intrekking van de aanbesteding.
- 21 Bij beschikking van 19 maart 2001 heeft het Bundesvergabeamt al deze beroepen niet-ontvankelijk verklaard wegens ontbreken van procesbevoegdheid en procesbelang, aangezien de offertes van de eisers in die zaken ingevolge § 52, lid 1, BVergG door de Hauptverband hoe dan ook hadden moeten worden uitgesloten omdat het feit dat Austria Card deel uitmaakte van de drie betrokken inschrijvercombinaties tot vervalsing van de vrije mededinging kon leiden vanwege de informatie-uitwisseling en onderhandelingen over de inhoud van de offertes, die mogelijk werden gemaakt vanwege de betrokkenheid van Austria Card bij deze drie combinaties.

- 22 Blijkens het dossier is deze beschikking van het Bundesvergabeamt door het Verfassungsgerichtshof (Oostenrijk) bij arrest van 12 juni 2001 nietig verklaard, op grond dat het grondwettelijke recht van de betrokken drie combinaties op een procedure bij de door de wet aangewezen rechter was geschonden, omdat het Bundesvergabeamt zijn beslissing had genomen zonder het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken.
- 23 Op 28 en 29 maart 2001 stelden Debis en ARGE Telekom bij het Bundesvergabeamt een tweede reeks beroepen in, waarmee zij met name nietigverklaring vorderden van het besluit van de Hauptverband om de aanbesteding niet in te trekken, alsmede als voorlopige maatregel een verbod om de opdracht te gunnen gedurende twee maanden vanaf het instellen van de procedure, waar het het beroep van Debis betrof, of totdat het Bundesvergabeamt in het hoofdgeding uitspraak zou hebben gedaan, waar het het beroep van ARGE Telekom betrof.
- 24 Bij beschikking van 5 april 2001, waarbij over de verzoeken om voorlopige maatregelen is beslist, heeft het Bundesvergabeamt de Hauptverband verbod opgelegd de opdracht vóór 20 april 2001 te gunnen.
- 25 Bij beschikking van 20 april 2001 heeft het Bundesvergabeamt de primaire vorderingen van Debis en van ARGE Telekom toegewezen, en het besluit van de Hauptverband om de aanbesteding niet in te trekken, ingevolge § 113, lid 2, punt 2, BVergG nietig verklaard. Tot staving van zijn beschikking stelde het Bundesvergabeamt in wezen dat de aanbesteding een onrechtmatig selectiecriteria bevatte, waar het verbod op onderaanneming in punt 1.8 van de aanbestedingsvoorwaarden voorbijgaat aan het recht dat de inschrijver ontleent aan de gemeenschapsregeling zoals die door het Hof is uitgelegd (zie met name arrest van 2 december 1999, *Holst Italia*, C-176/98, *Jurispr.* blz. I-8607), om zich ten bewijze van zijn bekwaamheden voor de uitvoering van de betrokken opdracht, eveneens te kunnen beroepen op die van een onderaannemer. Was deze voorwaarde in casu niet gesteld, dan hadden de afgewezen inschrijvercombinaties voor de levering van de kaarten beroep op een onderaannemer kunnen doen.

- 26 Ondanks deze beschikking besloot de Hauptverband op 23 april 2001 de opdracht aan EDS/ORGA te gunnen. Van mening dat de voorlopige maatregel van 5 april 2001 van het Bundesvergabeamt vanaf 20 april 2001 geen gevolgen meer sorteerte en niet was verlengd, en dat de beschikking van 20 april 2001 van laatstgenoemde slechts een moeilijk te begrijpen aanwijzing over „nietigverklaring van een niet-intrekking” bevatte, stond de Hauptverband op het standpunt dat niet rechtens bindend was vastgesteld dat zijn besluit om de opdracht aan de beste inschrijvercombinatie te gunnen ongeldig zou zijn of nietig had moeten worden verklaard.
- 27 Voorts besloot de Hauptverband bij het Verfassungsgerichtshof op te komen tegen de beschikking van het Bundesvergabeamt van 20 april 2001. Uit de door de verwijzende rechter overgelegde stukken en de bij het Hof ingediende opmerkingen blijkt dat het Verfassungsgerichtshof eerst bij beschikking van 22 mei 2001 het verzoek van de Hauptverband om aan zijn beroep schorsende werking te verlenen ten aanzien van de beschikking van het Bundesvergabeamt, heeft afgewezen, omdat de litigieuze opdracht hoe dan ook reeds was gegund, en daarna, bij arrest van 2 maart 2002 die beschikking nietig heeft verklaard, omdat het logischerwijs onmogelijk was een beschikking om iets niet te doen nietig te verklaren en de hiertoe strekkende beroepen van Debis en ARGE Telekom niet-ontvankelijk hadden moeten worden verklaard.
- 28 Op 30 april 2001 stelde Siemens bij het Bundesvergabeamt een nieuw beroep in, strekkende tot nietigverklaring van diverse besluiten die de Hauptverband had genomen na zijn besluit om de opdracht aan EDS/ORGA te gunnen. Siemens betoogde in wezen dat de nietigverklaring door deze rechter van het besluit van de aanbestedende dienst om de aanbestedingsprocedure niet in te trekken, tot gevolg had dat het besluit van de Hauptverband om de opdracht te gunnen onwettig was, omdat deze gunning heeft plaatsgevonden in het kader van een tweede aanbestedingsprocedure die niet bekend was gemaakt zoals voorgeschreven.
- 29 ARGE Telekom heeft op 17 mei 2001 eveneens beroepen ingesteld tot nietigverklaring van elf besluiten die de Hauptverband had genomen nadat hij had besloten om de litigieuze aanbestedingsprocedure, niettegenstaande de beschikking van het Bundesvergabeamt van 20 april 2001, niet in te trekken.

