ARREST VAN HET HOF (Zesde kamer)
18 juni 2002 *

In zaak C-92/00,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 234 EG van de Vergabekontrollsenat des Landes Wien (Oostenrijk), in het aldaar aanhangige geding tussen

Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI)

en

Stadt Wien,

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (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), en van richtlijn 92/50, in de versie van richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997 tot wijziging van de richtlijnen 92/50/EEG, 93/36/EEG en 93/37/EEG betreffende de

* Procestaal: Duits.

coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, overheidsopdrachten voor leveringen respectievelijk overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 328, blz. 1),

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

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

advocaat-generaal: A. Tizzano,
griffier: R. Grass,

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

— Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI), vertegenwoordigd door R. Kurbos, Rechtsanwalt,

— de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door H. Dossi als gemachtigde,

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

gezien het rapport van de rechter-rapporteur,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 28 juni 2001,

het navolgende

Arrest

1 Bij beschikking van 17 februari 2000, binnengekomen bij het Hof op 10 maart daaropvolgend, heeft de Vergabekontrollsenat des Landes Wien (commissie van toezicht op de aanbestedingen van de deelstaat Wenen) krachtens artikel 234 EG drie prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (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"), en van richtlijn 92/50, in de versie van richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997 tot wijziging van de richtlijnen 92/50/EEG, 93/36/EEG en 93/37/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, overheidsopdrachten voor leveringen respectievelijk overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 328, blz. 1; hierna: „richtlijn 92/50").

2 Deze vragen zijn gerezen in het kader van een geding tussen de vennootschap naar Duits recht Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (hierna: „HI") en Stadt Wien (hierna: „stad Wenen") betreffende de intrekking door deze laatste van een aanbesteding voor een overheidsopdracht voor dienstverlening waarop HI had ingeschreven.

Toepasselijke bepalingen

Bepalingen van gemeenschapsrecht

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

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

4 Artikel 2, leden 1 en 5, van richtlijn 89/665 bepaalt:

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

a) zo snel mogelijk in kort geding voorlopige maatregelen te nemen om de beweerde schending ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad, met inbegrip van maatregelen om de

aanbestedingsprocedure of de tenuitvoerlegging van enig door de aanbestedende diensten genomen besluit, op te schorten c.q. te doen opschorten;

b) onwettige besluiten nietig te verklaren c.q. nietig te doen verklaren, met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische of financiële specificaties in oproepen tot inschrijving, bestekken dan wel in enig ander stuk dat verband houdt met de aanbestedingsprocedure;

[...]

[...]

5. De lidstaten kunnen bepalen dat, wanneer schadevergoeding wordt gevorderd omdat het besluit onwettig is genomen, het aangevochten besluit eerst moet worden vernietigd door een instantie die daartoe bevoegd is."

5 Artikel 12, lid 2, van richtlijn 92/50 bepaalt:

„De aanbestedende diensten stellen de gegadigden en inschrijvers zo spoedig mogelijk en desgevraagd schriftelijk in kennis van de besluiten die zijn genomen inzake de gunning van de opdracht, met inbegrip van de redenen waarom zij

hebben besloten een opdracht waarvoor een oproep tot mededinging was gedaan niet te plaatsen of de procedure opnieuw te beginnen. Zij stellen ook het Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen van die besluiten in kennis."

Bepalingen van nationaal recht

6 § 32, leden 2 en 4, van het Wiener Landesvergabegesetz (wet van de deelstaat Wenen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, LGBl nr. 36/1995, in de versie gepubliceerd in LGBl nr. 30/1999; hierna: „WLVergG"), getiteld „Correctie en intrekking van de aanbesteding", bepaalt:

„2. De aanbesteding kan tijdens de termijn voor de indiening van de offertes worden ingetrokken wanneer zich omstandigheden voordoen die, indien zij vroeger bekend waren geweest, een aanbesteding hadden uitgesloten of tot een inhoudelijk wezenlijk verschillende aanbesteding aanleiding hadden gegeven.

3. Na het verstrijken van de termijn voor de indiening van de offertes moet de aanbesteding worden ingetrokken wanneer daarvoor dwingende redenen bestaan. Er is inzonderheid sprake van dwingende redenen:

1) wanneer de in lid 2 omschreven omstandigheden enkel na het verstrijken van de termijn voor het indienen van de offertes bekend worden

of

2) wanneer alle offertes moeten worden uitgesloten.

4. De aanbesteding kan worden ingetrokken wanneer bijvoorbeeld

1) geen enkele uit economisch oogpunt aanvaardbare offerte is ingediend,

of

2) [...] na de uitsluiting van andere offertes slechts één offerte overblijft."

7 Krachtens het WLVergG is de Vergabekontrollsenat des Landes Wien bevoegd om uitspraak te doen over beroepen inzake procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, de uitvoering van werken en dienstverleningen.

