CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
P. CRUZ VILLALÓN
van 1 juni 2010[1]

I — Inleiding

1. Het Anotato Dikastirio Kyprou (hooggerechtshof van Cyprus), in de hoedanigheid van rechter in eerste aanleg[2], vraagt het Hof van Justitie of uit artikel 2, lid 8, van richtlijn 89/665/EEG[3] een recht voor een openbare aanbestedende dienst kan worden afgeleid om tegen de nietigverklaring van zijn besluit door de voor het toezicht op de beroepsprocedures verantwoordelijke bestuursinstantie beroep in rechte in te stellen.

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — Hoger beroep tegen de beslissingen van het Anotato Dikastirio wordt ingesteld bij deze rechterlijke instantie zelf die het in voltallige zitting behandelt.

3 — Richtlijn 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).

II — Toepasselijke bepalingen

A — *Richtlijn 89/665*

2. Overeenkomstig artikel 1, lid 1, nemen de lidstaten „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]

4 — Bepaling opgesteld overeenkomstig artikel 41 van 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). Overeenkomstig artikel 33 van richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB L 199, blz.1); artikel 36 van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 199, blz. 54), en artikel 82, tweede alinea, van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114), en volgens de bij voormelde richtlijnen gevoegde concordantietabellen, gelden verwijzingen naar de richtlijnen 71/305/EEG, 77/62/EEG en 92/50/EEG in artikel 1, lid, van richtlijn 89/665, als verwijzingen naar richtlijn 2004/18.

3. Artikel 1, lid 3, luidt:

„De lidstaten dragen er zorg voor dat de beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen, althans toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht voor leveringen of voor de uitvoering van werken en die door een beweerde schending is of dreigt te worden gelaedeerd. Met name kunnen de lidstaten verlangen dat degene die van deze procedure gebruik wenst te maken, de aanbestedende dienst vooraf in kennis heeft gesteld van de beweerde schending en van zijn voornemen om beroep in te stellen."

4. Artikel 2, lid 8, bepaalt:

„Wanneer de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instanties geen gerechten zijn, moeten hun beslissingen steeds schriftelijk met redenen worden omkleed. Bovendien moeten in dat geval procedures worden gewaarborgd waarmee tegen de door de bevoegde basisinstantie genomen vermoede onwettige maatregelen of vermoede tekortkomingen bij de uitoefening van de haar opgedragen bevoegdheden, beroep kan worden ingesteld bij een rechter of bij een andere instantie die een gerecht is in de zin van artikel 177 van het Verdrag en onafhankelijk is van de aanbestedende diensten en de basisinstantie.

[…]" [5]

B — *Cypriotisch recht*

5. Volgens artikel 146, lid 2, van de grondwet van de Republiek Cyprus, kan beroep in rechte tegen handelingen of verzuim van de overheid „worden ingesteld door eenieder die door het besluit, de handeling of het nalaten rechtstreeks wordt getroffen in een bestaand rechtmatig belang, dat hij heeft als persoon of als lid van een gemeenschap."

6. Wet 101(I)/2003 betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten (leveringen, werken en diensten), zoals gewijzigd bij wet 181(I)/2004, werd aangenomen om de Cypriotische wetgeving op één lijn te brengen met

5 — Met richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (PB L 335, blz. 31), die ratione temporis niet van toepassing is op deze zaak, kwam de bepaling van artikel 2, lid 8, zonder substantiële wijzigingen in lid 9 van hetzelfde artikel, waarbij echter, in de Spaanse versie, de verwijzing van artikel 2, lid 8, naar „basisinstantie" werd vervangen door de minder dubbelzinnige verwijzing naar „beroepsinstantie".

het Unierecht, waaronder richtlijn 89/665, waarbij artikel 55 de Anatheoritiki Archi Prosforon (beroepsorgaan in aanbestedingsprocedures; hierna: „beroepsorgaan") instelde, die krachtens artikel 56 bevoegd is om uitspraak te doen over „administratieve beroepen" tegen besluiten van aanbestedende diensten. Artikel 60 van wet 101(I)/2003, zoals gewijzigd bij wet 181(I)/2004, luidt: „Wanneer de belanghebbende de beslissing van [het beroepsorgaan] onterecht vindt, kan hij bij het Anotato Dikastirio beroep instellen overeenkomstig artikel 146 van de grondwet. De aanbestedende dienst kan bij het Anotato Dikastirio eveneens beroep tegen de beslissing van [het beroepsorgaan] overeenkomstig artikel 146 van de grondwet instellen, indien hij op basis van bewijsstukken de onrechtmatigheid van deze beslissing jegens de dienst kan aantonen."