- 30 Van mening dat voor de beslechting van deze derde reeks gedingen de uitlegging van verschillende bepalingen van richtlijn 89/665 noodzakelijk is, heeft het Bundesvergabeamt besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken over de volgende vragen:

- „1) Moet richtlijn 89/665 betreffende beroepsprocedures inzake overheidsopdrachten, in het bijzonder artikel 2, lid 1, sub b, eventueel in samenhang met artikel 2, lid 7, aldus worden uitgelegd dat een beslissing van een nationale beroepsinstantie in de zin van artikel 2, lid 8, van richtlijn 89/665 houdende nietigverklaring van het besluit van de aanbestedende dienst om de aanbestedingsprocedure niet in te trekken, als rechtsgevolg heeft dat wanneer naar nationaal recht geen doeltreffende en gedwongen executie van de beslissing van de beroepsinstantie tegen de aanbestedende dienst mogelijk is, de betrokken aanbestedingsprocedure door de beslissing van de nationale beroepsinstantie zonder meer wordt beëindigd zonder dat de aanbestedende dienst zelf nog een verdere handeling hoeft te verrichten?
- 2) Volgt uit richtlijn 89/665, in het bijzonder artikel 2, lid 7, eventueel in samenhang met de bepalingen van richtlijn 92/50, in het bijzonder de artikelen 25 en 32, lid 2, sub c, of uit een andere bepaling van gemeenschapsrecht, met name gelet op de uitlegging van het gemeenschapsrecht volgens het beginsel van de nuttige werking, dat een aanbestedingsvoorwaarde die door het verbod van onderaanneming met betrekking tot wezenlijke onderdelen van de opdracht, in strijd met de rechtspraak van het Hof, met name het arrest *Holst Italia*, de inschrijver belet om aan de hand van de overeenkomst met de onderaannemer aan te tonen dat hij daadwerkelijk over de middelen van derden beschikt, en hem aldus het recht ontnemt zich ten bewijze van zijn capaciteit op de middelen van derden te beroepen of aan te tonen dat hij daadwerkelijk over de middelen van derden beschikt, zo kennelijk in strijd met het gemeenschapsrecht is dat een op basis van een dergelijke aanbesteding gesloten overeenkomst als nietig moet worden beschouwd, in het bijzonder wanneer de nationale rechtsorde toch al bepalingen bevat volgens welke met de wet strijdige overeenkomsten nietig zijn?

