CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL L. A. GEELHOED van 20 november 2003 [1]

I — Inleiding

1. In deze zaak dient het Hof zich uit te spreken over vier prejudiciële vragen die betrekking hebben op 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 [2], 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 (hierna: „richtlijn 89/665"). [3]

2. Deze vragen zijn gerezen in een geding tussen enerzijds Siemens AG Österreich (hierna: „Siemens") en ARGE Telekom & Partner (hierna: „ARGE Telekom") en het Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungträger, als aanbestedende dienst (hierna: „Hauptverband").

3. De feitelijke en procedurele context van het geding waarin de prejudiciële vragen zijn gerezen is complex. Die zal hieronder in deel III van deze conclusie worden weergegeven. Uit die context blijkt dat er gerede twijfel mogelijk is over de ontvankelijkheid van deze prejudiciële vragen, die, omdat het hoofdgeding zonder voorwerp van geschil is geraakt, geheel of ten dele hypothetisch zijn geworden.

4. De formulering van de vragen zelf is weliswaar ingewikkeld, maar biedt, in samenhang met de motivering van de verwijzingsbeschikking gelezen, voldoende houvast voor een beantwoording. In deel III van deze conclusie zullen daarom de relevante onderdelen van die beschikking worden samengevat. In essentie vraagt het Bundesvergabeamt als verwijzende instantie zich af of de uitvoering die de Oostenrijkse wetgever aan richtlijn 89/665 heeft gegeven, gelet op de (beperkte) bevoegdheden waarover het beschikt, wel adequaat is.

1 — Oorspronkelijke taal: Nederlands.
2 — PB L 395, blz. 33.
3 — PB L 209, blz. 1.

II — Het juridische kader

A — *Het gemeenschapsrecht*

5. Artikel 1, leden 1 en 3 van richtlijn 89/665 luidt:

„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 en 77/62/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 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."

6. Artikel 2, leden 1, 6, 7 en 8 van richtlijn 89/665 luidt:

„1. De lidstaten zorgen ervoor dat 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 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 een schadevergoeding een besluit vernietigd moet worden, kan een lidstaat bepalen dat 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 een schadevergoeding aan een ieder 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.

8. Wanneer de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instanties geen gerechten zijn, moeten hun beslissingen steeds schriftelijk met redenen worden omkleed. Bovendien moeten in dat geval procedures worden gewaarborgd waarmee tegen de door de bevoegde basisinstantie genomen vermoede onwettige maatregelen of vermoede tekortkomingen bij de uitoefening van de haar opgedragen bevoegdheden, beroep kan worden ingesteld bij een rechter of bij een andere instantie die een gerecht is in de zin van artikel 177 van het Verdrag (thans artikel 234 EG) en onafhankelijk is van de aanbestedende diensten en de basisinstantie.

Voor de benoeming en de beëindiging van het mandaat van de leden van de onafhankelijke instantie gelden dezelfde voorwaarden als voor rechters, voor wat betreft de voor de benoeming bevoegde autoriteit, de duur van hun mandaat en hun afzetbaarheid. Ten minste de voorzitter van deze onafhankelijke instantie moet dezelfde juridische en beroepskwalificaties hebben als een rechter. De onafhankelijke instantie neemt haar besluiten na een procedure op tegenspraak en deze besluiten zijn, met middelen die door een lidstaat worden vastgesteld, juridisch bindend."

7. Artikel 25 van richtlijn 92/50 luidt:

„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."

8. In artikel 32 van richtlijn 92/50 is bepaald:

„1. De geschiktheid van de 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.

4. Bij het inwinnen van de in artikel 31 en in de leden 1, 2 en 3 van dit artikel bedoelde inlichtingen mag niet verder worden gegaan dan gezien de inhoud van de opdracht verantwoord is, en de aanbestedende dienst moet niet de gerechtvaardigde belangen van de dienstverleners met betrekking tot de bescherming van hun fabrieks- of bedrijfsgeheimen rekening houden."

B — *Het nationale recht*

9. De richtlijnen 89/665 en 92/50 zijn in Oostenrijks recht omgezet bij het Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen 1997 (federale wet van 1997 inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, BGBl I, 1997/56, in de versie van BGBl I, 2000/125; hierna: „BVergG").

10. § 31 BVergG 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 [...] 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."

11. § 40 BVergG — Intrekking van de aanbesteding tijdens de inschrijvingstermijn — bepaalt:

„1) Gedurende de inschrijvingstermijn kan de aanbesteding wegens dwingende redenen worden ingetrokken, in het bijzonder indien voor het eind van de inschrijvingstermijn omstandigheden bekend worden, die, waren zij eerder bekend geweest, niet tot een aanbesteding, dan wel tot een inhoudelijk wezenlijk andere aanbesteding hadden geleid.

2) De intrekking dient op dezelfde manier te worden bekendgemaakt als de aanbesteding.

3) De inschrijvers alsmede de gegadigden, aan wie reeds het bestek is afgegeven, dienen onverwijld van de intrekking, alsmede van de redenen daarvoor te worden verwittigd."

12. De §§ 52, 53, 53a, 54, 55 en 56 BVergG — De beoordeling van de inschrijvingen — zijn als volgt weer te geven.

„Uitsluiting van inschrijvingen.

§ 52(1) Voordat de aanbestedende dienst overgaat tot de keuze van de voor

gunning in aanmerking komende inschrijving dient zij op grond van de resultaten van de beoordeling de volgende offertes onmiddellijk uit te sluiten:

§ 53 Keuze van de offerte voor de gunning; het beginsel van de beste inschrijving.

1. offertes van gegadigden, die onbevoegd zijn, dan wel niet beschikken over de nodige financiële, bedrijfseconomische of technische bekwaamheden of niet betrouwbaar zijn;

Uit de offertes, die na de uitsluiting overblijven, wordt de opdracht aan de uit een technisch en economisch gezichtspunt gunstigste offerte gegund, een en ander volgens de in de aanbesteding neergelegde maatstaven (het beginsel van de beste inschrijving). De beslissing tot gunning dient schriftelijk te worden gemotiveerd.

[...]

§ 53 a Bekendmaking van de gunning

8. offertes die niet voldoen aan de aanbestedingsvoorschriften evenals gebrekkige en onvolledige inschrijvingen, indien die tekortkomingen niet verholpen zijn of niet verholpen kunnen worden, of deeloffertes, indien deze niet toegelaten zijn;

1) De opdrachtgever dient de overgebleven inschrijvers onverwijld schriftelijk of per fax mede te delen, aan welke inschrijver de opdracht zal worden gegund. In deze mededeling kunnen, met het oog op het in lid 4 bepaalde, aan de niet uitverkoren inschrijvers al de redenen voor het afwijzen van hun offerte worden genoemd.

9. offertes van gegadigden die met andere gegadigden afspraken hebben gemaakt, in strijd met de goede zeden of het beginsel van effectieve mededinging, die voor de opdrachtgever nadelig zijn;

2) De gunning mag op straffe van nietigheid niet plaatsvinden binnen een wachttermijn van twee weken vanaf

[...]

de bekendmaking van de beslissing tot gunning, bedoeld in lid 1). Indien een versnelde procedure wegens spoedeisendheid wordt gevolgd wordt de wachttermijn ingekort tot een week.

3) De afgewezen inschrijvers kunnen binnen een termijn van een week, en indien een versnelde procedure wegens spoedeisendheid overeenkomstig § 69 wordt gevolgd, binnen een termijn van drie dagen, na de betekening van de beslissing tot gunning schriftelijk verzoeken om de redenen waarom hun offerte niet in aanmerking is gekomen, alsmede de kenmerken en voordelen van de gekozen offerte.

4) De opdrachtgever dient onverwijld na ontvangst van het verzoek — voor zover dat tijdig gedaan is — in ieder geval drie dagen voor het eind van de wachttermijn, aan de afgewezen inschrijvers de naam van de gekozen inschrijver alsmede het bedrag waarvoor de opdracht is gegund, bekend te maken. Aan de afgewezen inschrijvers dienen ook de kenmerken en voordelen van de gekozen inschrijving bekend te worden gemaakt, voorzover de openbaarmaking van deze gegevens niet strijdig is met het openbaar belang of belangen van ondernemingen dan wel afbreuk zou doen aan de vrije en eerlijke mededinging.

