# CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL C. STIX-HACKL van 15 maart 2005 [1]

## I — Inleidende opmerkingen

1. Deze prejudiciële procedure gaat over de mogelijkheid om beroep in te stellen tegen besluiten van de aanbesteder tot gunning van een overheidsopdracht, en wel over de procesbevoegdheid van de individuele leden van een tijdelijke vereniging naar Belgisch recht die moet worden aangemerkt als combinatie van aannemers in de zin van het gemeenschapsrecht betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten (of als „combinatie van ondernemers" in de zin van de nieuwe richtlijnen betreffende de plaatsing van overheidsopdrachtén [2]).

## II — Juridisch kader

### A — *Gemeenschapsrecht*

2. Artikel 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 [3] (hierna: „richtlijn") bepaalt onder meer:

„1. De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat, wat betreft de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten die vallen onder de werkingssfeer van de richtlijnen 71/305/EEG, 77/62/EEG en 92/50/EEG, tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten doeltreffend en vooral zo snel mogelijk

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2 — Artikel 4, lid 2, van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114) en artikel 11, lid 2, van richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB L 134, blz. 1).

3 — 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).

beroep kan worden ingesteld overeenkomstig het bepaalde in de volgende artikelen, met name artikel 2, lid 7, op grond van het feit dat door die besluiten het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn.

[...]

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

3. Artikel 2, lid 1, van richtlijn 89/665 bepaalt onder meer:

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

[...]

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;

[...]."

4. Artikel 21 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 [4] luidt als volgt:

„Combinaties van aannemers mogen inschrijven. Van deze combinaties kan niet worden verlangd dat zij met het oog op de inschrijving een bepaalde rechtsvorm aannemen, doch dit kan wel van een combinatie worden geëist wanneer de opdracht haar is gegund."

4 — PB L 199, blz. 54; sindsdien gewijzigd.

B — *Nationaal recht*

5. Relevant is artikel 19, lid 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State van 12 januari 1973, dat onder meer de procesbevoegdheid in beroepen tot nietigverklaring regelt.

6. Artikel 53 van het wetboek van vennootschappen regelt de belangrijkste aspecten van de verhoudingen van tijdelijke verenigingen met derden.

7. Artikel 522, §2, van het wetboek van vennootschappen bepaalt dat een naamloze vennootschap, onder meer in rechte, door haar raad van bestuur wordt vertegenwoordigd. Daarnaast biedt deze bepaling de mogelijkheid om in de statuten te bepalen dat een of meer leden van de raad van bestuur de vennootschap kunnen vertegenwoordigen.

**III — De feiten, het procesverloop en de prejudiciële vragen**

8. Op 30 september 1997 werd in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* een aankondiging van opdracht van de Office communautaire et régional de la formation professionelle et de l'emploi (hierna: „FOREM") gepubliceerd. De opdracht betrof „het ontwerp, de verwezenlijking en de financiering van een kantoorgebouw van ongeveer 6 500 $m^2$ netto, exclusief grond, voor gebruik door zijn regionale directie te Luik", en bevatte de mededeling dat vrije varianten waren toegestaan. Sindsdien zijn er vier rectificaties gepubliceerd.

9. Op 20 februari 1998 werd de inschrijving geopend. Er zijn vijf offertes ingediend, waaronder die van de combinaties van aannemers (tijdelijke verenigingen) Espace Trianon-SOFIBAIL en C.I.D.P.-B.P.C. De combinatie van aannemers Espace Trianon-SOFIBAIL bestaat uit de naamloze vennootschappen Espace Trianon SA (hierna: „Espace") en Société Wallone de Location-Financement SA (hierna: „SOFIBAIL").

10. Op 22 december 1998 heeft het beheerscomité van FOREM een opdracht voor het ontwerp, de verwezenlijking en de financiering van een kantoorgebouw van ongeveer 6 500 $m^2$ netto, exclusief grond, voor gebruik door zijn regionale directie te Luik, gegund aan de tijdelijke vereniging C.I.D.P.-B.P.C.

11. Op 8 januari 1999 bevestigde het beheerscomité van FOREM „het met rede-

nen omklede besluit, als vastgesteld tijdens de zitting van 22 december 1998".

12. Op 25 januari 1999 werd het gunningsbesluit aan Espace en SOFIBAIL betekend.

13. Op 19 februari 1999 hebben Espace en SOFIBAIL bij de Raad van State beroep ingesteld tot nietigverklaring van het gunningsbesluit.

