ARREST VAN HET HOF (Zesde kamer)
19 juni 2003 *

In zaak C-249/01,

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

Werner Hackermüller

en

Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG),

Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED),

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van artikel 1, lid 3, 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),

* Procestaal: Duits.

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: J.-P. Puissochet, kamerpresident, R. Schintgen (rapporteur), V. Skouris, F. Macken en J. N. Cunha Rodrigues, rechters,

advocaat-generaal: J. Mischo,
griffier: M.-F. Contet, hoofdadministrateur,

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

— W. Hackermüller, vertegenwoordigd door P. Schmautzer, Rechtsanwalt,

— Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) en Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED), vertegenwoordigd door J. Olischar en M. Kratky, Rechtsanwälte,

— de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door M. Fruhmann als gemachtigde,

— de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door U. Leanza als gemachtigde, bijgestaan door M. Fiorilli, avvocato dello Stato,

— 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 W. Hackermüller, de Oostenrijkse regering en de Commissie ter terechtzitting van 16 januari 2003,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 25 februari 2003,

het navolgende

Arrest

1 Bij beschikking van 25 juni 2001, ingekomen bij het Hof op 28 juni daaraanvolgend, heeft het Bundesvergabeamt het Hof krachtens artikel 234 EG twee prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van artikel 1, lid 3, 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 89/665").

2 Deze vragen zijn gerezen in een geding tussen W. Hackermüller, architect, en Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) en Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED) (hierna: „verweersters") betreffende het besluit van laatstgenoemden om de inschrijving van Hackermüller op een overheidsopdracht voor dienstverlening af te wijzen.

Toepasselijke bepalingen

Bepalingen van gemeenschapsrecht

3 Artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 89/665 bepaalt:

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

[...]

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

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

„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."

Bepalingen van nationaal recht

5 Richtlijn 89/665 is in Oostenrijks recht omgezet bij het Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (federale wet van 1997 inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, BGBl. I, 1997/56; hierna: „BVergG").

6 § 113 BVergG, waarin de bevoegdheden van het Bundesvergabeamt (federaal aanbestedingsbureau) zijn geregeld, bepaalt:

„1. Het Bundesvergabeamt is bevoegd om in beroepsprocedures op verzoek uitspraak te doen overeenkomstig de bepalingen van het volgende hoofdstuk.

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

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 of als gevolg van een overtreding van deze wet of van de uitvoeringsbesluiten daarvan de opdracht niet aan de beste inschrijver is gegund. [...]"

7 § 115, lid 1, BVergG luidt:

„Een ondernemer die stelt belang te hebben bij het sluiten van een onder deze federale wet vallende overeenkomst, kan een beroepsprocedure op grond van

onrechtmatigheid instellen tegen een door de aanbestedende dienst in de aanbestedingsprocedure genomen besluit, voorzover hij door die gestelde onrechtmatigheid schade heeft geleden of dreigt te zullen leiden."

Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

8 Verweersters hebben een aanbesteding uitgeschreven voor de selectie van bouwontwerpen en beslissingsparameters voor het aanbesteden van de algemene planning van de nieuwbouw van de faculteit machinebouw van de TU-Wenen. In de eerste fase van de procedure werd een „open wedstrijd gehouden om vindingrijke belangstellenden te zoeken".

9 Diverse belangstellenden, waaronder Hackermüller en de vennootschap Dipl.-Ing. Hans Lechner-ZT GmbH (hierna: „Lechner") dienden projecten in. In de loop van de tweede fase van de procedure — de onderhandelingsfase — werd door het Beratungsgremium (adviescommissie) aanbevolen de procedure op korte termijn voort te zetten met Lechner. Bij brief van 10 februari 1999 werd aan de overige vier tot de onderhandelingsprocedure toegelaten inschrijvers, waaronder Hackermüller, meegedeeld dat de adviescommissie hun project niet had aanbevolen.

10 Op 29 maart 1999 stelde Hackermüller op grond van § 113, lid 2, BVergG beroep in bij het Bundesvergabeamt, strekkende onder meer tot nietigverklaring van het besluit van het adviescomité en/of verweersters om de onderhandelingsprocedure op korte termijn voort te zetten met een concurrerende inschrijver en derhalve diens inschrijving als de voordeligste inschrijving te waarderen, en van het besluit om de inschrijvingen niet te selecteren volgens de in het aanbestedingsbericht vastgestelde criteria.

11 Bij beslissing van 31 mei 1999 wees het Bundesvergabeamt overeenkomstig § 115, lid 1, BVergG alle verzoeken van Hackermüller af wegens het ontbreken van procesbevoegdheid aangezien zijn inschrijving reeds in de eerste fase van de procedure had moeten worden uitgesloten krachtens § 52, lid 1, punt 8, BVergG.