5) Indien een afgewezen inschrijver van mening is dat de door opdrachtgever genomen beslissing tot gunning inbreuk maakt op de bepalingen van deze wet en hem dientengevolge schade dreigt te berokkenen, dient hij de opdrachtgever onverwijld en met opgave van redenen te informeren over zijn voornemen tot het aanhangig maken van een beroepsprocedure.

§ 54 Gunning en uitvoeringsovereenkomst

1) Gedurende de gunningstermijn komt de contractuele verhouding op het moment tot stand, waarop de inschrijver de schriftelijke bevestiging van het aannemen van zijn offerte ontvangt. Indien de gunningstermijn wordt overschreden of indien de opdracht van de inschrijving afwijkt, ontstaat de contractuele verhouding pas met de schriftelijke verklaring van de inschrijver dat hij de opdracht aanneemt. Voor het doen van deze verklaring dient de inschrijver een passende termijn te worden gegeven.

2) [...]

§ 55 Herroeping van de aanbesteding na afloop van de termijn voor indiening van de offertes.

1) Na afloop van de termijn voor het indienen van offertes moet de aanbesteding worden herroepen wanneer daartoe dwingende redenen zijn.

2) De aanbesteding kan worden herroepen wanneer na het verwerpen van offertes overeenkomstig § 52 slechts één offerte overblijft.

3) De aanbesteding wordt geacht te zijn herroepen wanneer geen of slechts één offerte is ingekomen.

4) De herroeping van de aanbesteding wordt onmiddellijk met opgave van de reden ter kennis van de inschrijver gebracht.

5) Een herroeping van de aanbesteding moet op dezelfde wijze worden bekend gemaakt als de aanbesteding.

§ 56 Beëindiging van de gunningsprocedure.

1) De gunningsprocedure eindigt met de totstandkoming van de leveringsovereenkomst of met de herroeping van de aanbesteding.

2) Iedere inschrijver aan wie niet gegund is, dient hiervan onmiddellijk na de beëindiging van de procedure in kennis te worden gesteld. [...]"

13. In § 113 BVergG zijn de bevoegdheden van het Bundesvergabeamt neergelegd. Deze bepaling luidt:

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

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

2. onwettige besluiten van de aanbestedende dienst nietig te verklaren

3) Na gunning of na beëindiging van de aanbestedingsprocedure is het Bundesvergabeamt bevoegd vast te stellen, dat de opdracht wegens schending van dit Bundesgesetz of van de uitvoeringsbesluiten daarvan niet aan de laagste inschrijver is gegund. In een dergelijke procedure is het Bundesvergabeamt verder bevoegd op verzoek van de aanbestedende dienst vast te stellen, dat een gepasseerde gegadigde of inschrijver ook bij inachtneming van de bepalingen én van dit Bundesgesetz en van de uitvoeringsbesluiten daarvan geen echte kans op gunning van de opdracht had."

14. § 117, leden 1 en 3, BVergG 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 in de betrokken zaak, 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.

[...]

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 onrechtmatigheid al dan niet bestaat."

15. Volgens § 122, lid 1, BVergG „heeft een afgewezen inschrijver in geval van een verwijtbare schending van deze federale wet of van de uitvoeringsbepalingen daarvan door de organen van een aanbestedende dienst, jegens de opdrachtgever waaraan het gedrag van de organen van de aanbestedende dienst moet worden toegerekend, recht op vergoeding van de kosten van de

indiening van de inschrijving en van de overige kosten van de deelneming aan de aanbestedingsprocedure".

16. 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, heeft gedaan. Deze vaststelling is bindend voor de geadieerde burgerlijke rechter evenals voor de partijen in de procedure voor het Bundesvergabeamt.

17. § 5 van het Verwaltungsvollstreckungsgesetz bepaalt:

„1) Tot nakoming van de verplichting iets te dulden, na te laten of te doen die wegens haar aard niet door een derde kan worden nagekomen, legt de uitvoerende instantie de betrokkene geldstraffen op of gelast inhechtenisneming.

2) De ten uitvoerlegging moet beginnen met de dreiging dat bij overtreding of verzuim de betrokken straf zal worden toegepast. Het dwangmiddel waarmee is gedreigd, moet bij eerste overtreding of nadat de termijn die is gegeven voor het verrichten van de handeling zonder resultaat is verlopen, onverwijld worden toegepast. Bij herhaling of verdere vertraging wordt met een steeds scherper dwangmiddel gedreigd. Een dwangmiddel waarmee wordt gedreigd, wordt niet meer toegepast zodra de verplichting is nagekomen.

3) De dwangmiddelen mogen per individueel geval niet het bedrag van 10 000 ATS of een inhechtenisneming van vier weken overschrijden.

4) De tenuitvoerlegging door geldstraffen als dwangmiddel is ook toegestaan tegen rechtspersonen, personenvennootschappen en handelsvennootschappen met uitzondering van openbare lichamen".

18. § 879 Allgemein Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) luidt:

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

2) In het bijzonder zijn de volgende overeenkomsten nietig:

[...]"

III — Feitelijk en procedureel kader

A — *Feiten en procedures voor de nationale instanties*

19. Op 21 september 1999 maakte het Hauptverband in het *Publicatieblad S van de Europese Gemeenschappen* het voornemen bekend tot een aanbesteding in twee fasen. De aanbesteding beoogde de gunning van de opdracht om een elektronisch dataverwerkingssysteem (EDV-systeem) op basis van chipkaarten te ontwerpen, te plannen, te verwezenlijken, met inbegrip van de levering, initialisering, personalisering, verdeling en vernietiging van kaarten. Voorts de levering, installatie en het onderhoud van de eindapparatuur in geheel Oostenrijk. Ten slotte de ondersteuning bij het beheer van het EDV-systeem, de ondersteuning van een call-center bij het beheer van de kaarten alsmede andere dienstverrichtingen, die nodig zouden zijn voor de werking van het systeem.

20. Op 22 februari 2000 besloot het Hautpverband vijf verenigingen van gegadigden uit te nodigen offertes in te dienen en een zesde gegadigde uit te sluiten. In punt 1.9 van het inschrijvingsdocument van 21 september 1999 alsook in punt 1.8 van het aanbestedingsdocument „uitnodiging tot het indienen van offertes" van 15 maart 2000 werd het toelaten van diensten van onderaannemers als volgt geregeld: „De verdere uitbesteding van gedeelten van dienstverrichting is toegestaan tot 30 % van de diensten en slechts voorzover de voor het contract typische onderdelen van de dienstverrichting inzake projectbeheer, ontwerp van het systeem, ontwikkeling, verwezenlijking, levering en beheer van de voor het project specifieke centrale componenten van het gehele systeem, ontwikkeling, levering en beheer van de levenscyclus van de kaarten alsook de ontwikkeling en levering van de eindapparatuur bij de inschrijver/vereniging van inschrijvers blijven".

21. Volgens de aanbestedende dienst, zo blijkt uit de verwijzingsbeschikking, zou deze bepaling zijn gegeven als een deugdelijkheidscriterium om een technisch foutloos verloop van de dienstverlening te verzekeren. Immers de persoonlijke aansprakelijkheid van de leverancier van de kaarten werkt als een prikkel voor een foutloze dienstverlening. Zo wordt verzekerd dat de aanbestedende dienst daadwerkelijk invloed kan uitoefenen.

22. Bij drie van de vier verenigingen die daadwerkelijk ingeschreven hebben (waar-

onder Siemens en ARGE Telekom) was evenwel de kaartenleverancier Austria Card betrokken, die telkens „voor de levering van de kaarten" moest zorgen. De enige vereniging van inschrijvers zonder deelneming van Austria Card werd door de firma EDS/ORGA gevormd.