7. Zoals verder zal blijken, heeft het Anotato Dikastirio over deze bepaling een in casu bijzonder relevante verklaring afgelegd.

III — Antecedenten van de nationale procedure en prejudiciële vraag

8. In juni 2003 plaatste het Symvoulio Apochetefseon Lefkosias (raad voor de afwatering en riolering van Nicosia; hierna: „Symvoulio") [6], optredend als aanbestedende dienst, een aankondiging voor de studie, de bouw, de exploitatie en het onderhoud gedurende tien jaar van een afvalwaterzuiveringsstation in Anthoupolis.

9. Onder de gepreselecteerde kandidaten bevonden zich de consortia Degremont SA & Atlas Pantou Co Ltd (hierna: „Degremont"), en WTE BAMAG.

10. Nadat de desbetreffende offertes waren ingediend, gaf het Symvoulio Degremont kennis van zijn besluit om de opdracht te gunnen aan het consortium WTE BAMAG.

11. Degremont stelde op 7 oktober 2005 bij het beroepsorgaan beroep in tegen dit besluit en verzocht bij wege van voorlopige maatregel het besluit van het Symvoulio niet uit te voeren, aangezien de opdracht anders definitief zou zijn gegund. Voor behandeling van de voorlopige maatregel werd de datum van 13 oktober 2005 vastgesteld, maar aangezien de loutere indiening van het verzoek om de voorlopige maatregel (ten tijde van de feiten) geen opschortende werking had, gunde het Symvoulio de opdracht effectief aan het consortium WTE BAMAG, voordat het

6 — Zoals bleek uit de mondelinge behandeling is het Symvoulio bevoegd voor het metropolitane gebied van Nicosia en wordt het voorgezeten door de burgemeester van deze gemeente.

beroepsorgaan uitspraak kon doen over de opschorting.

12. Op 14 februari 2006 heeft het beroepsorgaan op het beroep (ten gronde) beslist en het besluit van het Symvoulio nietig verklaard. [7]

13. WTE BAMAG stelde tegen dit besluit geen beroep in bij het Anotato Dikastirio. Op 31 maart 2006 stelde het Symvoulio tegen dit besluit daarentegen wel beroep in [8], op grond van artikel 146, lid 2, van de grondwet en artikel 60 van wet 101(I)/2003 betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten.

14. Hangende dit beroep, wees het Anotato Dikastirio in voltallige zitting het vonnis van 10 december 2007 in een ander beroep [9] tussen dezelfde partijen. Daarin oordeelde het Anotato Dikastirio dat het Symvoulio, als aanbestedende dienst, geen rechtmatig belang had bij beroep tegen het vernietigingsbesluit van het beroepsorgaan omdat, kort samengevat, (1) dit besluit deel uitmaakt van een ingewikkelde gunningsprocedure, (2) het beroepsorgaan ten opzichte van het Symvoulio een tweede echelon in de hiërarchie is (hogere instantie), zodat een rechtmatig belang van één gedeelte van het bestuur tegen een ander gedeelte van het bestuur uitgesloten is, (3) de aanbestedende diensten voor het algemeen belang zorgen, maar geen eigen belang hebben, en (4) artikel 60 van wet 101(I)/2003 de aanbestedende dienst geen beroepsrecht kan toekennen indien dit hem niet is verleend bij artikel 146, lid 2, van de grondwet.

15. Het Anotato Dikastirio heeft (in beroep nr. 629/2006), als rechter in eerste aanleg, gelet op van de rechtspraak van zijn voltallige kamer, waarin de Cypriotische wetgeving nooit aan richtlijn 89/665 is getoetst, de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Kent artikel 2, lid 8, van richtlijn 89/665/EG de aanbestedende diensten het recht toe om een beroep in rechte in te stellen tegen vernietigingsbesluiten van de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instanties, indien deze laatste geen gerechten zijn?”