14. Op 8 maart 1999 hebben Espace en SOFIBAIL bij de Raad van State beroep ingesteld tot nietigverklaring van het bevestigende besluit van 8 januari 1999.

15. In het kader van de ontvankelijkheidstoetsing kwam de Raad van State tot de conclusie dat de namens Espace genomen besluiten om een gerechtelijke procedure in te leiden, onregelmatig waren, omdat zij niet volgens haar statuten door de raad van bestuur waren genomen. De besluiten van SOFIBAIL waren daarentegen wel regelmatig genomen.

16. Daar de offerte namens de combinatie van aannemers Espace-SOFIBAIL was gedaan, maar het besluit van een van de deelnemers niet regelmatig was, onderzocht de Raad van State vervolgens wat voor consequenties dit had voor de ontvankelijkheid van de beroepen.

17. Bij arrest van 25 februari 2004 besloot de Raad van State het Hof de volgende prejudiciële vragen voor te leggen:

„1) Staat artikel 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 in de weg aan een nationale wettelijke bepaling als artikel 19, eerste alinea, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State van 12 januari 1973, die aldus wordt uitgelegd dat de leden van een tijdelijke vereniging zonder rechtspersoonlijkheid die, als tijdelijke vereniging, aan een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht heeft deelgenomen en waaraan deze opdracht niet is gegund, verplicht zijn gezamenlijk, als lid van de tijdelijke vereniging of in eigen naam, in rechte op te treden teneinde beroep in te stellen tegen het besluit tot gunning van die opdracht?

2) Dient deze vraag anders te worden beantwoord indien de leden van de tijdelijke vereniging gezamenlijk in rechte zijn opgetreden, maar de vordering van één van de leden niet-ontvankelijk is?

3) Staat artikel 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 in de weg aan een nationale wettelijke bepaling als artikel 19, eerste alinea, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State van 12 januari 1973, die aldus wordt uitgelegd dat het een lid van een dergelijke tijdelijke vereniging verboden is individueel, hetzij als lid van dergelijke tijdelijke vereniging, hetzij in eigen naam, beroep in te stellen tegen het gunningsbesluit?"

## IV — Beoordeling

### A — *Algemene opmerkingen*

18. Alle drie prejudiciële vragen betreffen in wezen de gemeenschapsrechtelijke ontvankelijkheidsvoorwaarden voor een beroep van een lid van een combinatie van aannemers, in casu een tijdelijke vereniging naar Belgisch recht.

19. Met betrekking tot de tekst van de vragen herinner ik eraan, dat een prejudiciële vraag als bedoeld in artikel 234 EG niet kan gaan over de verenigbaarheid van nationaal recht met het gemeenschapsrecht. De onderhavige prejudiciële vragen moeten bijgevolg in die zin worden opgevat dat zij betrekking hebben op de uitlegging van het gemeenschapsrecht.

20. Terwijl de eerste en de derde prejudiciële vraag gaan over het principiële probleem van de procesbevoegdheid van individuele leden van een combinatie van aannemers, heeft de tweede vraag slechts betrekking op de concrete situatie waarin weliswaar alle leden van de combinatie van aannemers tezamen beroep hebben ingesteld maar het beroep van een van die leden niet-ontvankelijk is.

21. De juridische problemen die dit opwerpt, moeten worden onderscheiden van de — hier niet gestelde — vraag of, en zo ja, onder welke voorwaarden volgens de richtlijn aan een combinatie van aannemers in de zin van het gemeenschapsrecht in beroepsprocedures procesbevoegdheid moet worden toegekend.

22. Maar ook in andere opzichten moet de navolgende beoordeling zich om procesrechtelijke redenen beperken tot de bijzonderheden van de onderhavige procedure.

23. Zo gaat het in het hoofdgeding, dat wil zeggen in de nationale beroepsprocedure, om de toetsing van het besluit van de aanbesteder tot plaatsing van de opdracht, dat wil zeggen tot gunning. De antwoorden in deze procedure kunnen echter niet zonder meer worden toegepast op beroepen tegen andere besluiten van de aanbesteder, zoals het besluit om bepaalde deelnemers niet als aannemer toe te laten, dat wil zeggen ze niet te vragen om een offerte te doen, of het besluit om een offerte niet in aanmerking te nemen. Verder wordt in het hoofdgeding nietigverklaring van een besluit gevorderd.