23. Bij brief van 18 december deelde het Hauptverband als aanbestedende dienst overeenkomstig § 53a BVergG drie verenigingen van inschrijvers mee dat zij voornemens was de opdracht aan EDS/ORGA te gunnen.

24. Daarop verzochten de drie niet voor gunning in aanmerking komende verenigingen van inschrijvers de Bundesvergabekontrollkommission om arbitrage. Deze weigerde in één geval tot arbitrage over te gaan en probeerde in twee gevallen, tevergeefs, tot een minnelijke schikking te komen. Vervolgens stelden de drie afgewezen verenigingen van inschrijvers beroep in bij het Bundesvergabeamt. Daarin werd, primair, verzocht om nietigverklaring van het besluit van de aanbestedende dienst om de opdracht aan de vereniging van inschrijvers EDS/ORGA te gunnen. Subsidiair werd verzocht om het Hauptverband te gelasten de aanbesteding te herroepen.

25. Bij beschikking van 19 maart 2001 verklaarde het Bundesvergabeamt (achtste kamer) al deze vorderingen niet-ontvankelijk wegens gebrek aan belang. Tot staving van zijn oordeel stelde het Bundesvergabeamt dat de offertes van verzoeksters door de aanbestedende dienst overeenkomstig § 52, lid 1, sub 9, BVergG moesten worden uitgesloten, omdat Austria Card deel uitmaakte van de drie betrokken verenigingen van inschrijvers. De daardoor mogelijke informatie-uitwisseling alsook de onderhandelingen die Austria Card over de vorm van de offertes noodzakelijkerwijs met de drie consortia moest voeren, waren aan te merken als een met het mededingingsbeginsel strijdige afspraak tussen de aanbieders.

26. Uit de processtukken blijkt dat deze beschikking van het Bundesvergabeamt bij arrest van 12 juni 2001 van het Verfassungsgerichtshof is vernietigd, omdat de drie verenigingen in hun grondwettelijke recht op een procedure voor de wettige rechter zouden zijn geschonden. Het Bundesvergabeamt zou, alvorens zijn beslissing te nemen, hebben nagelaten aan het Hof een prejudiciële vraag te stellen of een inschrijver wiens offerte niet door de aanbestedende dienst is uitgesloten, zijn recht op een procedure voor de bevoegde nationale instantie kan worden onthouden.

27. Op 28 en 29 maart 2001 hebben achtereenvolgens Debis, de derde niet voor gunning in aanmerking gekomen vereniging, en ARGE Telekom opnieuw een beroepsprocedure voor het Bundesvergabe-

amt aangespannen. Zij verzochten om het besluit van het Hauptverband om de aanbesteding niet te herroepen nietig te verklaren, alsook om voorlopige maatregelen inhoudende een verbod voor de aanbestedende dienst om tot gunning over te gaan, hetzij voor een periode van ten minste twee maanden na indiening van het verzoek (Debis), hetzij tot aan de uitspraak van het Bundesvergabeamt (ARGE Telekom).

28. Naar aanleiding van deze verzoeken verbood het Bundesvergabeamt in zijn beschikking van 5 april 2001 bij wijze van voorlopige maatregel tot 20 april 2001 de opdracht te gunnen.

29. Debis en ARGE Telekom hebben in hun verzoeken deels nationaalrechtelijke deels gemeenschapsrechtelijke argumenten aangevoerd voor hun stelling dat de aanbesteding onrechtmatig was. De aanbesteding zou moeten worden herroepen, omdat uit het besluit van het Bundesvergabeamt van 19 maart 2001 voortvloeide dat er maar één voor gunning in aanmerking komende onderneming overbleef. Immers, indien de offertes van Siemens, ARGE Telekom en Debis mogen worden uitgesloten op grond van § 52, lid 1, BVergG, omdat zij inbreuk op het mededingingsbeginsel zouden maken, dan zou uit de bepalingen van § 55, leden 2 en 3, BVergG voortvloeien dat de aanbesteding moest worden herroepen. Er zou immers maar één inschrijver (EDS/ORGA) overblijven. De aanbesteding zou bovendien met het gemeenschapsrecht in strijd zijn, omdat in punt 1.8 van de uitnodiging tot het indienen van offertes van 15 maart 2000 een ongeoorloofde maatstaf van deugdelijkheid was gesteld. Daarin werd verdere uitbesteding van gedeelten van dienstverrichting boven 30 % van de totale opdracht, en in elk geval van alle typisch contractuele diensten, in het bijzonder de levering en het beheer van de levenscyclus van de kaarten, uitgesloten. Dat dwong verzoekers ertoe om Austria Card als deelnemer in de door hen gevormde inschrijversconsortia op te nemen. Zonder het in punt 1.8 van de aanbestedingsvoorwaarden bepaalde hadden verzoeksters daarvoor een beroep kunnen doen op een onderaannemer. Naar hun oordeel zou deze eis strijdig zijn met het gemeenschapsrecht. Zij verwezen naar het arrest van het Hof van 2 december 1999, Holst Italia.[4] Daaruit zou voortvloeien dat het mogelijk moet zijn de dienst die het voorwerp van de aanbesteding vormt door geschikte derden te laten verrichten.

30. Bij beschikking van 20 april 2001 wees het Bundesvergabeamt (negende kamer) de verzoeken van Debis en ARGE Telekom toe en verklaarde overeenkomstig § 113, lid 2, tweede regel, BVergG het besluit van het Hauptverband om de aanbesteding niet te herroepen nietig. Tot staving van zijn besluit stelde het Bundesvergabeamt, dat de aanbesteding moest worden herroepen, omdat zij een wezenlijk onwettige aanbestedingsvoorwaarde bevatte. Het door het Hauptverband gestelde verbod op onderaanneming zou namelijk in strijd zijn met het gemeenschapsrechtelijke recht van de inschrijver om zich ten bewijze van zijn bekwaamheden te beroepen op die van onderaannemer, zoals uitgelegd door het Hof in het arrest Holst Italia.[5]

4 — C-176/98, Jurispr. blz. I-8607.
5 — Aangehaald in voetnoot 4.

31. Ondanks deze beschikking besloot het Hauptverband op 23 april 2001 de opdracht onverwijld aan EDS/ORGA te gunnen, waardoor de overeenkomst was gesloten. De bij beschikking van 5 april 2001 vastgestelde voorlopige maatregelen waren op 20 april 2001 verlopen en ze waren, een desbetreffend verzoek ten spijt, niet verlengd. De beschikking van 20 april 2001 van het Bundesvergabeamt bevat slechts een moeilijk te begrijpen aanwijzing tot „nietigverklaring van een niet-herroeping". Hieruit leidde het Hauptverband af dat niet op een juridisch dwingende wijze was besloten dat zijn besluit om de opdracht te gunnen aan de laagste inschrijver niet geldig zou zijn of zou zijn vernietigd.

32. Voorts nam het Hauptverband de beslissing het besluit van het Bundesvergabeamt van 20 april 2001 bij het Verfassungsgerichtshof aan te vechten. Uit de stukken bij het procesdossier blijkt dat het Verfassungsgerichtshof eerst bij beschikking van 22 mei 2001 het verzoek om het besluit van het Bundesvergabeamt te schorsen, heeft afgewezen en naderhand, bij arrest van 2 maart 2002 dat besluit heeft vernietigd.

33. Op 30 april 2001 heeft Siemens een beroepsprocedure bij het Bundesvergabeamt ingesteld strekkende tot vernietiging van diverse besluiten van het Hauptverband, die samenhangen met het besluit de opdracht aan EDS/ORGA te gunnen. Siemens meent dat de nietigverklaring van het besluit van het Hauptverband om de in 1999 aangekondigde aanbestedingsprocedure niet te herroepen tot gevolg heeft dat het besluit van het Hauptverband om de opdracht te gunnen onwettig is, omdat het een tweede, niet bekend gemaakte aanbestedingsprocedure betreft. Daarnaast heeft zij om voorlopige maatregelen verzocht. Dat verzoek is door het Bundesvergabeamt op 11 mei 2001 afgewezen, de overige verzoeken zijn aangehouden.