8 Meer in het bijzonder bepaalt § 94, lid 2, WLVergG dat de Vergabekontrollsenat in eerste en laatste aanleg uitspraak doet over de beroepen, en dat zijn beslissingen niet langs administratieve weg kunnen worden gewijzigd of vernietigd. Volgens lid 3 van dit artikel wordt de beroepsprocedure geregeld door het Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz (algemene wet inzake administratieve rechtspleging) en het Verwaltungsvollstreckungsgesetz (wet betreffende de tenuitvoerlegging in administratieve zaken), behoudens bijzondere bepalingen in het WLVergG.

9 § 95 WLVergG bepaalt:

„1. De Vergabekontrollsenat bestaat uit zeven leden. Deze worden door de regering van de deelstaat voor een mandaat van zes jaar benoemd. De mandaten zijn hernieuwbaar. Drie leden, die tevens ter zake bevoegde ambtenaren van het stadsbestuur van Wenen kunnen zijn, worden na raadpleging van de gemeenteraad benoemd, één lid na raadpleging van de Wirtschaftskammer [economische kamer] van Wenen, één lid na raadpleging van de Kammer für Arbeiter und Angestellte [kamer van arbeiders en bedienden] van Wenen, en één lid na raadpleging van de Architekten- und Ingenieurkonsulentenkammer [kamer van architecten en ingenieurs-adviseurs] van de deelstaten Wenen, Neder-Oostenrijk en Burgenland. De voorzitter moet tot de magistratuur behoren en wordt benoemd na raadpleging van de voorzitter van het Oberlandesgericht Wien [...].

2. De leden en de plaatsvervangers moeten over een grondige kennis op het gebied van overheidsopdrachten beschikken, de na raadpleging van de gemeenteraad benoemde leden vooral op economisch of technisch vlak.

[...]

3a. Elk lid dat permanent in de onmogelijkheid is om normaal zijn functie uit te oefenen vanwege een fysiek of mentaal gebrek of dat op grove wijze zijn plichten heeft verzuimd, wordt bij besluit van de Vergabekontrollsenat van zijn mandaat ontheven. Dit besluit moet worden genomen nadat de betrokkene is gehoord. Deze kan niet aan de stemming deelnemen.

4. De leden van de Vergabekontrollsenat oefenen hun functie in alle onafhankelijkheid uit en zijn niet door instructies gebonden.

5. De leden van de Vergabekontrollsenat zijn gebonden door de geheimhoudingsplicht overeenkomstig artikel 20, lid 3, van het Bundesverfassungsgesetz.

6. De Vergabekontrollsenat zetelt na oproeping door de voorzitter. In geval van partijdigheid of tijdelijke verhindering van een lid dient zijn plaatsvervanger te worden opgeroepen. De leden van de Vergabekontrollsenat kunnen geen uitspraak doen in een gunningsprocedure die betrekking heeft op het werkgebied van de instelling (voor ambtenaren van het stadsbestuur van Wenen: de dienst, afdeling of overheidsonderneming) waarvan zij deel uitmaken. Wanneer op gewichtige gronden aan de onpartijdigheid van een lid kan worden getwijfeld, moet dit lid zich van de uitoefening van zijn functie onthouden en om vervanging verzoeken. Partijen kunnen de leden van de Vergabekontrollsenat op grond van partijdigheid wraken. De Vergabekontrollsenat doet uitspraak over de eventuele partijdigheid van een lid en over de verzoeken om wraking zonder dat het betrokken lid aan de stemming mag deelnemen. De namen van de leden van de Vergabekontrollsenat en van de instelling (voor de ambtenaren van het stadsbestuur van Wenen: de dienst, afdeling of overheidsonderneming) waarvan zij deel uitmaken, moeten telkens bij de aanvang van het kalenderjaar op initiatief van de voorzitter in het Amtsblatt der Stadt Wien worden gepubliceerd.

7. Over de beroepen moet in de door de voorzitter bepaalde volgorde worden gestemd. De Vergabekontrollsenat kan enkel uitspraak doen wanneer minstens vijf van zijn leden aanwezig zijn; besluiten worden met absolute meerderheid van stemmen genomen. Onthouding is niet toegelaten. De zittingen van de Vergabekontrollsenat zijn niet openbaar. Van het verloop van de zittingen wordt een proces-verbaal opgemaakt. Besluiten worden schriftelijk genomen. De namen van de leden van de Vergabekontrollsenat die aan de stemming hebben deelgenomen, moeten erin worden vermeld. Het besluit moet door de voorzitter worden ondertekend [...].

8. De leden van de Vergabekontrollsenat oefenen hun functie onbezoldigd uit. Zij leggen de eed af voor de Landeshauptmann.

[...]

10. De Vergabekontrollsenat stelt een reglement van orde vast.

[...]"

10 § 99 WLVergG, getiteld „Bevoegdheid van de Vergabekontrollsenat", bepaalt:

„1. De Vergabekontrollsenat is overeenkomstig de volgende bepalingen bevoegd om, wanneer hij daarom wordt verzocht:

1) tot op het tijdstip van gunning van de opdracht: voorlopige maatregelen te nemen en onwettige besluiten van de aanbestedende dienst van de opdrachtgever nietig te verklaren, om schendingen in de zin van § 101 ongedaan te maken,

2) na de gunning van de opdracht: na te gaan of de opdracht op grond van een schending van het onderhavige Landesgesetz in de zin van de §§ 47 en 48, lid 2, niet aan de inschrijver met de gunstigste offerte is gegund. In een

dergelijke procedure is de Vergabekontrollsenat verder bevoegd om op verzoek van de aanbestedende dienst na te gaan of de opdracht zonder de vastgestelde schending niet zou zijn gegund aan een afgewezen kandidaat of inschrijver.