24. De beantwoording van de prejudiciële vragen moet dan ook beperkt blijven tot casusposities als de onderhavige. Het is dus goed denkbaar dat het gemeenschapsrecht aan een simpele vaststelling van onrechtmatigheid en de toekenning van schadevergoeding geheel andere eisen stelt.

25. Daar komt bij dat de combinatie van aannemers waarom het in deze zaak gaat, bij overeenkomst is opgericht en — althans volgens het dossier — naar nationaal recht geen rechtspersoonlijkheid bezit.

26. In dit verband wil ik echter opmerken dat zowel de oude als de nieuwe richtlijnen die de materiële regels betreffende overheidsopdrachten bevatten, uitdrukkelijk voorzien in de mogelijkheid dat offertes worden gedaan door „combinaties van aannemers" of van „ondernemers". Daarmee kent het gemeenschapsrecht dergelijke kandidaten bepaalde rechten toe, in het bijzonder het recht om aan een openbare aanbestedingsprocedure deel te nemen. Uit dit gemeenschapsrechtelijke kader blijkt dat combinaties van aannemers partiële rechtsbevoegdheid hebben.

27. Verder behoeft in deze prejudiciële procedure enkel te worden ingegaan op het unanimiteitsvereiste of, met andere woorden, op het gebrek aan procesbevoegdheid van individuele leden van een combinatie van aannemers, en niet op de vraag of andere bestaande of denkbare nationale voorschriften over het instellen van beroep door leden van een combinatie van aannemers verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht.

28. Ten slotte dient te worden opgemerkt dat, indien het gemeenschapsrecht de lidstaten verplicht de combinatie van aannemers zelf procesbevoegdheid te verlenen, het ter verzekering van een effectieve rechtsbescherming niet meer nodig is dat de leden van de combinatie procesbevoegdheid wordt toegekend. In dat geval wordt het onderhavige rechtsprobleem gereduceerd tot de vraag wie namens de bevoegde combinatie van aannemers kan optreden.

B — *De eerste en de derde vraag*

29. De eerste en de derde vraag gaan beide uit van de in het hoofdgeding toepasselijke nationale regeling dat enkel alle leden van een tijdelijke vereniging gezamenlijk en niet ook individuele leden het besluit van de aanbesteder tot gunning van de opdracht kunnen laten toetsen, dat wil zeggen daartegen beroep kunnen instellen. Het is daarom wenselijk om de eerste en de derde vraag gezamenlijk te behandelen.

1. Uitgangspunt: het „belang" in de zin van de richtlijn

30. Uitgangspunt voor de beantwoording van deze vragen vormen de door artikel 1, lid 3, van de richtlijn gestelde voorwaarden voor de toekenning van procesbevoegdheid. Volgens deze bepaling „dragen de lidstaten er zorg voor dat de beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen, althans toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht voor leveringen of voor de uitvoering van werken en die door een beweerde schending is of dreigt te worden gelaedeerd".

•

31. In de rechtspraak betreffende de procesbevoegdheid heeft het Hof steeds weer het belang beklemtoond dat het gemeenschapsrecht hecht aan de vervulling van die voorwaarden. [5]

32. Het arrest in de zaak Makedoniko geeft een waardevolle aanwijzing voor de onderhavige prejudiciële procedure, waarin sprake is van een combinatie van aannemers. In dat arrest overweegt het Hof dat de voorwaarden van artikel 1, lid 3, van de richtlijn in aanmerking moeten worden genomen bij het onderzoek van de vraag „of een combinatie van aannemers [...] toegang moet hebben tot de beroepsmogelijkheden als bedoeld in richtlijn 89/665". [6]

33. Voor het Hof is dus beslissend of de combinatie van aannemers belang heeft of heeft gehad bij de gunning van de overheidsopdracht waar het in het hoofdgeding om gaat en of zij door het besluit van de aanbestedende dienst is of dreigt te worden gelaedeerd in de zin van artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665. [7]

34. Dit criterium kan worden toegepast op de vraag in de onderhavige procedure, waarin het niet gaat om de procesbevoegd-

5 — Arresten van 23 januari 2003, Makedoniko Metro (C-57/01, Jurispr. blz. I-1091, punt 65), en 12 februari 2004, Grossmann Air Service (C-230/02, Jurispr. blz. I-1829, punt 25).