34. ARGE Telekom heeft op 17 mei 2001 eveneens verzocht om voorlopige maatregelen en de nietigverklaring van verschillende beslissingen die het Hauptverband in verband met zijn beslissing om de aanbestedingsprocedure niet te herroepen heeft genomen.

35. Op 18 mei 2001 heeft Siemens opnieuw om voorlopige maatregelen gevraagd, alsmede om de nietigverklaring van de besluiten van het Hauptverband om de aanbestedingsprocedure niet in te trekken, EDS/ORGA de opdracht te gunnen, de gunningsopdracht aan EDS/ORGA te versturen en met deze combinatie de overeenkomst te sluiten, zonder dat het gunningsbesluit rechtsgeldig is bekendgemaakt.

36. Bij besluit van 9 juli 2001 wees het Bundesvergabeamt de verzoeken van ARGE Telekom en van Siemens om een voorlopige voorziening af en hield de zaken voor het overige aan.

37. Het Bundesamt (negende kamer) was van oordeel dat voor de afhandeling van de verzoeken van 30 april en 18 mei 2001 van Siemens en het verzoek van 17 mei 2001 van ARGE Telekom een nadere uitlegging van enkele bepalingen van richtlijn 89/665 noodzakelijk was. Daarom heeft het bij beschikking van 11 juli 2001 de hieronder weergegeven prejudiciële vragen gesteld.

B — *De prejudiciële vragen en de toelichting daarop*

„1) Moeten de bepalingen van richtlijn 89/665/EEG betreffende beroepsprocedures inzake overheidsopdrachten, in het bijzonder artikel 2, lid 1, sub b, eventueel juncto artikel 2, lid 7, aldus worden uitgelegd dat een besluit 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 waar naar nationaal recht geen doeltreffende executie van het besluit van de beroepsinstantie tegen de aanbestedende dienst mogelijk is, de betrokken aanbestedingsprocedure door het besluit van de nationale beroepsinstantie zonder meer wordt beëindigd zonder dat de aanbestedende dienst zelf nog een handeling moet verrichten?

2) Volgt uit de bepalingen van richtlijn 89/665, in het bijzonder artikel 2, lid 7, eventueel juncto de bepalingen van richtlijn 92/50/EEG, 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 arrest van 2 december 1999, zaak C-176/98 Holst Italia tegen Comune di Calgiari) de inschrijver belet om aan de hand van een overeenkomst met de onderaannemer aan te tonen dat hij daadwerkelijk over de middelen van derden beschikt, kennelijk in strijd met het gemeenschapsrecht is in dier voege dat een op basis van een dergelijke aanbesteding gesloten overeenkomst als ongeldig moet worden beschouwd, in het bijzonder wanneer de nationale rechtsorde toch al bepalingen bevat volgens welke onwettige overeenkomsten ongeldig zijn?

3) Volgt uit de bepalingen van richtlijn 89/665, in het bijzonder artikel 2, lid 7, of uit andere bepalingen van het 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 besluit 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, ongeldig is, in het bijzonder wanneer de nationale rechtsorde toch al bepalingen bevat volgens welke overeenkomsten die in strijd zijn met de goede zeden of onwettig zijn, ongeldig zijn en anderzijds naar nationaal recht geen doeltreffende executie van het besluit van de beroepsinstantie tegen de aanbestedende dienst mogelijk is?

4) a) Moeten de bepalingen van richtlijn 89/665, in het bijzonder artikel 2, lid 1, sub b, eventueel juncto artikel 2, lid 7, aldus worden uitgelegd dat wanneer naar nationaal recht geen doeltreffende executie van het besluit 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, juncto 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 machtigt tot niet-executore nietigverklaringen van de besluiten van de aanbestedende dienst?

4) b) Indien vraag 4 a bevestigend wordt beantwoord, is de beroepsinstantie in een dergelijk geval krachtens artikel 2, lid 7, van richtlijn 89/665, eventueel juncto andere bepalingen van het gemeenschapsrecht, bevoegd om ter uitvoering van het bevel jegens de aanbestedende dienst met de naar het oordeel van de rechter passende 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?"

38. In zijn verwijzingsbeschikking heeft het Bundesvergabeamt een uitvoerige toelichting op de hierboven weergegeven prejudiciële vragen gegeven. De hoofdelementen daarvan kunnen als volgt worden samengevat.

39. Ter adstructie van de eerste vraag wijst het Bundesvergabeamt onder meer erop dat zijn beschikkingen overeenkomstig § 113, lid 2, sub 2, BVergG geen op verzoek van de in het gelijk gestelde verzoeker voor executie vatbare opdracht voor de aanbestedende dienst inhouden. Daarin wijken de bevoegdheden van het Bundesvergabeamt af van de competenties van soortgelijke nationale instanties in bijvoorbeeld de sfeer van het handelsrecht, het bouwrecht en het waterrecht. Die kunnen wel voor directe executie vatbare beschikkingen geven. Dit impliceert dat de rechtspositie van belanghebbende partijen in het aanbestedingsrecht wezenlijk zwakker is dan die van partijen op andere rechtsgebieden. De verwijzende instantie vraagt zich af of dit resultaat dat uit de nationale wetgeving volgt, wel verenigbaar is met de vereisten van het gemeenschapsrecht, zoals die in het bijzonder in artikel 2, lid 7, van richtlijn 89/665 zijn neergelegd.

40. Bij vraag 2 wijst het Bundesvergabeamt erop dat het, in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof in zijn beschikking van 20 april 2001 ervan is uitgegaan dat elke inschrijver ten bewijze van zijn bekwaamheden zich op die van zijn onderaannemers kan beroepen, wanneer hij kan aantonen daadwerkelijk over hun middelen te kunnen beschikken. Derhalve kan het Bundesvergabeamt er zijns inziens van uitgaan, dat een bepaling inzake de inschrijvingsvoorwaarden die een beroep op onderaannemers vooraf grotendeels uitsluit, in tegenspraak is met het gemeenschapsrecht, en dat de aanbestedingsprocedure waarin een dergelijke voorwaarde is gesteld niet kan doorgaan, doch moet worden herroepen.

Weliswaar bevat het gemeenschapsrecht op het gebied van overheidsopdrachten geen bepalingen die een uitdrukkelijk antwoord geven op de vraag in hoeverre onwettige gunningen tot ongeldigheid van de op basis ervan gesloten overeenkomsten leiden. Derhalve kan de vraag naar de geldigheid van de overeenkomst als een vraag van nationaal recht worden beschouwd.

Een dergelijk resultaat zou echter, getoetst aan het beginsel van het nuttig effect van het gemeenschapsrecht, niet bevredigend zijn. Immers een aanbestedende dienst die zich niet houdt aan de bepalingen van het gemeenschapsrecht, noch gevolg geeft aan de beschikkingen van de beroepsinstantie, kan de verwezenlijking van de doelstellingen van het gemeenschapsrecht verijdelen, zonder enige sanctie te hoeven vrezen, indien zoals in casu de nationale rechtsorde geen gedwongen tenuitvoerlegging van de beschikkingen van de beroepsinstantie kan garanderen.

In die context acht het Bundesvergabeamt het zinvol te vernemen of een overeenkomst die tot stand komt op basis van een aanbestedingsprocedure, waarbij gemeenschapsrechtelijke voorschriften zijn geschonden, als onwettig of in strijd met de goede zeden, civielrechtelijk ongeldig moet worden beschouwd.

41. Bij de eerste twee vragen merkt het Bundesvergabeamt nog op dat, indien de gesloten overeenkomst ongeldig zou moeten worden geoordeeld, het nog steeds bevoegd zou zijn om besluiten van de aanbestedende dienst nietig te verklaren (en in elk geval om nadere maatregelen te nemen, indien het Hof de vragen 4 a en 4 b bevestigend zou beantwoorden), omdat de ongeldigheid van het sluiten van de overeenkomst meebrengt dat ook de gunning als ongeldig moet worden beschouwd. Volgens de verwijzende instantie is derhalve een nadere uitleg van het gemeenschapsrecht noodzakelijk ter vaststelling van de bevoegdheid van de nationale rechter ter zake van de vaststelling van de geldigheid van de gunning én van de op grond daarvan gesloten overeenkomst.