- 3) Volgt uit richtlijn 89/665, in het bijzonder artikel 2, lid 7, of uit andere bepalingen van gemeenschapsrecht, met name gelet op de uitlegging van het gemeenschapsrecht volgens het beginsel van de nuttige werking, dat een overeenkomst die in strijd is met de inhoud van een beslissing van een nationale beroepsinstantie in de zin van artikel 2, lid 8, van richtlijn 89/665 houdende nietigverklaring van het besluit van de aanbestedende dienst om de aanbestedingsprocedure niet in te trekken, nietig is, in het bijzonder wanneer de nationale rechtsorde toch al bepalingen bevat volgens welke overeenkomsten die in strijd zijn met de goede zeden of met de wet, nietig zijn, en anderzijds naar nationaal recht geen doeltreffende en gedwongen executie van de beslissing van de beroepsinstantie tegen de aanbestedende dienst mogelijk is?
- 4a) Moet richtlijn 89/665, in het bijzonder artikel 2, lid 1, sub b, eventueel in samenhang met artikel 2, lid 7, aldus worden uitgelegd dat wanneer naar nationaal recht geen doeltreffende en gedwongen executie van de beslissing van de beroepsinstantie tegen de aanbestedende dienst mogelijk is, de beroepsinstantie bevoegd is om de aanbestedende dienst met rechtstreekse toepassing van artikel 2, lid 1, sub b, in samenhang met artikel 2, lid 7, met een executoir bevel te gelasten het onwettige besluit in te trekken, ofschoon de nationale rechtsorde de beroepsinstantie in procedures over beroepen van inschrijvers in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 slechts de bevoegdheid verleent tot niet-executoire nietigverklaring van besluiten van aanbestedende diensten?
- 4b) Indien vraag 4a bevestigend wordt beantwoord: is de beroepsinstantie in een dergelijk geval krachtens artikel 2, lid 7, van richtlijn 89/665, eventueel in samenhang met andere bepalingen van gemeenschapsrecht, bevoegd om ter uitvoering van het bevel jegens de aanbestedende dienst met in goede justitie bepaalde geldboeten, of jegens de bestuurders van de aanbestedende dienst respectievelijk met geldboeten en hechtenis te dreigen of deze straffen op te leggen wanneer de aanbestedende dienst respectievelijk de bestuurders van de aanbestedende dienst het bevel van de beroepsinstantie niet opvolgen?"

Ontvankelijkheid van de prejudiciële verwijzing

- 31 Uit de vragen van de verwijzende rechter in hun geheel beschouwd blijkt dat hij twijfels heeft over de verenigbaarheid van de procedurevoorschriften van de Oostenrijkse regeling inzake overheidsopdrachten met richtlijn 89/665, en zich meer in het bijzonder afvraagt of zij afdoende zijn om een doeltreffende tenuitvoerlegging van beslissingen van de voor beroepsprocedures bevoegde instantie te waarborgen, nu in het hoofdgeding de litigieuze opdracht niettegenstaande de beschikking van het Bundesvergabeamt van 20 april 2001 houdende nietigverklaring van het besluit van de Hauptverband om de aanbesteding niet in te trekken, toch aan EDS/ORGa is gegund.
- 32 Vaststaat dat het Verfassungsgerichtshof bij arrest van 2 maart 2002 de beschikking van het Bundesvergabeamt van 20 april 2001 nietig heeft verklaard.
- 33 Volgens vaste rechtspraak is de procedure van artikel 234 EG een instrument van de samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties (zie met name arresten van 16 juli 1992, *Lourenço Dias*, C-343/90, *Jurispr. blz. I-4673*, punt 14, en 12 juni 2003, *Schmidberger*, C-112/00, *Jurispr. blz. I-5659*, punt 30, en de aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 34 In het kader van die samenwerking is de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd, die als enige de feiten van het hoofdgeding rechtstreeks kent en de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing, de meest aangewezen instantie om, gelet op de bijzonderheden van het geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing om uitspraak te kunnen doen, als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt te beoordelen (zie met name arrest *Lourenço Dias*, reeds aangehaald, punt 15; arrest van 22 januari 2002, *Canal Satélite Digital*, C-390/99, *Jurispr. blz. I-607*, punt 18, en arrest *Schmidberger*, reeds aangehaald, punt 31).

- 35 Dit neemt niet weg dat het aan het Hof staat om ter toetsing van zijn eigen bevoegdheid, zo nodig een onderzoek in te stellen naar de omstandigheden waaronder de nationale rechter hem om een prejudiciële beslissing heeft verzocht, en in het bijzonder om vast te stellen of de gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht verband houdt met een reëel geschil en met het voorwerp van het hoofdgeding, zodat het Hof er niet toe wordt gebracht om rechtsgeleerde adviezen over algemene of hypothetische vragen te geven. Wanneer blijkt dat de vraag duidelijk niet relevant is voor de beslechting van dit geding, dient het Hof de zaak zonder beslissing af te doen (zie arrest van 16 december 1981, Foglia, 244/80, Jurispr. blz. 3045, punt 21; reeds aangehaalde arresten Lourenço Dias, punt 20, en Canal Satélite Digital, punt 19, en arrest van 30 september 2003, Inspire Art, C-167/01, Jurispr. blz. I-10155, punten 44 en 45).
- 36 Gelet op het voorgaande, moet worden onderzocht of de vragen van de verwijzende rechter relevant zijn gebleven voor de beslechting van de hoofdgedingen, nu het Verfassungsgerichtshof de beschikking van het Bundesvergabebestamt van 20 april 2001 nietig heeft verklaard.
- 37 In dit verband blijkt uit de verwijzingsbeschikking dat het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing in hoofdzaak is ingegeven door de omstandigheid dat deze beschikking van 20 april 2001 naar Oostenrijks recht niet executoir was, zodat deze vragen na de nietigverklaring van die beschikking zuiver hypothetisch zijn geworden, zoals het Verfassungsgerichtshof in zijn arrest van 2 maart 2002 overigens heeft beklemtoond.
- 38 Niettemin dient te worden aanvaard dat niet is uitgesloten dat een antwoord op de tweede vraag, die zijdelings de strekking van het reeds aangehaalde arrest Holst Italia betreft, van belang blijft voor de beslechting van de hoofdgedingen, met