12 Ter motivering van zijn beslissing stelde het Bundesvergabeamt om te beginnen dat een ondernemer slechts beroep kan instellen krachtens § 115, lid 1, BVergG indien hij schade of een ander nadeel kan lijden. Voorts herinnerde het eraan dat de aanbestedende dienst volgens § 52, lid 1, punt 8, BVergG alvorens een inschrijving te selecteren, op basis van het resultaat van het onderzoek van de inschrijvingen de met de aanbestedingsvoorwaarden strijdige of onvolledige en onjuiste inschrijvingen onverwijld moet uitsluiten wanneer het gebrek niet ongedaan is of kan worden gemaakt.

13 Vervolgens wees het Bundesvergabeamt erop dat in punt 1.6.7 van het aanbestedingsbericht uitdrukkelijk werd verwezen naar § 36, lid 4, van de Wettbewerbsordnung der Architekten (mededingingscode voor architecten; hierna: „WOA"), dat bepaalt dat het betrokken project moet worden uitgesloten wanneer er een uitsluitingsgrond in de zin van § 8 WOA is. Volgens § 8, lid 1, sub d, WOA zijn onder meer van deelneming aan architectenwedstrijden uitgesloten, degenen die door vermeldingen in de ingediende documentatie aangeven, van wie deze afkomstig is.

14 Het Bundesvergabeamt stelde vast dat Hackermüller onder de rubriek „voorziene organisatie van de algemene planning" zijn naam had opgegeven, zodat zijn project overeenkomstig § 52, lid 1, punt 8, BVergG juncto § 36, lid 4, WOA had moeten worden uitgesloten. Het besliste dat dit project niet meer in aanmerking kon komen voor de gunning van de opdracht, zodat Hackermüller niet kon worden gelaedeerd door eventuele schendingen van het beginsel van de beste inschrijver en van de regels van de onderhandelingsprocedure en dus niet gelegitimeerd was om de gestelde onrechtmatigheden aan te voeren.

15 Op 7 juli 1999 voorzag Hackermüller zich bij het Verfassungsgerichtshof tegen de beslissing van het Bundesvergabeamt van 31 mei 1999. In zijn arrest van 14 maart 2001 (B 1137/99-9) oordeelde het Verfassungsgerichtshof dat, gelet op de in de rechtspraak van het Hof aanvaarde ruime uitlegging van het recht om op grond van artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 een beroepsprocedure in te leiden (zie met name arresten van 17 september 1997, Dorsch Consult, C-54/96, Jurispr. blz. I-4961, punt 46, en 28 oktober 1999, Alcatel Austria e.a., C-81/98, Jurispr. blz. I-7671, punten 34 en 35), het twijfelachtig is of de in de §§ 115, lid 1, juncto 52, lid 1, BVergG gestelde voorwaarden voor het instellen van een beroepsprocedure aldus kunnen worden uitgelegd dat een inschrijver die niet door de aanbestedende dienst is uitgesloten, door de voor de beroepsprocedure verantwoordelijke instantie kan worden uitgesloten van de beroepsprocedure door afwijzing van zijn verzoek om rechtsbescherming, wanneer deze instantie aanstonds vaststelt dat er een grond tot uitsluiting van de inschrijver bestond. Het Verfassungsgerichtshof vernietigde derhalve de beslissing van het Bundesvergabeamt van 31 mei 1999 wegens schending van het grondwettelijke recht op een procedure bij de door de wet aangewezen rechter.

16 Derhalve heeft het Bundesvergabeamt besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen te stellen:

„1) Moet artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 [...] aldus worden uitgelegd, dat eenieder die in aanmerking wenst te komen voor de gunning van een overheidsopdracht, een beroepsprocedure kan inleiden?

2) Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord:

Moet deze bepaling aldus worden opgevat, dat wanneer een inschrijver niet door de opdrachtgever is uitgesloten, doch naar het oordeel van de

beroepsinstantie in de beroepsprocedure onmiskenbaar door de aanbestedende dienst had moeten worden uitgesloten, die inschrijver is gelaedeerd of dreigt te worden gelaedeerd door de door hem gestelde schending — in casu het besluit van de aanbestedende dienst om de inschrijving van een concurrent als de voordeligste te beschouwen — zodat hij gebruik moet kunnen maken van de beroepsprocedure?"