42. Bij vraag 3 stelt het Bundesvergabeamt dat het Hauptverband als aanbestedende dienst bij het sluiten van de overeenkomst niet alleen de materiële bepalingen van het gemeenschappelijke aanbestedingsrecht heeft geschonden, maar ook opzettelijk de beschikking van de nationale toetsende instantie in de zin van artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 heeft genegeerd. Een dergelijke houding dient als strijdig met de goede zeden te worden aangemerkt, met de daaraan te verbinden consequenties voor de geldigheid van de overeenkomst.

43. Op de vragen 4 a en 4 b licht het Bundesvergabeamt toe dat de nationale bepalingen niet garanderen dat de beschikkingen van de beroepsinstantie geldig kunnen worden uitgevoerd, omdat het nationale recht niet voorziet in de gedwongen tenuitvoerlegging van de nietigverklaring van een besluit van de aanbestedende dienst. Weliswaar laat artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 89/665 aan de lidstaten een ruime keuzemogelijkheid bij het toekennen van bevoegdheden aan de beroepsinstantie, maar indien het resultaat daarvan is dat de communautaire aanbestedingsvoorschriften onvoldoende nuttig effect zouden hebben, verdient het, zo lijkt het de verwijzende instantie, uit te gaan van de rechtstreekse toepassing van de in de richtlijn voorziene bevoegdheden voor de beroepsinstantie. In dat licht vraagt het Bundesvergabeamt zich nog af of de in het nationale recht voorziene bestuursrechtelijke dwangmiddelen wel afdoende zijn om een behoorlijke naleving van het gemeenschapsrecht af te dwingen.

IV — Procedure voor het Hof

44. In de verwijzingsbeschikking heeft het Bundesvergabeamt het Hof verzocht om de

door hem gestelde prejudiciële vragen volgens de versnelde procedure, bedoeld in artikel 104 a van het Reglement voor de procesvoering, te behandelen. Een versnelde procedure zou kunnen voorkomen dat de aanbestedende dienst niet door het stellen van voldongen feiten de toepassing van het gemeenschapsrecht, zoals door het Hof uitgelegd, zou kunnen verijdelen. Indien de voorgelegde vragen bevestigend zouden worden beantwoord, zou een snelle beslissing grote schade kunnen voorkomen, omdat ten tijde van het geven van de verwijzingsbeschikking nog niet met de uitvoering van de overeenkomst tussen het Hauptverband en EDS/ORGA was begonnen.

45. Bij beschikking van 13 september 2001 heeft de president van het Hof dit verzoek afgewezen, met de motivering dat uit door de verwijzende instantie gestelde omstandigheden van geen buitengewone urgentie tot beantwoording van de vragen bleek.

46. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is op 9 augustus 2001 bij de griffie van het Hof binnengekomen. ARGE Telekom, het Hauptverband, EDS/ORGA, de Oostenrijkse regering en de Commissie hebben overeenkomstig artikel 20 van het Statuut (EG) van het Hof van Justitie schriftelijke opmerkingen ingediend. Tijdens de mondelinge behandeling op 18 september 2003 hebben het Hauptverband, de Oostenrijkse regering en de Commissie hun standpunt nader toegelicht.

V — Beoordeling

A — *Opmerkingen vooraf*

47. De hierboven in de punten 19 tot en met 37 uitvoerig weergegeven voorgeschiedenis van de verwijzingsbeschikking alsmede de toelichting van de verwijzende instantie op haar prejudiciële vragen geven aanleiding tot het plaatsen van enkele prealabele kanttekeningen.

48. Vanaf het moment dat het Hauptverband als aanbestedende dienst ingevolge § 53 BVergG aan de nog overblijvende gegadigden in de aanbestedingsprocedure bekend maakte dat het voornemens was de opdracht aan EDS/ARGO te gunnen, hebben drie groepen procedures voor het Bundesvergabeamt gediend:

1. In een eerste reeks procedures hebben verzoeksters in het hoofdgeding verzocht om vernietiging van het besluit van het Hauptverband tot gunning aan EDS/ORGA en om herroeping van de aanbestedingsprocedure. Zij hadden

daarmee geen succes, hun verzoek werd bij beschikking van 19 maart 2001 niet-ontvankelijk verklaard.

2. In een tweede reeks procedures hebben de afgewezen gegadigden het Bundesvergabeamt, onder meer, verzocht om de — fictieve — beslissing van het Hauptverband als aanbestedende dienst om de aanbestedingsprocedure niet te herroepen nietig te verklaren. Zij waren gedwongen om deze weg te bewandelen, omdat het niet meer mogelijk was, zoals het Hauptverband en de Oostenrijkse regering in hun schriftelijke en mondelinge opmerkingen hebben benadrukt, ten tweeden male het besluit tot gunning zelf aan te vechten voor het Bundesvergabeamt. Met deze tweede vordering hadden de afgewezen gegadigden succes. Bij voorlopige maatregel van 5 april 2001 werd het Hauptverband tot 20 april 2001 verboden om tot gunning over te gaan. Bij beschikking van 20 april 2001 heeft het Bundesvergabeamt vervolgens het fictieve besluit om de aanbestedingsprocedure niet te herroepen, nietig verklaard. Die uitspraak verhinderde evenwel niet dat enkele dagen later de overeenkomst tussen de aanbestedende dienst en EDS/ORGA werd gesloten.

3. Daarop volgde een derde reeks procedures waarmee de niet-gekozen gegadigden in essentie beogen de nietigverklaring van de besluiten die het Hauptverband heeft genomen na zijn besluit tot selectie van EDS/ORGA als de „beste bieder", dat wil zeggen met miskenning van de beschikking van het Bundesvergabeamt van 20 april 2001, waaruit voortvloeide dat de aanbestedingsprocedure moest worden herroepen. In het kader van deze derde reeks procedures heeft het Bundesvergabeamt de voorliggende prejudiciële vragen gesteld. Uit de verwijzingsbeschikking valt af te leiden dat verzoekende partijen in deze procedure hun vorderingen in hoofdzaak baseren op twee stellingen:

— het besluit tot gunning van 18 december 2000 zou ab initio ongeldig zijn, omdat de daarvoor benodigde goedkeuring van het zogenaamde chipkaartcomité nog niet was gegeven;

— de besluiten die hebben geleid tot het sluiten van de overeenkomst tussen het Hauptverband en EDS/ORGA zouden alle nietig zijn, omdat zij zijn genomen in het kader van een ongeldige aanbestedingsprocedure.

49. Het staat vast dat er tussen het Hauptverband en EDS/ORGA een overeenkomst is gesloten waarmee de op 22 februari 2000 begonnen tweede fase van de aanbestedingsprocedure is afgesloten. Tot een oor-

deel over de geldigheid van deze overeenkomst en over een eventuele schadevordering in verband daarmee is naar Oostenrijks recht alleen de burgerlijke rechter bevoegd.

50. Uit de inhoud van de gestelde vragen, in samenhang gelezen met de uitvoerige toelichting daarop valt af te leiden dat het Bundesvergabeamt betwijfelt of de hem toegekende bevoegdheden wel voldoende zijn om een doeltreffende uitvoering van richtlijn 89/665 te verzekeren, aangezien een door hem in strijd met het gemeenschapsrecht geachte aanbestedingsprocedure toch heeft geleid tot de gunning en het sluiten van een contract voor een omvangrijke opdracht.

51. Voorzover deze achtergrond van de vragen de verwijzende rechter ertoe heeft gebracht in zijn vragen, nu eens impliciet dan weer meer expliciet, de verenigbaarheid als zodanig van het wettelijk systeem voor het Oostenrijkse aanbestedingsrecht met richtlijn 89/665 aan de orde te stellen, overschrijdt hij daarmee het door artikel 234 EG gegeven kader voor de prejudiciële procedure, dat de samenwerkingsprocedure tussen de nationale rechter en het Hof beperkt tot de uitlegging van het gemeenschapsrecht ten behoeve van een beslissing in het bodemgeschil.