7 — Geen enkele partij in deze prejudiciële procedure geeft de redenen aan die het beroepsorgaan ertoe hebben gebracht het besluit van het Symvoulio te herroepen.

8 — Wat leidde tot beroep nr. 629/2006.

9 — Behandeld onder nr. 106/2006.

IV — Procesverloop voor het Hof

16. De verwijzingsbeslissing is op 22 december 2008 ingekomen ter griffie van het Hof.

17. Het Symvoulio, de Tsjechische regering en de Commissie verzoeken het Hof de vraag van het Anotato Dikastirio bevestigend te beantwoorden, in die zin dat artikel 2, lid 8, van richtlijn 89/665 het recht van de aanbestedende diensten erkent om beroep in rechte in te stellen tegen de beslissingen van de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instanties.

18. Volgens het beroepsorgaan beschermt richtlijn 89/665 de ondernemingen, maar niet de aanbestedende diensten, en kan er geen sprake zijn van een onderscheiden belang van deze laatste bij beroep in rechte tegen de voor de beroepsprocedures tegen hun besluiten verantwoordelijke instanties.

19. De vertegenwoordigers van het Symvoulio, het beroepsorgaan, en de Commissie hebben ter terechtzitting van 25 maart 2010 mondelinge opmerkingen gemaakt.

V — Ten gronde

20. In het kader van de prejudiciële verwijzing van het Anotato Dikastirio rijst voor het eerst in de rechtspraak van het Hof de vraag of krachtens richtlijn 89/665 een aanbestedende dienst het recht moet worden toegekend op te komen tegen de beslissingen van een andere overheidsinstantie, die als taak heeft zijn besluiten te onderzoeken, wanneer zij onverminderd het publieke karakter van beide, een onderscheiden rechtspersoonlijkheid hebben, en bovendien deel uitmaken van een andere overheidsdienst en functioneel andere taken hebben.

21. Het antwoord op deze vraag moet worden voorafgegaan door enkele opmerkingen over de vorm van de beroepen als bedoeld in richtlijn 89/665, vooraleer de strekking van het ingeroepen artikel 2, lid 8, van richtlijn 89/665 te onderzoeken.

22. Reeds in de derde overweging van de considerans van de richtlijn wordt benadrukt dat „de openstelling van aanbestedingen voor mededinging uit de gehele Gemeenschap een aanzienlijke uitbreiding van de garanties inzake doorzichtigheid en non-discriminatie vereist en dat, wil deze openstelling tot concrete resultaten leiden, er doeltreffende en snelle beroepsprocedures moeten bestaan ingeval van schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of van nationale voorschriften waarin dit recht is omgezet". Deze verklaring strookt met de

„materieelrechtelijke" regeling [10] die ertoe strekt de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten op communautair vlak te coördineren.

23. De lidstaten beschikken over een ruime marge bij de omzetting van het stelsel van de beroepsprocedures van de richtlijn, die „enkel de minimumvoorwaarden [vaststelt] waaraan de beroepsprocedures in de nationale rechtsorden moeten voldoen om de eerbiediging van de gemeenschapsrechtelijke regels inzake overheidsopdrachten te verzekeren". [11]

24. Daarom, om één voorbeeld te noemen, regelt de richtlijn niet specifiek de termijnen voor de beroepen die zij beoogt in te voeren. [12]

25. In het bijzonder, wat in de gegeven context van belang is, garandeert de richtlijn, in overeenstemming met wat ik zei, alleen dat de beroepsprocedures „althans" toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die is of dreigt te worden gelaedeerd door een beweerde schending van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of van de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht is omgezet. [13]

26. In ieder geval heeft de wetgever van de Unie gewild dat het laatste toezicht op de rechtmatigheid van overheidsopdrachten bij een rechterlijke instantie berust [14], hetzij direct, wanneer de beroepsinstantie direct een rechter is; hetzij indirect, door rechtbanken waarbij, in voorkomend geval, beroep kan worden ingesteld tegen een beslissing van een eventueel ingesteld administratief beroepsorgaan. Dit laatste is het geval in Cyprus, waar het Anotato Dikastirio bevoegd is om uitspraak te doen over bezwaren tegen de handelingen van het daar ingestelde administratief orgaan (beroepsorgaan).

10 — Die thans overwegend bestaat uit richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB L 134, blz. 1) en richtlijn 2004/18.