6 — Arrest Makedoniko (aangehaald in voetnoot 5), punt 66.

7 — Arrest Makedoniko (aangehaald in voetnoot 5), punt 72.

heid van de combinatie van aannemers als zodanig maar om die van haar leden.

35. Zoals gezegd moet volgens de richtlijn procesbevoegdheid worden toegekend aan degene die belang heeft bij de gunning waartegen beroep zal worden ingesteld. Met betrekking tot de procesbevoegdheid en het daarvoor vereiste belang moet hieraan worden toegevoegd, dat niet ieder willekeurig belang volstaat voor de ontvankelijkheid van het beroep.

36. Dit moet ook in verband met combinaties van aannemers worden benadrukt. Deze verduidelijking is noodzakelijk omdat er verschil kan bestaan tussen het belang van een combinatie van aannemers en dat van haar leden en tussen de belangen van de leden onderling. De Commissie wijst hier overigens ook op.

37. De leden van een combinatie van aannemers hebben er weliswaar belang bij dat de combinatie van aannemers waartoe zij behoren, economisch succes heeft, maar daarbij is het hun er enkel om te doen dat de opdracht aan de *combinatie van aannemers* wordt gegund en niet dat deze aan *henzelf* wordt gegund.

38. Of er sprake is van belang *in de zin van* artikel 1, lid 3, van de richtlijn, moet worden beoordeeld aan de hand van de activiteiten van de combinatie van aannemers die vanuit aanbestedingsrechtelijk oogpunt relevant zijn.

39. Anders dan de Commissie stelt, behoeven de lidstaten namelijk in beginsel enkel procesbevoegdheid toe te kennen aan de aannemers die daadwerkelijk hebben deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure waartegen het beroep is gericht. [8]

40. Op deze regel bestaan weliswaar uitzonderingen, doch deze gelden enkel in bepaalde gevallen. Zo kan deelneming aan een aanbestedingsprocedure niet worden verlangd wanneer de aanbesteder helemaal geen formele procedure heeft gevolgd. [9] Ook kan een onderneming gebruik maken van de rechtsmiddelen waarin de richtlijn voorziet indien de enige reden waarom zij niet aan de openbare aanbestedingsprocedure heeft deelgenomen, is dat deelneming gezien de voorwaarden in het bestek zinloos leek. [10]

41. Volgens de rechtspraak van het Hof kan dus enkel in die gevallen van deelneming aan

8 — Arrest Grossmann Air Service (aangehaald in voetnoot 5), punt 27.

9 — Arrest van 11 januari 2005, Stadt Halle (C-26/03, Jurispr. blz. I-1), punten 34 en 41 e.v.

10 — Arrest Grossmann Air Service (aangehaald in voetnoot 5), punten 28 e.v.

een openbare aanbesteding worden afgezien waarin deelneming niet mogelijk of althans zinloos is. Beslissend is dus of een succesvolle deelneming aan een openbare aanbestedingsprocedure onmogelijk is en of dit aan het optreden van de aanbestedende dienst te wijten is. *Onmogelijkheid* moet echter worden onderscheiden van de gevallen waarin een onderneming helemaal niet aan de openbare aanbestedingsprocedure *wil* deelnemen. Dat laatste geldt ook voor leden van een combinatie van aannemers, die niet zelf aan een aanbestedingsprocedure *willen* deelnemen.

42. Wanneer ondernemingen zich tot een combinatie van aannemers aaneensluiten omdat zij individueel niet met succes kunnen deelnemen, is de oorzaak van dit onvermogen niet in het optreden van de aanbesteder gelegen.

43. Er is nog een ander punt waarop de situatie van het hoofdgeding zich onderscheidt van de gevallen waarin geen deelneming mag worden verlangd op grond van onmogelijkheid: er is deelgenomen en er is zelfs een offerte gedaan. Dat deze door de combinatie van aannemers en niet door haar leden is gedaan, doet niet ter zake. De leden treden in de beroepsprocedure immers niet op als ondernemingen die los staan van degene die de offerte heeft gedaan, te weten de combinatie van aannemers, maar als leden daarvan. Daar de ondernemingen zich dus op hun hoedanigheid van leden van de combinatie van aannemers beroepen, moet het optreden van de combinatie van aannemers hun ook kunnen worden toegerekend of tegengeworpen.