De eerste vraag

17 Dienaangaande kan worden volstaan met eraan te herinneren dat de lidstaten er krachtens artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 zorg voor moeten dragen dat de in deze richtlijn vastgestelde beroepsprocedures „althans" toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht en die is of dreigt te worden gelaedeerd door een beweerde schending van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale uitvoeringsbepalingen daarvan.

18 Deze bepaling verplicht de lidstaten dus niet om deze beroepsprocedures open te stellen voor eenieder die voor de gunning van een overheidsopdracht in aanmerking wenst te komen, maar staat hen toe om daarnaast als voorwaarde te stellen dat de betrokkene door de door hem gestelde schending is of dreigt te worden gelaedeerd.

19 Derhalve moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 zich er niet tegen verzet dat personen die voor de gunning van een bepaalde overheidsopdracht in aanmerking wensen te komen, de in voornoemde richtlijn vastgestelde beroepsprocedures slechts kunnen inleiden indien zij door de door hen gestelde schending zijn of dreigen te worden gelaedeerd.

De tweede vraag

20 Aangezien de tweede vraag is gesteld voor het geval dat artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 aldus moet worden uitgelegd, dat de toegang tot de in deze richtlijn vastgestelde beroepsprocedures afhankelijk kan worden gesteld van de voorwaarde dat de verzoeker door de gestelde schending is of dreigt te worden gelaedeerd, moet zij worden beantwoord.

21 Gelet op de feiten van het hoofdgeding moet deze vraag aldus worden opgevat, dat de verwijzende rechter wenst te vernemen of aan een inschrijver die de rechtmatigheid wil betwisten van het besluit van de aanbestedende dienst waarbij zijn inschrijving niet als de meest voordelige is aangemerkt, de toegang tot de in richtlijn 89/665 voorziene beroepsprocedures kan worden geweigerd op grond dat zijn inschrijving reeds om andere redenen door de aanbestedende dienst had moeten worden uitgesloten en hij dus niet door de door hem gestelde onrechtmatigheid is of dreigt te worden gelaedeerd.

22 Blijkens de eerste en de tweede overweging van de considerans is richtlijn 89/665 bedoeld ter versterking van de zowel op nationaal als op gemeenschapsniveau bestaande voorzieningen die de doeltreffende toepassing van de richtlijnen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten moeten waarborgen, in het bijzonder in een stadium waarin de schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt. Daartoe verplicht artikel 1, lid 1, van deze richtlijn de lidstaten te waarborgen dat tegen de door de aanbestedende diensten genomen onwettige besluiten doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld (zie met name arrest Alcatel Austria e.a., reeds aangehaald, punten 33 en 34, en arrest van 12 december 2002, Universale-Bau e.a., C-470/99, Jurispr. blz. I-11617, punt 74).

23 Vastgesteld moet worden dat de doelstelling van richtlijn 89/665 niet in volle omvang wordt verwezenlijkt indien de verantwoordelijke instantie voor de in de richtlijn geregelde beroepsprocedures aan een inschrijver die de rechtmatigheid

wil bestrijden van het besluit van de aanbestedende dienst waarbij zijn inschrijving niet als de meest voordelige is aangemerkt, de toegang tot deze procedure zou kunnen ontzeggen op grond dat de aanbestedende dienst de voornoemde inschrijving ten onrechte niet heeft uitgesloten alvorens tot de selectie van de voordeligste inschrijving over te gaan.

24 Het lijdt immers geen twijfel dat de uitsluiting van een inschrijving nog vóór het stadium van selectie van de voordeligste inschrijving een besluit is waartegen krachtens artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 beroep moet kunnen worden ingesteld, aangezien deze bepaling van toepassing is op alle besluiten van de aanbestedende diensten die aan de gemeenschapsrechtelijke voorschriften inzake overheidsopdrachten zijn onderworpen (zie met name arresten van 18 juni 2002, HI, C-92/00, Jurispr. blz. I-5553, punt 37, en 23 januari 2003, Makedoniko Metro en Michaniki, C-57/01, Jurispr. blz. I-1091, punt 68), en geen enkele beperking bevat wat het karakter en de inhoud van deze besluiten betreft (zie met name reeds aangehaalde arresten Alcatel Austria e.a., punt 35, en HI, punt 49).

25 Indien derhalve de aanbestedende dienst een inschrijving vóór de selectie van de voordeligste inschrijving heeft uitgesloten, behoort de betrokken inschrijver, aangezien hij is of dreigt te worden gelaedeerd door dit besluit tot uitsluiting van zijn inschrijving, de rechtmatigheid van dat besluit te kunnen betwisten door middel van de in richtlijn 89/665 vastgestelde beroepsprocedures.