11 — Arrest van het Hof van 19 juni 2003, GAT (C-315/01, Jurispr. blz. I-6351, punt 45), en beschikking van het Hof van 4 oktober 2007, Consorzio Elisoccorso San Raffaele (C-492/06, Jurispr. blz. I-8189, punt 21).

12 — Volgens de arresten van het Hof van 12 december 2002, Universale-Bau e.a. (C-470/99, Jurispr. blz. I-11617, punt 71), en 28 januari 2010, Uniplex (UK) (C-406/08, Jurispr. blz. I-817, punt 26), „staat [het] dus aan de nationale rechtsorde van elke lidstaat om deze termijnen vast te stellen".

13 — Beschikking Consorzio Elisoccorso San Raffaele, reeds aangehaald, punt 20.

14 — In deze context omvat dit begrip niet alleen de in het stelsel van elke lidstaat als zodanig erkende rechterlijke instantie waarbij ter bescherming „beroep in rechte" kan worden ingesteld, maar ook de „instantie die een gerecht is in de zin van artikel 177 van het Verdrag en onafhankelijk is van de aanbestedende diensten en de basisinstantie", waaraan artikel 2, lid 8, van richtlijn 89/665 ook toetsing van de besluiten van de aanbestedende dienst of van de beslissingen van het voor de beroepen verantwoordelijke administratieve orgaan opdraagt.

27. Zodra de richtlijn het mogelijk maakt dat een tusseninstantie de beroepen behandelt die worden ingesteld tegen besluiten van de aanbestedende dienst, kan de mogelijkheid van beroep in rechte, die hier onvermijdelijk uit volgt, aldus evenwel duidelijk enigermate een andere reden van bestaan krijgen. In rechte zal immers de juistheid van de beslissing van het administratieve orgaan worden nagegaan, en de desbetreffende gunning worden bevestigd dan wel nietig verklaard op verzoek van degenen die hier in ieder geval om kunnen verzoeken.

28. Deze overweging toont aan dat de in deze prejudiciële vraag opgeworpen problematiek per definitie onbestaande is in nationale rechtstelsels waarin geen administratieve beroepsorganen zijn ingesteld, maar alleen direct beroep in rechte openstaat. In dit geval kunnen de aanbestedende diensten alleen maar verwerende partij zijn. Daarentegen kunnen de aanbestedende diensten, naast de door de nietigverklaring benadeelde ondernemingen, verzoeken te verschijnen als verzoekende partij om in rechte te reageren op de vernietiging door het administratieve toezichtsorgaan.

29. Derhalve verzoekt het Symvoulio, wellicht in een poging om een eventuele schadevordering af te wenden, om rechterlijke toetsing van de vernietiging door het beroepsorgaan van de gunning van de opdracht aan een bepaalde inschrijver.

30. Daarom dient te worden nagegaan of het Symvoulio zich op basis daarvan terecht op een beroepsrecht beroept.

31. Mijns inziens verleent richtlijn 89/665 de aanbestedende dienst geen recht van beroep tegen de vernietiging van zijn besluit door het administratieve beroepsorgaan, en kan een dergelijk recht evenmin uit de richtlijn worden afgeleid.

32. In de eerste plaats pleitten de zevende en de achtste overweging van de considerans, samen gelezen, er al niet echt voor de toegang tot het beroep in rechte voor de aanbestedende diensten op te vatten als een vereiste van de richtlijn. Deze overwegingen van de considerans voorzien enkel uitdrukkelijk voor ondernemingen in beroep, en wijzen erop dat wanneer zij het niet instellen, „bepaalde schendingen niet ongedaan kunnen worden gemaakt".

33. In de tweede plaats erkent artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665, door te bepalen dat tegen de besluiten van de aanbestedende diensten doeltreffend beroep moet kunnen worden ingesteld, precies hun passieve legitimatie,

zonder dat uit enige andere bepaling van deze richtlijn hun eventuele actieve legitimatie kan worden afgeleid.