2. De betekenis van het materiële recht voor de procesbevoegdheid

44. Het formele recht om beroep in te stellen volgt dus uit de materiële deelneming aan de aanbestedingsprocedure, bijvoorbeeld als kandidaat of — zoals in het hoofdgeding — als degene die een offerte doet.

45. Dit parallellisme komt ook tot uitdrukking in het arrest Makedoniko, waarin het Hof overweegt dat, „wanneer een besluit van een aanbestedende dienst afbreuk doet aan de rechten die een combinatie van aannemers in het kader van een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten aan het gemeenschapsrecht ontleent, deze combinatie van aannemers toegang moet hebben tot de beroepsmogelijkheden als bedoeld in richtlijn 89/665". [11]

11 — Arrest Makedoniko (aangehaald in voetnoot 5), punt 73.

46. Volgens het gemeenschapsrecht komt procesbevoegdheid dus toe aan degene die ook over materiële rechten beschikt. Bij combinaties van aannemers zijn het echter die combinaties zelf die rechten ontlenen aan de richtlijnen die de materiële voorschriften inzake openbare aanbestedingen bevatten. Het is immers de combinatie van aannemers die in een aanbestedingsprocedure gezamenlijk naar buiten optreedt. Het is ook enkel deze combinatie tot wie een eventueel gunningsbesluit wordt gericht.

47. Evenzo kan de omstandigheid dat volgens nationaal recht ook de leden van een combinatie van aannemers bepaalde plichten op zich nemen, mogelijk zelfs jegens derden, voor het nationale procesrecht beslissend zijn. Zo kan het beginsel van parallellisme tussen materiële rechten en plichten enerzijds en rechtsbescherming anderzijds ook in het nationale recht relevant worden.

48. Bij de beantwoording van de prejudiciële vragen moet men dus uit een gemeenschapsrechtelijke optiek uitgaan van het beginsel dat de richtlijn bedoeld is om kracht bij te zetten aan de rechten die kunnen worden afgeleid uit de richtlijnen die de materiële voorschriften betreffende openbare aanbestedingen bevatten.

49. Past men dit beginsel toe op het hoofdgeding, dan volgt hieruit, dat de richtlijn enkel de rechtsbescherming garandeert van *degenen die een offerte doen*, in casu dus van de combinatie van aannemers. Het hoofdgeding laat een situatie zien die typerend is voor een combinatie van aannemers, namelijk een waarin de individuele deelnemers, gezien hun specialisatie, helemaal niet in staat zouden zijn om de gehele opdracht uit te voeren, wat overigens ook niet in hun bedoeling lag.

50. Het parallellismebeginsel pleit dus zelfs eerder tegen de opvatting dat volgens de richtlijn ook aan individuele leden procesbevoegdheid moet worden toegekend.

51. Uit de richtlijn kan enkel worden afgeleid dat de combinatie van aannemers als zodanig procesbevoegdheid heeft. Daaruit volgt op zijn beurt dat individuele leden van een combinatie van aannemers volgens het gemeenschapsrecht niet het recht toekomt om in *eigen* naam beroep in te stellen tegen een gunningsbesluit.

52. Rest de vraag of individuele leden van een combinatie van aannemers een dergelijk beroep dan ten minste in naam van die combinatie kunnen instellen.

53. In dit verband moet, zoals met betrekking tot alle nationale procesrechtelijke bepalingen, worden herinnerd aan de beginselen van proportionaliteit en effectiviteit.

54. Deze gemeenschapsrechtelijke beginselen zijn wat betreft de rechtsbescherming op het gebied van openbare aanbestedingen zelfs uitdrukkelijk verankerd in artikel 1 van de richtlijn. Wat het effectiviteitsbeginsel betreft, verplicht artikel 1, lid 1, de lidstaten om ervoor te zorgen dat tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten *doeltreffend* en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld. Het hier relevante effectiviteitsbeginsel vormt echter geen absoluut criterium.