2. De Vergabekontrollsenat dient een beroep enkel te behandelen voorzover het besluit waarvan de onwettigheid wordt aangevoerd voor de afloop van de gunningsprocedure van wezenlijk belang is."

11 § 101 WLVergG bepaalt:

„De Vergabekontrollsenat moet de door een opdrachtgever in een aanbestedingsprocedure genomen besluiten nietig verklaren wanneer

1) in de officiële aankondiging waarin ondernemers worden uitgenodigd tot deelname aan een besloten procedure of aan een onderhandelingsprocedure dan wel in het aanbestedingsdossier of het bestek, discriminerende technische, economische of financiële eisen zijn gesteld, of

2) een inschrijver in strijd met de criteria van de officiële aankondiging waarin ondernemers werden uitgenodigd tot deelname aan een besloten procedure of aan een onderhandelingsprocedure, is afgewezen en de opdrachtgever, indien hij de betrokken voorschriften niet had geschonden tot een voor de inschrijver gunstiger resultaat had kunnen komen."

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

12 Uit de verwijzingsbeschikking blijkt dat de stad Wenen, vertegenwoordigd door de Magistrat der Stadt Wien — Wiener Krankenanstaltenverbund (stadsbestuur Wenen, dienst ziekenhuizen), als aanbestedende dienst een uitnodiging tot inschrijving voor een opdracht onder de titel „Uitvoering van de projectleiding bij de realisatie van het globale strategische concept voor de levering van maaltijden in de vestigingen van de Wiener Krankenanstaltenverbund" in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* van 24 december 1996 en het *Amtsblatt zur Wiener Zeitung* van 30 december 1996 heeft gepubliceerd.

13 Nadat de offertes, waaronder deze van HI, waren ingediend, heeft de stad Wenen de aanbesteding binnen de voor de gunning bepaalde termijn ingetrokken. Zij heeft HI er bij brief van 25 maart 1997 van in kennis gesteld dat zij van de voortzetting van de procedure had afgezien „om dwingende redenen, overeenkomstig § 32, lid 3, eerste alinea, WLVergG".

14 In antwoord op een verzoek om inlichtingen van HI heeft de stad Wenen in een brief van 14 april 1997 de intrekking van de aanbesteding als volgt toegelicht:

„Naar aanleiding van de resultaten van de uitvoering van de projectleiding door de firma Humanomed in 1996 is het oorspronkelijke masterplan gewijzigd. In de discussie die daarover aan het eind van de voor de indiening van de offertes gestelde termijn en tijdens de gunningstermijn in de stuurgroep is gevoerd, is vastgesteld dat het project in de toekomst decentraal moet worden uitgevoerd. Om die reden is besloten geen centrale coördineringsinstantie op te richten. Daarmee vervalt de noodzaak om een externe projectleider aan te stellen.

Het is duidelijk dat deze redenen, indien zij vroeger bekend waren geweest, een uitnodiging tot inschrijving zouden hebben uitgesloten. Indien in verband met het project 'levering van maaltijden' een andere adviserende functie nodig is, is een inhoudelijk verschillende uitnodiging tot inschrijving vereist."

15 HI heeft daarop bij de Vergabekontrollsenat verschillende verzoeken ingediend, er met name toe strekkende kennis te nemen van haar beroep, maatregelen in kort geding te doen gelasten, bepaalde documenten van de aanbesteding alsmede de intrekking van de aanbesteding nietig te doen verklaren. In een aanvulling op dit laatste verzoek heeft verzoekster nieuwe elementen aangevoerd waaruit volgens haar de onwettigheid van het besluit tot intrekking van de aanbesteding blijkt, en heeft zij opnieuw de nietigverklaring van dit besluit gevorderd.

16 HI heeft zich inzonderheid beroepen op haar vermoedens dat de stad Wenen een rechtstreeks of onrechtstreeks belang heeft in het kapitaal van de vennootschap Humanomed. HI betoogde dat deze vennootschap belangrijk voorbereidend werk voor de aanbesteding heeft verricht, de leiding van het project heeft verzekerd en de uitwerking van het masterplan heeft beïnvloed, en dat de stad Wenen, om haar samenwerking met de vennootschap Humanomed te kunnen verderzetten, de aanbesteding heeft ingetrokken om te ontsnappen aan de verplichting tot uitsluiting van de inschrijving van deze vennootschap. HI concludeert hieruit dat het intrekkingsbesluit discriminerend was, voorzover het een Oostenrijkse vennootschap ten opzichte van een kandidaat uit een andere lidstaat dan de Oostenrijkse Republiek wilde bevoordelen.