34. Ten slotte wordt deze eerder beperkte benadering bevestigd door artikel 1, lid 3, van de richtlijn, aangezien de beroepsprocedures „althans" toegankelijk moeten zijn voor „eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht voor leveringen of voor de uitvoering van werken en die door een beweerde schending is of dreigt te worden gelaedeerd", wat de uitsluiting van aanbestedende diensten op zijn minst mogelijk lijkt te maken. Bovendien lijkt deze bepaling niet te zien op aanbestedende diensten, aangezien zij de lidstaten machtigt om degene die van deze procedure gebruik wenst te maken, te verplichten „de aanbestedende dienst vooraf in kennis [te stellen] van de beweerde schending en van zijn voornemen om beroep in te stellen".

35. In artikel 2, lid 8, van de richtlijn is het taalgebruik meer open en wordt, anders dan in andere delen van de richtlijn, niet uitdrukkelijk verwezen naar de inschrijvers (dat wil zeggen naar degenen die belang hebben bij een gunning). Op basis daarvan lijkt het Symvoulio zich als aanbestedende dienst een beroepsrecht toe te eigenen.

36. De vertegenwoordiger van het Symvoulio betoogde ter terechtzitting dat artikel 1, lid 3, en artikel 2, lid 8, van richtlijn 89/665 elkaar bij onderlinge vergelijking niet tegenspreken. Terwijl artikel 2, lid 8, enkel verwijst naar een beroep bij een rechterlijke instantie (of een instantie die er de eigenschappen van bezit in de zin van artikel 267 VWEU), betreft artikel 1, lid 3, ook de mogelijkheid om beroep in te stellen bij een verantwoordelijke instantie die geen gerecht is, waarvan het voorwerp enkel het besluit van de aanbestedende dienst kan zijn. Anders dan het geval in artikel 2, lid 8, is het immers conceptueel uitgesloten dat de aanbestedende dienst beroep tegen zijn eigen besluit instelt.

37. Deze onduidelijkheid in artikel 2, lid 8, van de richtlijn volstaat mijns inziens echter niet om iets te veranderen aan de bovengenoemde overwegingen. Deze bepaling maakt het alleen maar mogelijk dat een eerste bestuursorgaan het beroep behandelt, en bepaalt in ieder geval in de reeds gekende bewoordingen dat in een dergelijk geval tegen de besluiten ervan een beroep openstaat bij een rechter, dan wel bij een instantie die in de zin van artikel 267 VWEU wordt gelijkgesteld met een rechterlijke instantie, ook hier zonder te preciseren wie beroep kan instellen.

38. Ten slotte dient het betoog van het Symvoulio — dat door de Commissie wordt ondersteund — te worden verworpen dat, wanneer het geen beroepsrecht krijgt, de rechtstreekse en uniforme toepassing van het Unierecht kan worden gedwarsboomd, doordat geen prejudiciële vraag kan worden gesteld wanneer, zoals in het onderhavige geval, geen enkele onderneming zijn besluit in rechte aanvecht.

39. De eventuele extra gelegenheid om het Unierecht te verduidelijken kan immers niet rechtstreeks bepalen hoe de specifieke kwestie van de procesbevoegdheid moet worden geregeld, aangezien die tot de procesautonomie van de lidstaten behoort. Voorts mag normaal gezien worden verwacht dat nietigverklaringen die worden geacht rechtsgrondslag te missen, door de inschrijvers worden aangevochten en dus leiden tot een mogelijke prejudiciële verwijzing.

40. In ieder geval stelt artikel 3 van de richtlijn zelf de Commissie „een specifieke voorziening" als waarborg ter beschikking, wanneer zij van oordeel is dat tijdens een aanbestedingsprocedure een duidelijke en kennelijke schending heeft plaatsgevonden. Daartoe machtigt de bepaling tot het nemen van passende maatregelen om te bewerkstelligen dat elke beweerde schending snel ongedaan wordt gemaakt.

41. Uit voorafgaande overwegingen kan worden opgemaakt dat richtlijn 89/665 noch direct noch indirect de rechtsmiddelen regelt die ter beschikking moeten worden gesteld van de aanbestedende diensten. Dit volstaat volgens mij om de vraag van het Anotato Dikastirio ontkennend te beantwoorden. Naar mijn mening vergt deze conclusie echter enige nadere onderbouwing.