26 Zou een voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instantie de toegang tot deze procedures ontzeggen aan een inschrijver die zich in een situatie als die van Hackermüller bevindt, dan zou deze inschrijver niet alleen zijn verstoken van zijn recht van beroep tegen het door hem onrechtmatig geachte besluit, maar ook van zijn recht om op te komen tegen de juistheid van de uitsluitingsgrond die deze instantie in aanmerking heeft genomen om hem de hoedanigheid van persoon die is of dreigt te worden gelaedeerd door de gestelde onrechtmatigheid te ontzeggen.

27 Wanneer, om in deze situatie te voorzien, aan de inschrijver wordt toegestaan om op te komen tegen de juistheid van deze uitsluitingsgrond in de door hem ingeleide beroepsprocedure ter betwisting van de rechtmatigheid van het besluit van de aanbestedende dienst waarbij zijn inschrijving niet als de meest voordelige is aangemerkt, valt niet uit te sluiten dat de geadieerde instantie aan het eind van deze procedure tot de conclusie komt dat deze inschrijving daadwerkelijk van meet af aan moest worden uitgesloten en dat het beroep van de inschrijver derhalve moet worden verworpen aangezien hij niet is of niet dreigt te worden gelaedeerd door de gestelde schending.

28 Heeft de aanbestedende dienst echter in de geschikte fase van de gunningsprocedure geen besluit tot uitsluiting van de inschrijving genomen, is de in het voorgaande punt beschreven handelwijze de enige die de inschrijver het recht waarborgt om op te komen tegen de juistheid van de uitsluitingsgrond die de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instantie in aanmerking wenst te nemen voor haar beslissing dat de inschrijver niet is of niet dreigt te worden gelaedeerd door het besluit waarvan hij de rechtmatigheid bestrijdt, en die derhalve garandeert dat de communautaire richtlijnen inzake overheidsopdrachten daadwerkelijk op alle fasen van de gunningsprocedure worden toegepast.

29 Gelet op een en ander moet op de tweede vraag worden geantwoord dat artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 zich ertegen verzet dat aan een inschrijver die de rechtmatigheid wil betwisten van het besluit van de aanbestedende dienst waarbij zijn inschrijving niet als de meest voordelige is aangemerkt, de toegang tot de in deze richtlijn voorziene beroepsprocedures wordt geweigerd op grond dat zijn inschrijving reeds om andere redenen door de aanbestedende dienst had moeten worden uitgesloten en hij dus niet door de door hem gestelde onrechtmatigheid is of dreigt te worden gelaedeerd. In de aldus voor deze inschrijver openstaande beroepsprocedure moet hij in de gelegenheid worden gesteld om de juistheid van de uitsluitingsgrond te betwisten, die de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instantie in aanmerking wenst te nemen voor haar beslissing dat de inschrijver niet is of niet dreigt te worden gelaedeerd door het besluit waarvan hij de rechtmatigheid bestrijdt.

Kosten

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

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

uitspraak doende op de door het Bundesvergabeamt bij beschikking van 25 juni 2001 gestelde vragen, verklaart voor recht:

1) Artikel 1, lid 3, 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, 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, verzet zich er niet tegen dat personen die voor de gunning van een bepaalde overheidsopdracht in aanmerking wensen te komen, de in voornoemde richtlijn vastgestelde beroepsprocedures slechts kunnen inleiden indien zij door de door hen gestelde schending zijn of dreigen te worden gelaedeerd.

2) Artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665, zoals gewijzigd bij richtlijn 92/50, verzet zich ertegen dat aan een inschrijver die de rechtmatigheid wil betwisten van het besluit van de aanbestedende dienst waarbij zijn inschrijving niet als de meest voordelige is aangemerkt, de toegang tot de in deze richtlijn voorziene beroepsprocedures wordt geweigerd op grond dat zijn inschrijving reeds om andere redenen door de aanbestedende dienst had moeten worden uitgesloten en hij dus niet door de door hem gestelde onrechtmatigheid is of dreigt te worden gelaedeerd. In de aldus voor deze inschrijver openstaande beroepsprocedure moet hij in de gelegenheid worden gesteld om de juistheid van de uitsluitingsgrond te betwisten, die de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instantie in aanmerking wenst te nemen voor haar beslissing dat de inschrijver niet is of niet dreigt te worden gelaedeerd door het besluit waarvan hij de rechtmatigheid bestrijdt.

Puissochet Schintgen Skouris

Macken Cunha Rodrigues

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 19 juni 2003.

De griffier

R. Grass

De president van de Zesde kamer

J.-P. Puissochet