17 Bij beschikkingen van 30 april en 10 juni 1997 heeft de Vergabekontrollsenat de verzoeken tot nietigverklaring van de intrekking van de aanbesteding niet-ontvankelijk verklaard op grond dat, volgens § 101 WLVergG, enkel bepaalde in de loop van de aanbestedingsprocedure genomen besluiten, die limitatief zijn opgesomd, kunnen worden nietig verklaard.

18 HI is tegen de afwijzingsbeschikkingen opgekomen bij het Verfassungsgerichtshof (grondwettelijk hof) (Oostenrijk). Dit heeft de beschikkingen vernietigd wegens schending van het recht op een procedure voor de wettelijk bevoegde rechter. Het heeft geoordeeld dat de Vergabekontrollsenat ertoe gehouden was het Hof van Justitie te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de vraag, of de intrekking van een aanbesteding een besluit in de zin van artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 89/665 is.

19 De verwijzende rechter benadrukt om te beginnen dat de betrokken ondernemer, in geval van onrechtmatige intrekking van een aanbesteding, krachtens nationaal recht een burgerlijke vordering tot schadevergoeding kan instellen bij de gewone rechter.

20 Verder blijkt uit de verwijzingsbeschikking dat de Vergabekontrollsenat meent dat, aangezien de modaliteiten voor het intrekken van een aanbesteding niet zijn geregeld in de richtlijnen die de materiële bepalingen inzake overheidsopdrachten bevatten, een dergelijk intrekkingsbesluit geen besluit als bedoeld in artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 89/665 is en dus niet behoort tot de besluiten waartegen krachtens de richtlijn beroep moet kunnen worden ingesteld.

21 Aangezien de stad Wenen de procedure van artikel 12, lid 2, van richtlijn 92/50 heeft nageleefd, vraagt de Vergabekontrollsenat zich af, of de toetsing van een besluit tot intrekking van een aanbesteding — gesteld dat deze toetsing volgens het gemeenschapsrecht vereist is — enkel betrekking mag hebben op het arbitraire of fictieve karakter van dit besluit.

22 Met betrekking tot de datum waarvan bij de beoordeling van de wettigheid van een dergelijk besluit moet worden uitgegaan, stelt de verwijzende rechter dat indien het besluit van de aanbestedende dienst moet worden getoetst en alsdan het voorwerp van een geding vormt, de datum van dit besluit in aanmerking moet worden genomen. Op grond van het beginsel van de nuttige werking, zoals dit uit de considerans van richtlijn 89/665 voortvloeit, zou evenwel veeleer moeten worden uitgegaan van de datum van de beslissing van de beroepsinstantie.

23 Gelet op een en ander heeft de Vergabekontrollsenat des Landes Wien beslist de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken over de volgende vragen:

„1) Verlangt artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 89/665/EEG, dat het besluit van de aanbestedende overheidsdienst om een aanbesteding voor dienstverlening in te trekken, in een beroepsprocedure kan worden getoetst en eventueel nietig kan worden verklaard?

2) Bij een bevestigend antwoord op de eerste vraag: staat een bepaling van richtlijn 89/665/EEG of van richtlijn 92/50/EEG in de weg aan een toetsing die enkel is beperkt tot de vraag of de intrekking van de aanbesteding arbitrair of fictief heeft plaatsgevonden?

3) Bij een bevestigend antwoord op de eerste vraag: welk tijdstip is beslissend voor de beoordeling van de wettigheid van het besluit van de aanbestedende dienst om de aanbesteding in te trekken?"

Ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen

24 Om te beginnen dient te worden onderzocht of de Vergabekontrollsenat des Landes Wien een rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG is en dus of de vragen ontvankelijk zijn.

25 Volgens vaste rechtspraak houdt het Hof voor de beoordeling, of het verwijzende orgaan een rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG is, hetgeen uitsluitend door het gemeenschapsrecht wordt bepaald, rekening met een samenstel van factoren, zoals de wettelijke grondslag van het orgaan, het permanente karakter ervan, de verplichte rechtsmacht, het feit dat uitspraak wordt gedaan na een procedure op tegenspraak, de toepassing door het orgaan van de regelen des rechts, alsmede de onafhankelijkheid van het orgaan (zie met name arresten van 17 september 1997, Dorsch Consult, C-54/96, Jurispr. blz. I-4961, punt 23, en 4 februari 1999, Köllensperger en Atzwanger, C-103/97, Jurispr. blz. I-551, punt 17).

26 Dienaangaande zij opgemerkt, dat uit de bepalingen van § 94 WLVergG duidelijk blijkt dat de Vergabekontrollsenat beantwoordt aan de criteria betreffende wettelijke grondslag, permanent karakter van de rechterlijke instantie, het feit dat uitspraak wordt gedaan na een procedure op tegenspraak, en de toepassing van de regelen des rechts.

27 Verder dient te worden vastgesteld dat de bepalingen van § 95 WLVergG, die de samenstelling en werking van dit orgaan regelen, zijn permanent karakter en, in samenhang met § 94, lid 3, van deze wet, zijn onafhankelijkheid waarborgen.