42. Het Symvoulio heeft in punt 18 van zijn opmerkingen aangevoerd dat deze beperking voor hem ernstige schade oplevert, aangezien de opdracht wordt gegund aan een andere rechtspersoon dan de inschrijver die het het meest geschikt acht, en voorts omdat niet valt uit te sluiten dat het aansprakelijk wordt gesteld voor schade die wordt geleden ten gevolge van een gunning die vervolgens door het beroepsorgaan wordt vernietigd. En natuurlijk kan niet worden ontkend dat het Symvoulio een publieke rechtspersoon is met eigen administratieve bevoegdheden voor het waterbeheer [15], in het kader waarvan het het karakter van aanbestedende dienst heeft, met

15 — Het Symvoulio vertegenwoordigt in feite ook het algemeen belang bij het behoorlijk waterbeheer dat het, blijkens de mondelinge behandeling, op zijn verantwoordelijkheid uitoefent; daartoe behoort de distributie en de behandeling ervan in het metropolitane gebied van Nicosia, dus over de grenzen van deze gemeente heen.

een positie die in ieder geval onderscheiden is van die van het beroepsorgaan. [16]

43. In dit verband, en hoewel het Hof geen uitspraak kan doen over de positie van het Symvoulio als een orgaan in het Cypriotische systeem, of over zijn relatie met het beroepsorgaan [17], bleek tijdens de mondelinge behandeling voldoende duidelijk dat het betoog van het beroepsorgaan dat het optreden van beide organen deel uitmaakt van één aanbestedingsprocedure, omdat het in werkelijkheid geen van elkaar onafhankelijke instanties zijn, niet overtuigend is.

44. Hiertegen verzet zich ook de logica van het in artikel 2, lid 8, van richtlijn 89/665 bedoelde beroep, aangezien het verzoek van de inschrijvers om herroeping van de gunning daadwerkelijk wordt belemmerd wanneer geen sprake is van een bepaalde mate van onafhankelijkheid tussen het beroepsorgaan en de aanbestedende dienst. Deze beoordeling wordt bevestigd door artikel 2, lid 3, van richtlijn 2007/66, dat met betrekking tot het beroep tegen een besluit tot gunning van een opdracht verwijst naar „een instantie in eerste aanleg, die onafhankelijk is van de aanbestedende dienst".

45. Afgezien van al het voorgaande, dient het volgende te worden opgemerkt. Zodra is vastgesteld dat niets in richtlijn 89/665 erop wijst dat de aanbestedende diensten over een rechtsmiddel beschikken, zelfs niet tegen vernietigingen door het eventuele administratieve toezichtsorgaan, is het duidelijk dat de door het Symvoulio gestelde schade, voor zover zij kan worden aangetoond, in principe alleen onder de procesautonomie van de lidstaten valt, en dat het in de context van de respectieve nationale rechtsorden is dat hiervoor een oplossing moet worden gevonden.

46. Als slotopmerking geldt evenwel dat de procesautonomie van de lidstaten duidelijk niet absoluut is. De uitoefening van de autonomie binnen de werkingssfeer van het Unierecht, kent namelijk grenzen: de algemene beginselen van deze rechtsorde en in casu in

16 — Blijkens de in deze prejudiciële procedure gemaakte opmerkingen is het Symvoulio duidelijk een „aanbestedende dienst" en de Anatheoritiki duidelijk een „voor de beroepsprocedure verantwoordelijke instantie die geen gerecht is", zodat een beroep op richtlijn 89/665 volstaat om te concluderen dat beide bestuursorganen, althans functioneel, andere taken vervullen.

17 — Het staat niet aan het Hof het nationale recht te beoordelen. Het prejudiciële mechanisme berust immers op een duidelijke afbakening van de taken van de nationale rechterlijke instanties en van het Hof, dat uitsluitend bevoegd is zich op basis van de door de nationale rechterlijke instantie vermelde feiten over de uitlegging of in voorkomend geval over de rechtsgeldigheid van een Unievoorschrift uit te spreken: arresten van het Hof van 2 juni 1994, AC-ATEL Electronics Vertriebs (C-30/93, Jurispr. blz. I-2305, punt 16); 20 maart 1997, Phytheron International (C-352/95, Jurispr. blz. I-1729, punt 11), en 16 juli 1998, Dumon en Froment (C-235/95, Jurispr. blz. I-4531, punten 25-27).

het bijzonder zowel de waarde „rechtsstaat" [18] als de fundamentele rechten, vooral het beroepsrecht overeenkomstig artikel 47 van het Handvest. [19]

47. In casu volstaat erop te wijzen dat deze aanbestedende diensten als publiekrechtelijke rechtspersonen zich bezwaarlijk kunnen beroepen op artikel 47 van het Handvest [20], dat overigens niet uitdrukkelijk is vermeld in deze zaak.