52. Derhalve dient te worden nagegaan of een beantwoording door het Hof van de hem voorgelegde prejudiciële vragen dienstig kan zijn voor een beslissing in het bodemgeschil.

53. Mede in dit licht dient nu eerst de ontvankelijkheid van de betrokken vragen te worden beoordeeld.

B — *Ontvankelijkheid*

54. Het Hauptverband, de Oostenrijkse regering en de Commissie hebben in hun schriftelijke opmerkingen en hun mondelinge uiteenzettingen ter hoorzitting, zij het op sterk uiteenlopende gronden, betoogd dat de vragen niet-ontvankelijk zijn.

55. De Commissie betwijfelt of de verwijzende instantie een rechterlijke instantie is, omdat deze in de verwijzingsbeschikking zelf heeft erkend dat haar beslissing „geen voor tenuitvoerlegging vatbare bevelen aan de aanbestedende dienst" bevatten. Zij vraagt zich derhalve af of de door het Bundesvergabeamt gestelde vragen ontvankelijk zijn, gelet op de rechtspraak van het Hof, met name de arresten in de zaken Victoria Film [6] en Salzmann [7], volgens welke de nationale rechter enkel verwijzingsbevoegd is onder artikel 234 EG, indien bij hem een geding aanhangig is gemaakt en hij uitspraak moet doen in het kader van een procedure die moet uitmonden in een beslissing die de kenmerken vertoont van een rechterlijke uitspraak.

6 — Arrest van 12 november 1998 (C-134/97, Jurispr. blz. I-7023, punt 14).

7 — Arrest van 14 juni 2001 (C-178/99, Jurispr. blz. I-4421, punt 14).

56. De Oostenrijkse regering meent dat de vragen niet-ontvankelijk zijn, omdat ze zodanig zijn geformuleerd dat ze onbegrijpelijk zijn voor degenen die niet bekend zijn met het Oostenrijkse formele en materiële aanbestedingsrecht. Zij is van oordeel dat van de verwijzende nationale rechter kan worden gevergd, dat prejudiciële vragen, die complexe en fundamentele kwesties betreffende de systematiek van het nationale rechtstelsel tot voorwerp hebben, zo geformuleerd worden, dat zij ook voor degenen, die met de desbetreffende nationale rechtsorde niet vertrouwd zijn, duidelijk en begrijpelijk zijn.

57. Het Hauptverband acht de gestelde vragen niet-ontvankelijk, omdat de verwijzingsbeschikking een onvolledige beschrijving van de feiten van het hoofdgeding zou geven. In casu heeft de beschikking niet betrekking op één, maar op drie verschillende bodemprocedures. Verder zou het Bundesvergabeamt in zijn verwijzingsbeschikking hebben nagelaten om de bij het Verfassungsgerichtshof en het Handelsgericht Wien aanhangige procedures te noemen.

58. Bovendien zou het Bundesvergabeamt niet bevoegd zijn prejudiciële vragen te stellen, omdat na zijn beschikking van 19 maart 2001 bij hem geen beroep meer openstaat tegen het besluit tot gunning. Het Bundesvergabeamt heeft derhalve niet meer de bevoegdheid om te oordelen over de geldigheid van dat besluit, noch over de besluiten die het Hauptverband ten vervolge daarop heeft genomen. Ten slotte ontbeert het Bundesvergabeamt iedere bevoegdheid om de geldigheid of ongeldigheid te beoordelen van een civielrechtelijke overeenkomst, gesloten na afloop van de aanbestedingsprocedure.

59. Ten slotte hebben de Oostenrijkse regering en het Hauptverband bij de hoorzitting gewezen op de consequenties van het arrest van het Verfassungsgerichtshof van 2 maart 2002 voor de ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing. In dat arrest wordt de beschikking van het Bundesvergabeamt van 20 april 2001 nietig verklaard. Het Verfassungsgericht meent dat het logischerwijs onmogelijk is om een besluit nietig te verklaren als dat besluit inhoudt om iets niet te doen. Het daartoe strekkende verzoek van de niet voor gunning in aanmerking komende consortia van inschrijvers had derhalve niet-ontvankelijk moeten worden verklaard. Omdat het Bundesvergabeamt op een niet-ontvankelijk verzoek de zaak ten gronde heeft beoordeeld, heeft het zich een bevoegdheid toegeëigend die het niet toekomt. Daarmee wordt het recht van het Hauptverband op een procedure voor de wettelijke rechter geschonden.

60. De Oostenrijkse regering en het Hauptverband stellen dat door dit arrest van het Verfassungsgerichtshof de aan het Hof gestelde vragen, althans ten dele, namelijk voorzover zij uitdrukkelijk of impliciet betrekking hebben op de beschikking van 20 april 2001 van het Bundesvergabeamt, hun belang voor het hoofdgeding verliezen en mitsdien hypothetisch worden. Dat zou ze naar 's Hofs rechtspraak niet-ontvankelijk maken. Dat zou in ieder geval gelden

voor vraag 1 en wellicht ook voor de vragen 3, 4 a en 4 b.

61. Op het eerste door de Commissie naar voren gebrachte argument tegen de ontvankelijkheid van de vragen, kan het antwoord kort zijn. Zeer recent, in het arrest in de zaak GAT [8], heeft het Hof uitdrukkelijk uitgemaakt dat de beslissingen van het Bundesvergabeamt wel terdege een rechterlijk karakter hebben en dat het Hof derhalve bevoegd is om de door deze instantie gestelde vragen te beantwoorden. Het Hof heeft er daarbij op gewezen dat uit § 125, lid 2, BVergG blijkt dat een vaststelling van het Bundesvergabeamt krachtens § 113, lid 3, BVergG niet alleen een ontvankelijkheidsvoorwaarde is voor elke schadevordering die bij de burgerlijke rechter wegens een verwijtbare schending van voornoemde bepalingen wordt ingesteld, maar bovendien zowel voor de partijen in de procedure voor het Bundesvergabeamt als voor de geadieerde burgerlijke rechter bindend is. Ergo, is het Hof bevoegd om door het Bundesvergabeamt gestelde vragen te beantwoorden.

62. Ook het tweede, door de Oostenrijkse regering gemaakte bezwaar tegen de ontvankelijkheid, treft, naar het mij voorkomt, geen doel. Uit de uitvoerige verwijzingsbeschikking en de daarin vervatte toelichting valt wel terdege af te leiden wat de verwijzende instantie met de gestelde vragen beoogt, al is de formulering daarvan prima facie niet altijd even helder. Overigens lijkt de Oostenrijkse regering met dit bezwaar, dat vooral aan het nationale recht refereert, te miskennen dat de procedure van artikel 234 EG niet de uitlegging en geldigheid van het nationale recht tot voorwerp heeft, maar die van het gemeenschapsrecht, in casu in het bijzonder de uitlegging van enkele bepalingen van de richtlijnen 89/665 en 92/50. [9]

63. Het derde bezwaar, naar voren gebracht door het Hauptverband tegen de ontvankelijkheid van de voorgelegde, snijdt, mede in het licht van mijn hierboven, in de punten 48 tot en met 53, gemaakte prealabele kanttekeningen, meer hout. Weliswaar is het naar vaste rechtspraak van het Hof aan de nationale rechter om te bepalen of de verwijzingsbeschikking in overeenstemming is met het nationale formele en materiële recht [10] en is het aan hem overgelaten om de relevante feiten vast te stellen [11] en te waarderen [12], maar deze bevoegdheid is niet onbeperkt. Indien uit de

8 — Arrest van 19 juni 2003, GAT (C-315/01), Jurispr. blz. I-6351, punten 25-29).

9 — O.m. arrest van 16 december 1976, Inzirillo (63/76, Jurispr. blz. 2057, punt 6).