28 Uit het voorgaande volgt, dat de Vergabekontrollsenat des Landes Wien moet worden beschouwd als een rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG, zodat zijn vragen ontvankelijk zijn.

Ten gronde

De eerste vraag

29 Om te beginnen dient te worden vastgesteld dat de Vergabekontrollsenat, zoals uit de verwijzingsbeschikking blijkt, met de eerste vraag wenst te vernemen, of de intrekking van een aanbesteding voor dienstverlening behoort tot de „door de aanbestedende diensten genomen besluiten", ten aanzien waarvan de lidstaten krachtens artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 in hun nationaal recht moeten voorzien in doeltreffende beroepen die zo snel mogelijk kunnen worden ingesteld.

30 Artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 89/665 bepaalt immers niet, van welke onwettige besluiten de nietigverklaring kan worden gevorderd, maar beperkt zich ertoe maatregelen te noemen die de lidstaten met het oog op de in artikel 1 van deze richtlijn bedoelde beroepen dienen te nemen (zie in die zin arrest van 28 oktober 1999, Alcatel Austria e.a., C-81/98, Jurispr. blz. I-7671, punten 30 en 31), terwijl de werkingssfeer van de genoemde richtlijn door deze laatste bepaling wordt afgebakend.

31 De eerste vraag dient dan ook aldus te worden begrepen, dat in wezen wordt gevraagd, of artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 vereist dat het besluit van de aanbestedende dienst tot intrekking van een aanbesteding voor dienstverlening vatbaar is voor beroep en desgevallend nietig kan worden verklaard op grond van schending van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of van de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht is omgezet.

32 Om een antwoord te geven op de aldus geherformuleerde vraag, moet een uitlegging worden gegeven van het begrip „door de aanbestedende diensten genomen besluiten" in artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665.

33 De Oostenrijkse regering en de Commissie betogen in hoofdzaak, dat de lidstaten zouden moeten zorgen voor procedures op grond waarvan tegen de intrekking van een aanbesteding voor dienstverlening beroep kan worden ingesteld, indien deze intrekking in richtlijn 92/50 is geregeld. Zij menen evenwel dat voor een dergelijke intrekking uitsluitend de voorschriften van het nationale recht gelden, zodat zij buiten de werkingssfeer van richtlijn 89/665 valt.

34 De Commissie merkt inzonderheid op, dat zij in haar voorstel 87/C 230/05 voor een richtlijn van de Raad inzake de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften in het kader van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB 1987, C 230, blz. 6) uitdrukkelijk had voorgesteld dat de verplichting voor de lidstaten om te voorzien in beroepsprocedures niet enkel zou gelden voor besluiten van de aanbestedende diensten die in strijd zijn met de communautaire voorschriften, maar ook voor die welke in strijd zijn met de nationale voorschriften. In de loop van de wetgevingsprocedure is de verplichting tot het instellen van een toetsing evenwel beperkt, zodat thans enkel voor toetsing in aanmerking komen besluiten die in strijd zijn met „het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht is omgezet".

35 De Oostenrijkse regering betoogt, dat de conclusie dat de intrekking van een aanbesteding geen besluit in de zin van richtlijn 89/665 vormt, wordt bevestigd door artikel 2, lid 1, sub b, van deze richtlijn, dat uitsluitend betrekking heeft op besluiten die de aanbestedende dienst in de loop van een aanbestedingsprocedure neemt, terwijl de intrekking van een aanbesteding een einde stelt aan een dergelijke procedure. In geval van onrechtmatige intrekking van een aanbesteding moet de nationale wetgever er op grond van richtlijn 89/665 dus enkel voor zorgen dat aan de kandidaten en de inschrijvers een recht op schadevergoeding wordt toegekend.

36 Om te beginnen zij eraan herinnerd, dat artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 de lidstaten de verplichting oplegt om te voorzien in procedures waardoor tegen in het kader van een aanbestedingsprocedure genomen besluiten beroep kan worden ingesteld op grond dat die besluiten het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht is omgezet schenden.

37 Wanneer dus een besluit van een aanbestedende dienst in het kader van een aanbestedingsprocedure is onderworpen aan de voorschriften van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en deze bijgevolg kan schenden, verlangt artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 dat tegen dit besluit een beroep tot nietigverklaring openstaat.

38 Teneinde te bepalen, of het besluit van de aanbestedende dienst tot intrekking van een aanbesteding voor dienstverlening kan worden beschouwd als een van de besluiten ten aanzien waarvan de lidstaten krachtens richtlijn 89/665 moeten voorzien in de mogelijkheid van beroep tot nietigverklaring, moet bijgevolg worden onderzocht of een dergelijk besluit onder de gemeenschapsrechtelijke voorschriften inzake overheidsopdrachten valt.

39 Dienaangaande dient te worden vastgesteld, dat van richtlijn 92/50 enkel artikel 12, lid 2, specifiek betrekking heeft op de intrekking van een aanbesteding. Dit artikel bepaalt met name dat de aanbestedende diensten, wanneer zij beslist hebben van een aanbestedingsprocedure af te zien, de gegadigden en inschrijvers zo snel mogelijk van de redenen van hun beslissing moeten in kennis stellen.