48. Ten slotte is het zelfs nog moeilijker om in de omstandigheden van de zaak uit de waarde „rechtsstaat" procesbevoegdheid voor de aanbestedende dienst af te leiden. Uiteraard valt niet te betwijfelen dat uitgebalanceerde procedures deel uitmaken van het beeld van de rechtsstaat, en in deze context kan het opmerkelijk lijken dat de aanbestedende dienst geen beroep in rechte kan instellen tegen de vernietiging van zijn gunningsbesluit door het bestuursorgaan.

49. Dienaangaande kan in de eerste plaats echter niet worden ontkend dat het vooral de inschrijvende ondernemingen zijn waaraan is gegund bij het besluit dat vervolgens nietig is verklaard, die in voorkomend geval, om zo te zeggen, van nature, deze nietigverklaring in rechte dienen aan te vechten op basis van een procesbevoegdheid die klaarblijkelijk nooit ter discussie is gesteld.

50. Voorts zorgen de lidstaten er overeenkomstig artikel 2, lid 7, van richtlijn 89/665 voor „dat de besluiten van de instanties die verantwoordelijk zijn voor de beroepsprocedures, op doeltreffende wijze ten uitvoer kunnen worden gelegd". Deze bepaling maakt geen onderscheid tussen rechterlijke en niet-rechterlijke instanties, aangezien de taak tot optimale tenuitvoerlegging niet meer dan strikt noodzakelijk mag worden verstoord door geschillen en rechtsonzekerheid langer te laten duren dan hetgeen in de richtlijn is bepaald.

18 — Artikel 2 VEU noemt de „rechtsstaat" als gemeenschappelijke „waarde" van de lidstaten. De preambule van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie van 7 december 2000 (PB C 364, blz. 1), als aangepast op 12 december 2007 te Straatsburg (PB C 303, blz. 1; hierna: „Handvest"), verwijst er daarentegen als „beginsel" naar. Artikel 19, lid 1, tweede alinea, VEU luidt: „De lidstaten voorzien in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het Unierecht vallende gebieden te verzekeren."

19 — Arresten van 13 juli 1989, Wachauf (5/88, Jurispr. blz. 2609, punt 18), en 10 juli 2003, Booker Aquaculture en Hydro Seafood (C-20/00 en C-64/00, Jurispr. blz. I-7411, punten 65 e.v.).

20 — Artikel 34 van het Verdrag van Rome belet overheidsinstanties om voor het Europees Hof voor de rechten van de mens de hierin erkende rechten in te roepen; niettemin heeft het Hof te Straatsburg de bescherming van artikel 6, lid 1, EVRM onder bepaalde voorwaarden uitgebreid tot bepaalde publiekrechtelijke rechtspersonen: bijvoorbeeld in het arrest van 9 december 1994, Les Saints Monastères v Griekenland, serie A, nr. 301, blz. 34-35, 49, volgens hetwelk deze personen geen prerogatieven van openbaar gezag mogen uitoefenen, hetgeen duidelijk niet het geval is voor het Symvoulio.

51. Het voorgaande volstaat mijns inziens om de beperking van de procesbevoegdheid van de aanbestedende dienst in de omstandigheden van de onderhavige zaak evenredig te achten vanuit een oogpunt dat zo ruim is als ongetwijfeld de waarde „rechtsstaat" is. Tot slot kan uit deze laatste overweging ook niet worden afgeleid dat de lidstaat zijn procesautonomie in het kader van richtlijn 89/665 heeft gebruikt in strijd met de algemene beginselen van het Unierecht, of met de fundamentele waarden of rechten die hierin zijn neergelegd.

VI — Conclusie

52. Op grond van het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag te beantwoorden als volgt:

„Artikel 2, lid 8, 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, verzet zich niet tegen een uitlegging in die zin dat een aanbestedende dienst niet het recht kan uitoefenen om de vernietiging van zijn besluit door het voor de beroepsprocedures verantwoordelijke bestuursorgaan in rechte aan te vechten."