name wanneer deze, na vaststelling van de onwettigheid van de aanbestedingsprocedure door het Bundesvergabeamt uit hoofde van § 113, lid 3, BVergG, een vervolg zouden krijgen voor de burgerlijke rechter, die volgens de Oostenrijkse regeling de bevoegde instantie is om uitspraak te doen over een vordering tot schadevergoeding na de gunning van een opdracht.

- 39 Gelet op een en ander, behoeven de eerste, de derde en de vierde vraag niet te worden beantwoord, en dient het Hof enkel de tweede vraag te beantwoorden.

De tweede vraag

- 40 Met deze vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 2, lid 7, van richtlijn 89/665, in samenhang met de artikelen 25 en 32, lid 2, sub c, van richtlijn 92/50, aldus moet worden uitgelegd dat een na een aanbestedingsprocedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht voor leveringen en voor dienstverlening gesloten overeenkomst, waarvan de regelmatigheid is aangetast wegens de onverenigbaarheid van een aanbestedingsvoorwaarde met het gemeenschapsrecht, als nietig moet worden beschouwd, aangezien volgens het toepasselijke nationale recht met de wet strijdige overeenkomsten nietig zijn.
- 41 Het uitgangspunt van deze vraag is dat een aanbestedingsvoorwaarde waarbij het in onderaanneming geven van wezenlijke gedeelten van een opdracht is verboden, in strijd is met richtlijn 92/50, zoals deze door het Hof in zijn arrest *Holst Italia* is uitgelegd.

- 42 In dit verband zij eraan herinnerd dat richtlijn 92/50, die belemmeringen voor het vrije verkeer van diensten bij het plaatsen van overheidsopdrachten voor diensten beoogt te vermijden, in artikel 25 uitdrukkelijk voorziet in de mogelijkheid voor de inschrijver om een gedeelte van de opdracht aan derden in onderaanneming te geven, nu dit voorschrift bepaalt dat de aanbestedende dienst deze inschrijver kan verzoeken in zijn offerte aan te geven welk gedeelte van die opdracht hij voornemens is in onderaanneming te geven. Wat voorts de kwalitatieve selectiecriteria betreft, biedt artikel 32, lid 2, sub c en h, van deze richtlijn uitdrukkelijk de mogelijkheid om de technische bekwaamheid van de dienstverrichter te bewijzen door opgave van de al dan niet tot de onderneming van deze dienstverrichter behorende technici of technische organen, waarover hij zal beschikken voor het verrichten van de dienst, dan wel door opgave van het gedeelte van de opdracht dat hij eventueel voornemens is in onderaanneming te geven.
- 43 Zoals het Hof in de punten 26 en 27 van het arrest *Holst Italia* heeft geoordeeld, blijkt uit het doel en de bewoordingen van die bepalingen, dat een persoon niet van deelneming aan een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor diensten kan worden uitgesloten op de enkele grond dat hij voor de uitvoering van de opdracht middelen wil inzetten die niet van hem zijn maar van een of meerdere andere entiteiten. Dit impliceert dat een dienstverrichter die niet zelf aan de minimumvoorwaarden voor deelneming aan de aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht voor diensten voldoet, zich tegenover de aanbestedende dienst kan beroepen op de bekwaamheden van derden waarop hij een beroep wil doen indien de opdracht aan hem wordt gegund.
- 44 Volgens het Hof dient echter de dienstverrichter die, om tot een aanbestedingsprocedure te worden toegelaten, zich beroept op de bekwaamheden van organen of ondernemingen waarmee hij rechtstreekse of indirecte banden heeft, te bewijzen dat hij werkelijk kan beschikken over de middelen van deze organen of ondernemingen die niet van hem zijn maar die voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijk zijn (zie arrest *Holst Italia*, reeds aangehaald, punt 29).