40 Het Hof heeft reeds de gelegenheid gehad om de omvang van de verplichting tot mededeling van de redenen voor het niet-plaatsen van een opdracht te verduidelijken in de context 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), in de versie van richtlijn 97/52 (hierna: „richtlijn 93/37"), waarvan artikel 8, lid 2, overeenkomt met artikel 12, lid 2, van richtlijn 92/50. In zijn arrest van 16 september 1999, Fracasso en Leitschutz (C-27/98, Jurispr. blz. I-5697, punten 23 en 25), heeft het Hof inzonderheid vastgesteld, dat artikel 8, lid 2, van richtlijn 93/37 niet bepaalt dat van het door richtlijn 93/37 stilzwijgend erkende recht van de aanbestedende dienst om een aanbestede opdracht niet te plaatsen enkel gebruik kan worden gemaakt in uitzonderlijke gevallen of dat dit gebruik noodzakelijkerwijs op gewichtige redenen moet berusten.

41 Hieruit volgt dat artikel 12, lid 2, van richtlijn 92/50 aldus moet worden uitgelegd, dat de aanbestedende dienst, ingeval hij besluit tot intrekking van een aanbesteding voor dienstverlening, weliswaar verplicht is de redenen voor zijn besluit aan de gegadigden en inschrijvers mee te delen, maar dat dit voor de aanbestedende dienst niet de verplichting inhoudt de aanbestedingsprocedure te voltooien.

42 Buiten de verplichting de redenen voor de intrekking van de aanbesteding mee te delen, bevat richtlijn 92/50 weliswaar geen enkele specifieke bepaling betreffende de materiële of formele voorwaarden van dit besluit, wat echter niet wegneemt dat voor dit besluit de fundamentele regels van gemeenschapsrecht blijven gelden, inzonderheid de beginselen van het EG-Verdrag inzake vrijheid van vestiging en van dienstverrichting.

43 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat, volgens vaste rechtspraak, de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten op communautair vlak gecoördineerd zijn om belemmeringen van het vrije verkeer van diensten en goederen op te heffen, en dus om de belangen te beschermen van in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers die goederen of diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden (zie met name arresten van 3 oktober 2000, University of Cambridge, C-380/98, Jurispr. blz. I-8035, punt 16, en 18 oktober 2001, SIAC Construction, C-19/00, Jurispr. blz. I-7725, punt 32).

44 Vastgesteld dient te worden dat richtlijn 92/50 een dergelijke doelstelling nastreeft. Uit de twintigste overweging van de considerans volgt immers dat zij een einde wil maken aan praktijken die in het algemeen de mededinging en in het bijzonder de deelneming van onderdanen van andere lidstaten aan aanbestedingen wil beperken, door de toegang van de dienstverleners tot de procedures voor het plaatsen van opdrachten te vergemakkelijken.

45 Bovendien volgt uit de rechtspraak van het Hof dat het beginsel van gelijkheid van behandeling, dat de basis van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vormt, tot transparantie verplicht, opdat de naleving ervan zou kunnen worden gecontroleerd (zie in die zin arresten van 18 november 1999, Unitron Scandinavia en 3-S, C-275/98, Jurispr. blz. I-8291, punt 31, en 7 december 2000, Telaustria en Telefonadress, C-324/98, Jurispr. blz. I-10745, punt 61).

46 Dienaangaande zij opgemerkt dat de in artikel 12, lid 2, van richtlijn 92/50 neergelegde verplichting om de redenen voor de intrekking van de aanbesteding mee te delen, juist is ingegeven door de zorg om, in de aanbestedingsprocedures waarop deze richtlijn van toepassing is, een minimaal transparantieniveau en bijgevolg ook de naleving van het beginsel van gelijke behandeling te waarborgen.

47 Hieruit volgt dat de aanbestedende diensten, ofschoon richtlijn 92/50 de modaliteiten voor het intrekken van een openbare aanbesteding voor dienstverlening niet specifiek regelt, niettemin verplicht zijn om bij het nemen van een dergelijk besluit de fundamentele regels van het Verdrag in het algemeen en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in het bijzonder in acht te nemen (zie naar analogie, inzake het sluiten van overeenkomsten voor een concessie van openbare diensten, arrest Telaustria en Telefonadress, reeds aangehaald, punt 60).

48 Wanneer dus het besluit van de aanbestedende dienst tot intrekking van een openbare aanbesteding voor dienstverlening onderworpen is aan de toepasselijke materiële regels van gemeenschapsrecht, moet worden vastgesteld dat het besluit tevens valt onder de voorschriften waarin richtlijn 89/665 voorziet ter verzekering van de naleving van de bepalingen van gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten.