10 — Zie o.m. arresten van 16 maart 1978, Oehlschläger (104/77, Jurispr. blz. 791, punt 4), en van 28 januari 1999, Wilkens (C-181/96, Jurispr. blz. I-399, punt 33).

11 — O.m. arresten van 5 oktober 1999, Lirussi en Bizzarro (C-175/98 en C-177/98, Jurispr. blz. I-6881, punten 37 en 38); 22 januari 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, Jurispr. blz. I-607, punt 18), en 30 september 2003, Inspire Art (C-167/01, Jurispr. blz. I-10155, punt 43).

12 — O.m. arresten van 16 juli 1992, Lourenço Dias (C-343/90, Jurispr. blz. I-4673, punt 14), en Canal Satélite Digital (aangehaald in voetnoot 11, punt 43).

verwijzingsbeschikking, het overlegde procesdossier, alsmede uit schriftelijke en mondelinge opmerkingen valt af te leiden, dat de beantwoording van de gestelde vragen klaarblijkelijk niet van invloed kan zijn op de oplossing van het bodemgeschil en zij derhalve een hypothetisch karakter hebben, dienen zij, naar de eveneens vaste rechtspraak van het Hof[13] zonder beslissing te worden afgedaan.

64. Daarom zal in het licht van het voorgaande moeten worden onderzocht, of de vragen die de verwijzende rechter heeft gesteld, relevant zijn voor de beslechting van het hoofdgeding.

65. Zoals wij hierboven reeds in de punten 48 tot en met 51 hebben opgemerkt, heeft het Hauptverband een overeenkomst met EDS/ORGA gesloten, zonder gevolg te geven aan de beschikking van het Bundesvergabeamt, waarbij het — fictieve — besluit van het Hauptverband om de aanbestedingsprocedure niet te herroepen, nietig werd verklaard. In het hoofdgeding stellen verzoekende partijen nu, onder andere, dat de besluiten van het Hauptverband die uiteindelijk hebben geleid tot het sluiten van de overeenkomst alle nietig zijn, omdat zij zouden zijn genomen in het kader van een ongeldige aanbestedingsprocedure.

66. Nu het vaststaat dat voor de beoordeling van de rechtsgeldigheid van de op 23 april 2002 gesloten overeenkomst tussen het Hauptverband en EDS/ORGA naar Oostenrijks recht niet het Bundesvergabeamt maar de burgerlijke rechter bevoegd is, kan de beantwoording van de gestelde vragen in beginsel geen bijdrage leveren aan de beslechting van het hoofdgeding.

67. Ingevolge de Oostenrijkse wetgeving is de burgerlijke rechter de bevoegde instantie voor de beoordeling van de overeenkomsten die tot stand zijn gekomen na de gunning van een opdracht. In deze wetgeving zijn, in overeenstemming met het in artikel 2, lid 6, laatste volzin, van richtlijn 89/665 bepaalde, de bevoegdheden van deze rechterlijke instantie beperkt tot het toekennen van schadevergoeding aan eenieder die door een schending van de aanbestedingsvoorschriften werd gelaedeerd.

68. Nu lijkt vast te staan dat in de aan het hoofdgeding ten grondslag liggende situatie dit door de aanbestedende instantie genomen gunningsbesluit niet door het Bundesvergabeamt is vernietigd en ter uitvoering daarvan een of meer overeenkomsten ingevolge de gunning van de opdracht tot stand zijn gekomen, moet worden aangenomen dat alleen de burgerlijke rechter bevoegd is tot de beoordeling van de overeenkomsten waarin de onderhavige aanbestedingsprocedure heeft geresulteerd.

69. In het licht van het bovenstaande moet onzes inziens worden aangenomen dat de door het Bundesvergabeamt gestelde vragen, die in essentie neerkomen op de vraag

13 — O.m. arresten van 16 december 1981, Foglia/Novello (244/80, Jurispr. blz. 3045, punt 21); 21 maart 2002 Cura Anlagen (C-451/99, Jurispr. blz. I-3193, punt 26), en Inspire Art (aangehaald in voetnoot 11, punt 47).

of de bevoegdheden die hem in het BVergG zijn toegekend voldoen aan de minimumeisen die daaraan in artikel 2, lid 7, van richtlijn 89/665 worden gesteld, zuiver hypothetisch zijn.

70. Het hypothetische karakter van de vragen komt overigens ook in de inhoud ervan tot uitdrukking. In hun onderlinge samenhang gelezen behelzen zij, naar wij hierboven in punt 51 al opmerkten, een uitnodiging aan het Hof om, in vér verwijderd verband met het eigenlijke rechtsgeschil in het hoofdgeding, het in het nationale aanbestedingsbestel vervatte systeem van rechtsbescherming in zijn algemeenheid te toetsen aan het van toepassing zijnde gemeenschapsrecht. Daarmee ziet de verwijzende rechter eraan voorbij dat de procedure van artikel 234 EG het Hof opdraagt om bij te dragen tot de rechtsbedeling in de lidstaten en niet om rechtsgeleerde adviezen over algemene of hypothetische vragen te geven. [14]

71. Als laatste element in de beoordeling van de ontvankelijkheid van de gestelde vragen dienen nog de gevolgen van de uitspraak van het Verfassungsgerichtshof van 2 maart 2002 te worden bezien.

72. Blijkens de verwijzingsbeschikking heeft het Bundesvergabeamt zijn vragen gesteld, vooral omdat zijn beschikking van 20 april 2001, waarbij het — fictieve — besluit van de aanbestedende instantie om de aanbestedingsprocedure niet te herroepen nietig werd verklaard, naar Oostenrijks recht niet voor executie vatbaar was. Dat komt onmiskenbaar tot uitdrukking in de bewoordingen van de vragen 1, 3, 4 a en 4 b. Nu het Verfassungsgerichtshof juist de beschikking van 20 april 2002 heeft vernietigd, omdat het Bundesvergabeamt tot het nemen van een dergelijke beslissing niet bevoegd was, is aan de op die beschikking rechtstreeks betrekking hebbende vragen de basis ontvallen. Daarmee zijn zij, afgezien nog van de hierboven al aangevoerde argumenten die daarvoor pleiten, zuiver hypothetisch geworden.

73. Ofschoon in vraag 2 niet rechtstreeks wordt gedoeld op de beschikking van 20 april 2002, wordt, zo komt het mij voor, ook die vraag wel terdege geraakt door de hierboven bedoelde uitspraak van het Verfassungsgerichtshof. Immers, inhoudelijk stoelde de motivering van de — vernietigde — beschikking van 20 april 2002 op de veronderstelling dat de aanbestedingsprocedure ongeldig zou zijn, omdat zij een aanbestedingsvoorwaarde bevatte die in strijd zou zijn met het gemeenschapsrecht, zoals door het Hof uitgelegd in de zaak Holst Italia. [15] Welnu, die veronder-

14 — Laatstelijk arrest Inspire Art (aangehaald in voetnoot 11, punt 45).

15 — Aangehaald in voetnoot 4.

stelling staat centraal in vraag 2. Wat er ook zij van de juistheid ervan, het Hof hoeft daarop niet in te gaan, nu zij is vervat in een uitspraak van het Bundesvergabeamt die in het hoofdgeding geen enkele rol meer kán spelen.

74. Op grond van het bovenstaande concludeer ik dat de in deze zaak door het Bundesvergabeamt aan het Hof voorgelegde vragen niet relevant zijn voor de oplossing van het rechtsgeschil in het hoofdgeding en mitsdien, als zuiver hypothetisch, niet-ontvankelijk moeten worden verklaard.

C — *Ten gronde*

75. Louter subsidiair, indien en voorzover het Hof mij niet zou willen volgen in mijn conclusie dat alle voorgelegde vragen niet-ontvankelijk zijn, maar alleen die vragen welke rechtstreeks worden getroffen door de uitspraak van het Verfassungsgerichtshof van 24 maart 2003, te weten de vragen 1, 3, 4 a en 4 b, ga ik nog in op vraag 2.