- 45 Zoals de Commissie van de Europese Gemeenschappen op goede gronden heeft opgemerkt, is een verbod of beperking van onderaanneming voor de uitvoering van wezenlijke onderdelen van de opdracht niet in strijd met richtlijn 92/50 wanneer juist de aanbestedende dienst niet in staat is geweest om bij het onderzoek van de offertes en de selectie van de beste inschrijver de technische bekwaamheid en de economische draagkracht van de onderaannemers na te gaan.
- 46 Uit het voorgaande vloeit voort dat het uitgangspunt van de tweede vraag slechts juist zou zijn indien kwam vast te staan dat punt 1.8 van de aanbestedingsvoorwaarden een inschrijver in de fase van het onderzoek van de offertes en van de selectie van de opdrachtnemer, verbiedt om wezenlijke onderdelen van de overeenkomst in onderaanneming te geven. Iemand die zich beroept op de technische bekwaamheden en economische draagkracht van derden waarop hij voornemens is een beroep te doen indien de opdracht aan hem wordt gegund, kan immers slechts worden uitgesloten indien hij niet kan aantonen dat hij werkelijk over deze bekwaamheden en draagkracht kan beschikken.
- 47 Punt 1.8 van de aanbestedingsvoorwaarden blijkt echter niet de onderzoeks- en selectiefase van de procedure voor het plaatsen van een opdracht te betreffen, maar de uitvoeringsfase daarvan, en beoogt juist te vermijden dat de uitvoering van wezenlijke onderdelen van de opdracht wordt toevertrouwd aan entiteiten waarvan de aanbestedende dienst de technische bekwaamheden en financiële draagkracht niet heeft kunnen nagaan bij de selectie van de opdrachtnemer. Het staat aan de nationale rechter om na te gaan of dit zo is.
- 48 Voor het geval dat zou blijken dat een aanbestedingsvoorwaarde werkelijk in strijd is met richtlijn 92/50, met name wanneer daarin onderaanneming op onwettige wijze wordt verboden, kan worden volstaan met eraan te herinneren

dat de lidstaten krachtens de artikelen 1, lid 1, en 2, lid 7, van richtlijn 89/665 gehouden zijn de nodige maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld ingeval die besluiten in strijd zouden zijn met de gemeenschapsregeling inzake overheidsopdrachten.

49 Daaruit volgt dus dat voor het geval dat een aanbestedingsvoorwaarde onverenigbaar is met de gemeenschapsregeling inzake overheidsopdrachten, de nationale rechtsorde van de betrokken lidstaat moet voorzien in de mogelijkheid om deze onverenigbaarheid in het kader van de beroepsprocedures als bedoeld in richtlijn 89/665 aan te voeren.

50 Bijgevolg moet op de tweede vraag worden geantwoord dat richtlijn 89/665, en in het bijzonder de artikelen 1, lid 1, en 2, lid 7, daarvan, aldus moeten worden uitgelegd dat voor het geval dat een aanbestedingsvoorwaarde onverenigbaar is met de gemeenschapsregeling inzake overheidsopdrachten, de nationale rechtsorde van de lidstaten moet voorzien in de mogelijkheid om deze onverenigbaarheid in het kader van de beroepsprocedures als bedoeld in richtlijn 89/665 aan te voeren.

Kosten

51 De kosten door de Oostenrijkse regering en de Commissie wegens indicning van hun opmerkingen bij het Hof gemaakt, kunnen niet voor vergoeding in aanmerking komen. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen.

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

uitspraak doende op de door het Bundesvergabeamt bij beschikking van 11 juli 2001 gestelde vragen, verklaart voor recht:

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, zoals gewijzigd bij richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, en in het bijzonder de artikelen 1, lid 1, en 2, lid 7, daarvan, moeten aldus worden uitgelegd dat voor het geval dat een aanbestedingsvoorwaarde onverenigbaar is met de gemeenschapsregeling inzake overheidsopdrachten, de nationale rechtsorde van de lidstaten moet voorzien in de mogelijkheid om deze onverenigbaarheid in het kader van de beroepsprocedures als bedoeld in richtlijn 89/665 aan te voeren.

Skouris

Gulmann

Puissochet

Schintgen

Colneric

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 18 maart 2004.

De griffier

De president

R. Grass

V. Skouris