49 Deze vaststelling vindt om te beginnen steun in de formulering van de bepalingen van richtlijn 89/665. Zoals het Hof in punt 35 van het arrest Alcatel Austria e.a., reeds aangehaald, heeft gesteld, voorziet artikel 1, lid 1, van deze richtlijn in geen enkele beperking ter zake van de aard en inhoud van de erin bedoelde besluiten. Een dergelijke beperking kan evenmin worden afgeleid uit de tekst van artikel 2, lid 1, sub b, van de genoemde richtlijn (zie in die zin arrest Alcatel Austria e.a., reeds aangehaald, punt 32). Een restrictieve uitlegging van het begrip besluiten ten aanzien waarvan de lidstaten in een beroepsmogelijkheid moeten voorzien zou overigens onverenigbaar zijn met artikel 2, lid 1, sub a, van dezelfde richtlijn, dat de lidstaten verplicht om ten aanzien van elk door de aanbestedende diensten genomen besluit te voorzien in kortgedingprocedures.

50 Verder noopt de algemene opzet van richtlijn 89/665 tot een ruime uitlegging van het genoemde begrip, nu artikel 2, lid 5, van deze richtlijn de lidstaten de mogelijkheid geeft te bepalen dat voor een schadevordering op grond van onwettigheid van een besluit van de aanbestedende dienst, het bestreden besluit voordien nietig moet zijn verklaard.

51 Aanvaarden dat de lidstaten niet verplicht zijn om te voorzien in de mogelijkheid van een beroep tot nietigverklaring van besluiten tot intrekking van aanbestedingen, zou erop neerkomen dat zij de inschrijvers die benadeeld zijn door een dergelijk met de voorschriften van gemeenschapsrecht strijdig besluit, op basis van de in het vorige punt aangehaalde bepaling de mogelijkheid kunnen ontnemen om schadevergoeding te vorderen.

52 Ten slotte dient te worden vastgesteld dat elke andere uitlegging afbreuk doet aan het nuttig effect van richtlijn 89/665. Zoals uit de eerste en de tweede overweging van de considerans blijkt, strekt deze richtlijn ertoe de op nationaal en communautair niveau bestaande voorzieningen te versterken teneinde een daadwerkelijke naleving van de gemeenschapsrichtlijnen inzake overheidsopdrachten te waarborgen, in het bijzonder in een stadium waarin de schendingen nog kunnen worden verholpen, en het is juist om de naleving van deze richtlijnen te waarborgen, dat artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 de lidstaten de verplichting oplegt, ervoor te zorgen dat doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld (zie in die zin arrest Alcatel Austria e.a., reeds aangehaald, punten 33 en 34).

53 De volledige verwezenlijking van de door richtlijn 89/665 nagestreefde doelstelling zou immers in het gedrang worden gebracht indien het de aanbestedende diensten vrij stond een openbare aanbesteding voor dienstverlening in te trekken zonder een mogelijkheid van rechterlijke toetsing ter verzekering van de daadwerkelijke naleving van de richtlijnen die de materiële voorschriften inzake overheidsopdrachten bevatten, en van de daaraan ten grondslag liggende beginselen.

54 Gelet op de voorgaande overwegingen dient te worden vastgesteld, dat de intrekking van een openbare aanbesteding voor dienstverlening behoort tot de besluiten ten aanzien waarvan de lidstaten krachtens richtlijn 89/665 moeten voorzien in procedures inzake beroepen tot nietigverklaring, ter verzekering van de naleving van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en van de desbetreffende nationale omzettingsbepalingen.

55 Mitsdien moet op de eerste vraag worden geantwoord, dat artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 vereist dat tegen een besluit van de aanbestedende dienst tot intrekking van een openbare aanbesteding voor dienstverlening beroep openstaat, en dat een dergelijk besluit desgevallend nietig kan worden verklaard wegens schending van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of van de desbetreffende nationale omzettingsbepalingen.

De tweede vraag

56 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in hoofdzaak te vernemen, of een nationale regeling die de strekking van de wettigheidstoetsing van de intrekking van een aanbesteding voor dienstverlening beperkt tot een onderzoek van de vraag of dit besluit arbitrair is, verenigbaar is met de bepalingen van de richtlijnen 89/665 en 92/50.

57 Om te beginnen zij opgemerkt dat de kwestie van de strekking van de rechterlijke toetsing van een in het kader van een aanbesteding vastgesteld besluit niet in richtlijn 92/50 is geregeld, doch enkel onder richtlijn 89/665 valt. De tweede vraag dient dan ook aldus te worden gelezen, of richtlijn 89/665 zich ertegen verzet dat een nationale regeling de wettigheidstoetsing van de intrekking van een aanbesteding beperkt tot een louter onderzoek van de vraag of het om een arbitrair besluit gaat.

58 Richtlijn 89/665 beperkt zich echter tot een coördinatie van de in de lidstaten bestaande mechanismen, ter verzekering van de volledige en daadwerkelijke toepassing van de richtlijnen die de materiële voorschriften inzake overheidsopdrachten vastleggen, en bepaalt niet uitdrukkelijk de strekking van de beroepsmogelijkheden waarin de lidstaten te dien einde moeten voorzien.