76. Daaromtrent heeft de Commissie, mijns inziens op goede gronden, opgemerkt dat de premisse onjuist is waarop de vraag berust, namelijk dat uit de uitspraak van het Hof in de zaak Holst Italia [16] zou voortvloeien dat de in punt 1.8 van de aanbestedingsvoorwaarden van 15 maart 2000 gestelde voorwaarde voor het toelaten van diensten van onderaannemers strijdig met het gemeenschapsrecht is.

77. Inderdaad bevat de op de onderhavige aanbesteding van toepassing zijnde richtlijn 92/50 geen bepaling waaruit zou voortvloeien dat een verbod op onderaanneming als zodanig verboden zou zijn. Uit artikel 25 van genoemde richtlijn blijkt dat de aanbestedende dienst de inschrijver kan verzoeken in zijn offerte aan te geven welk gedeelte hij eventueel voornemens is aan derden in onderaanneming te geven. Verder bepaalt artikel 32, lid 2, sub h, van de richtlijn dat de technische bekwaamheid van de dienstverlener, afhankelijk van de aard, de hoeveelheid en het gebruik van de te verlenen diensten, onder meer kan worden bewezen door opgave van het deel van de opdracht dat hij voornemens is in onderaanneming te geven.

78. Bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van een verbod op onderaanneming moet, zoals de Commissie, de Oostenrijkse regering en het Hauptverband terecht hebben opgemerkt, een onderscheid worden gemaakt tussen een dergelijk verbod bij de beoordeling van de geschiktheid van de

16 — Aangehaald in voetnoot 4.

inschrijvers en een verbod bij de uitvoering van de eenmaal gegunde opdracht.

79. De door het Bundesvergabeamt aangehaalde uitspraak van het Hof in de zaak Holst Italia [17] had betrekking op de beoordelings- en selectiefase van de aanbestedingsprocedure.

In punt 26 van die uitspraak bepaalde het Hof daaromtrent: „Zowel uit het doel als uit de bewoordingen van die bepalingen blijkt dus, dat een persoon niet van deelneming aan een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten van diensten kan worden uitgesloten op de enkele grond dat hij voor de uitvoering van de opdracht middelen wil inzetten, die niet hemzelf maar aan een of meer andere entiteiten ter beschikking staan."

In punt 31 rondt het Hof zijn motivering als volgt af: „[...] dat richtlijn 92/50 aldus moet worden uitgelegd, dat een dienstverlener zich ten bewijze dat hij aan de economische, financiële en technische voorwaarden voor deelneming aan een aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht voor diensten voldoet, mag beroepen op de bekwaamheden van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van de met hen bestaande banden, voorzover hij kan aantonen, dat hij daadwerkelijk kan beschikken over de middelen van die entiteiten die voor de uitvoering van de opdracht verantwoordelijk zijn [...]."

80. Ik leg deze uitspraak als volgt uit: potentiële gegadigden voor een aanbesteding, kunnen niet deswege worden uitgesloten, omdat zij niet zelf kunnen beschikken over alle bekwaamheden die voor de uitvoering van een opdracht noodzakelijk zijn. Een dergelijk verbod zou, vooral bij grotere en technisch gecompliceerde opdrachten, ertoe kunnen leiden dat de kring van gegadigden bij voorbaat sterk wordt beperkt. Daarmee zou aan de strekking van richtlijn 92/50 afbreuk worden gedaan. Echter, de opdrachtgever kan, om ervan verzekerd te zijn dat de eenmaal gegunde opdracht adequaat wordt uitgevoerd, eisen dat de inschrijver, indien hij een beroep doet op de bekwaamheden van andere entiteiten, instaat voor de beschikbaarheid van de middelen van die entiteiten.

81. Uit de bewoordingen van punt 1.8 van de aanbestedingsvoorwaarden, zoals hierboven in punt 20 van deze conclusie aangehaald, blijkt echter dat deze voorwaarde niet ziet op de beoordelings- en selectiefase van de aanbestedingsprocedure, maar op de fase waarin het contract tot uitvoering van de opdracht wordt gesloten.

82. Voor die fase is een verbod of beperking van onderaanneming, waarmee de opdrachtgever beoogt te voorkomen dat de uitvoering van wezenlijke onderdelen

17 — Aangehaald in voetnoot 4.

van de opdracht wordt overgelaten aan entiteiten waarvan hij de bekwaamheden en kwaliteiten niet heeft kunnen toetsen in de loop van de aanbestedingsprocedure, niet in strijd met richtlijn 92/50. Artikel 25 van die richtlijn is blijkens zijn bewoordingen uitdrukkelijk op de beoordelings- en selectiefase van de aanbestedingsprocedure van toepassing. Deze bepaling strekt ertoe de aanbestedende dienst het inzicht in de bekwaamheden van de betrokken entiteiten te geven, dat noodzakelijk is voor een juiste beoordeling van de gedane offertes. Daaraan kan geen argument worden ontleend voor een verbod van onderaanneming in de fase waarin na de gunning de uitvoeringsovereenkomst met de geselecteerde inschrijver wordt gesloten.

83. Hieruit volgt dat de premisse waarop de beschikking van het Bundesvergabeamt van 20 april 2002 berust, namelijk dat punt 1.8 van de aanbestedingsvoorwaarden strijdig is met het gemeenschapsrecht en dat, derhalve, de aanbestedingsprocedure in haar geheel zou moeten worden herroepen, op zichzelf onjuist is.

84. Ofschoon de verwijzende instantie in haar vragen niet om een toetsing van haar uitlegging van de uitspraak van het Hof in de zaak Holst Italia [18] heeft verzocht, kan naar mijn opvatting het Hof moeilijk een evident onjuiste interpretatie van zijn rechtspraak onweersproken laten. Dat geldt a fortiori indien zij ten grondslag ligt aan de beschikking van de verwijzende rechter waarop zijn prejudiciële vragen doelen en deze, ook om die reden, hypothetisch kunnen maken.

85. Overigens, de inhoudelijke premisse van de beschikking van 20 april daargelaten, dient — in de veronderstelling dat een aanbesteding heeft plaatsgevonden die een met het gemeenschapsrecht strijdige aanbestedingsvoorwaarde bevatte, dan wel in weerwil van een met het oog op die strijdigheid gegeven beschikking van een beroepsinstantie, als bedoeld in artikel 2, lid 8, van richtlijn 89/665 is doorgezet — de geldigheid en, eventueel, de ongedaanmaking van de reeds gesloten overeenkomsten naar het van toepassing zijnde nationale recht te worden beoordeeld.

86. De opvatting vindt steun in onder meer het arrest van het Hof in de zaak Alcatel [19] en in de conclusie van advocaat-generaal Alber in de zaak Commissie/Oostenrijk. [20]

18 — Aangehaald in voetnoot 4.

19 — Arrest van 28 oktober 1999, Alcatel Austria e.a. (C-81/98, Jurispr. blz. I-7671, punt 49).

20 — Conclusie van 19 januari 1999 bij het arrest van 28 oktober 1999 (C-328/96, Jurispr. blz. I-7479, punt 48).

VI — Conclusie

87. Op grond van het bovenstaande geef ik het Hof in overweging:

— De bij verwijzingsbeschikking van het Bundesvergabeamt van 11 juli 2001 aan het Hof gestelde prejudiciële vragen niet-ontvankelijk te verklaren.

— Subsidiair, de vragen 1, 3, 4 a en 4 b niet-ontvankelijk te verklaren en vraag 2 als volgt te beantwoorden:

„Indien een aanbestedingsprocedure heeft plaatsgevonden die een met het gemeenschapsrecht strijdige aanbestedingsvoorwaarde bevatte, dan wel indien de gunning van de aanbesteding, in weerwil van een met het oog op die strijdigheid gegeven beschikking van een beroepsinstantie als bedoeld in 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 beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, toch wordt doorgezet, dienen de geldigheid en eventueel de ongedaanmaking van de reeds gesloten overeenkomsten naar het van toepassing zijnde nationale recht te worden beoordeeld."