59 Bijgevolg moet de vraag van de strekking van de rechterlijke toetsing in het kader van de in richtlijn 89/665 bedoelde beroepsmogelijkheden worden onderzocht uit het oogpunt van het door de richtlijn nagestreefde doel, waarbij erop moet worden gelet dat geen afbreuk wordt gedaan aan de doeltreffendheid ervan.

60 Dienaangaande zij eraan herinnerd, dat richtlijn 89/665, zoals uit de zesde overweging van de considerans en uit artikel 1, lid 1, ervan blijkt, de lidstaten de verplichting oplegt om te zorgen voor doeltreffende beroepsmogelijkheden in geval van onwettigheid van de gunningsprocedures.

61 Gelet op het door richtlijn 89/665 nagestreefde doel van versterking van de beroepsmogelijkheden en het ontbreken van aanwijzingen in tegenovergestelde zin, kan de strekking van de in het kader van deze beroepen uit te oefenen rechterlijke toetsing niet restrictief worden uitgelegd.

62 Hieruit volgt dat zelfs wanneer, zoals in casu in de hoofdzaak, de aanbestedende diensten ingevolge de geldende nationale voorschriften over een grote beoordelingsbevoegdheid aangaande de intrekking van aanbestedingen beschikken, de nationale rechters krachtens richtlijn 89/665 de mogelijkheid moeten hebben om het besluit tot intrekking van een aanbesteding aan de relevante voorschriften van gemeenschapsrecht te toetsen.

63 In deze omstandigheden dient te worden vastgesteld, dat noch uit de bewoordingen, noch uit het opzet van richtlijn 89/665 mag worden afgeleid dat de lidstaten de wettigheidstoetsing van het besluit tot intrekking van een aanbesteding mogen beperken tot een louter onderzoek van de vraag of dit besluit al dan niet arbitrair is.

64 Mitsdien moet op de tweede vraag worden geantwoord, dat richtlijn 89/665 zich ertegen verzet dat een nationale regeling de wettigheidstoetsing van de intrekking van een aanbesteding beperkt tot een onderzoek van de enkele vraag of dit besluit al dan niet arbitrair is.

De derde vraag

65 Met de derde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen van welk tijdstip moet worden uitgegaan voor de beoordeling van de wettigheid van het besluit van de aanbestedende dienst tot intrekking van een aanbesteding.

66 Dienaangaande kan worden volstaan met de vaststelling, dat richtlijn 89/665 enkel tot doel heeft de in de lidstaten bestaande mechanismen te coördineren teneinde de daadwerkelijke naleving van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten te waarborgen, en geen enkele bepaling bevat inzake het beslissende tijdstip voor de beoordeling van de wettigheid van de intrekking van een aanbesteding.

67 Bij gebreke van een specifieke communautaire regeling ter zake staat het echter aan de interne rechtsorde van elke lidstaat om het beslissende tijdstip voor de beoordeling van de wettigheid van het intrekkingsbesluit te bepalen, mits de toepasselijke nationale voorschriften niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke vorderingen krachtens nationaal recht gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (effectiviteitsbeginsel) (naar analogie, zie arresten van 20 september 2001, Banks, C-390/98, Jurispr. blz. I-6117, punt 121, en Courage en Crehan, C-453/99, Jurispr. blz. I-6297, punt 29).

68 Mitsdien moet op de derde vraag worden geantwoord, dat het tijdstip waarvan moet worden uitgegaan voor de beoordeling van de wettigheid van het besluit van de aanbestedende dienst tot intrekking van een aanbesteding, door het nationale recht moet worden bepaald, met dien verstande dat de toepasselijke nationale voorschriften niet ongunstiger mogen zijn dan die welke voor soortgelijke vorderingen krachtens nationaal recht gelden en de uitoefening van de door de

communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken.

Kosten

69 De kosten door de Oostenrijkse regering en 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 de Vergabekontrollsenat des Landes Wien bij beschikking van 17 februari 2000 gestelde vragen, verklaart voor recht:

1) **Artikel 1, lid 1, 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, vereist dat tegen een besluit van de aanbestedende dienst tot intrekking van een openbare aanbesteding voor dienstverlening beroep openstaat en dat een dergelijk besluit desgevallend nietig kan worden verklaard wegens schending van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of van de desbetreffende nationale omzettingsbepalingen.

2) Richtlijn 89/665, zoals gewijzigd bij richtlijn 92/50, verzet zich ertegen dat een nationale regeling de wettigheidstoetsing van de intrekking van een aanbesteding beperkt tot een onderzoek van de enkele vraag of dit besluit al dan niet arbitrair is.

3) Het tijdstip waarvan moet worden uitgegaan voor de beoordeling van de wettigheid van het besluit van de aanbestedende dienst tot intrekking van een aanbesteding, moet door het nationale recht worden bepaald, met dien verstande dat de toepasselijke nationale voorschriften niet ongunstiger mogen zijn dan die welke voor soortgelijke vorderingen krachtens nationaal recht gelden en de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken.

Macken Gulmann Puissochet

Skouris Cunha Rodrigues

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 18 juni 2002.

De griffier

R. Grass

De president van de Zesde kamer

F. Macken