55. Zo overwoog het Hof in een zaak die ging over de rechtsbescherming op het gebied van openbare aanbestedingen, dat „voor de toepassing van het effectiviteitsbeginsel [...] ieder geval waarin de vraag rijst of een nationale procesregel de toepassing van het gemeenschapsrecht onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, [...] [moet] worden onderzocht met inaanmerkingneming van de plaats van die bepaling in de gehele procedure en van het verloop en de bijzondere kenmerken ervan." [12]

56. In de zaak Fritsch vestigt het Hof de aandacht op nog een ander beginsel:

„Hoewel artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 het uitdrukkelijk aan de lidstaten overlaat om de modaliteiten te regelen volgens welke de in deze richtlijn voorziene beroepsprocedures toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht en die door een beweerde schending is of dreigt te worden gelaedeerd, betekent dit niet dat zij daarbij aan het begrip belang bij de gunning van een overheidsopdracht een uitlegging mogen geven die afbreuk kan doen aan de nuttige werking van deze richtlijn." [13]

57. In de zaak Grossmann heeft het Hof zelfs in beginsel nationale bepalingen die „belang" nader definiëren en daarmee de procesbevoegdheid beperken, geoorloofd geacht:

„In deze omstandigheden doet het niet af aan de nuttige werking van richtlijn 89/665 wanneer een persoon die noch heeft deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure, noch beroep heeft ingesteld tegen het besluit van de aanbestedende dienst houdende vaststelling van de specificaties van de oproep tot inschrijving, wordt geacht geen belang te

12 — Arrest van 27 februari 2003, Santex (C-327/00, Jurispr. blz. I-1877, punt 56). Zie ook arrest van 14 december 1995, Peterbroeck (C-312/93, Jurispr. blz. I-4599, punt 14).

13 — Arrest van 19 juni 2003, Fritsch e.a. (C-410/01, Jurispr. blz. I-6413, punt 34).

hebben bij de gunning van de betrokken opdracht en bijgevolg geen toegang heeft tot de beroepsprocedures als bedoeld in richtlijn 89/665." [14]

58. Uit deze rechtspraak kan dus worden afgeleid, dat enkel de combinatie van aannemers over het voor de procesbevoegdheid vereiste belang beschikt en niet de individuele leden daarvan.

3. Beoordeling van de effecten van het unanimiteitsvereiste

59. Aan de aldus opgevatte beginselen van evenredigheid en effectiviteit moeten ook de effecten van het unanimiteitsvereiste worden getoetst.

60. In de eerste plaats geldt dit voor het door de Commissie genoemde effect dat het unanimiteitsvereiste de mogelijkheid beperkt om beroep in te stellen, welke beperking des te zwaarder weegt omdat de rechtsbescherming op dit terrein een snelle procedure verlangt.

61. Andere inschrijvers dan combinaties van aannemers moeten echter aan vergelijkbare procedurele voorwaarden voldoen, dat wil zeggen: ook zij moeten voor de bij hun rechtsvorm passende vertegenwoordiging zorgen. Op de keper beschouwd gaat het dus louter om de interne wilsvorming binnen combinaties van aannemers, zoals die ook bij andere inschrijvers vereist is.

62. Dat de bescherming van het belang van de combinatie van aannemers bovendien als gevolg van het unanimiteitsvereiste kan afhangen van een enkel lid daarvan, vormt op zich nog geen schending van voornoemde beginselen. De samenwerking tussen de leden van een combinatie van aannemers is namelijk geen procesrechtelijke bijzonderheid. Integendeel, samenwerking is zelfs al vóór de deelneming aan een openbare aanbestedingsprocedure en zeker lang vóór de indiening van offertes vereist, bijvoorbeeld bij de vorming van een combinatie van aannemers.

63. Dat de belangen van de afzonderlijke leden van een combinatie van aannemers uiteen kunnen lopen, kan de instelling van een beroep weliswaar bemoeilijken wanneer de unanimiteitsregel wordt toegepast, maar men mag niet vergeten dat de meerderheid van de leden, ook met betrekking tot de vraag of beroep moet worden ingesteld, andere belangen kan hebben dan de individuele leden.

14 — Arrest aangehaald in voetnoot 5, punt 39.

64. Volgens de Commissie dwingt het unanimiteitsvereiste combinaties van aannemers zonder meer om een bepaalde rechtsvorm aan te nemen. Volgens mij leidt dit vereiste veeleer ertoe, dat wordt afgezien van een bepaalde rechtsvorm.

65. Overigens dient elke combinatie van aannemers een concrete samenwerkingsvorm te kiezen en dient zij in de regel een vennootschapscontract te sluiten. Anders dan de Commissie stelt, kan daarin dus geen schending van artikel 21 van richtlijn 93/37 worden gezien. Daardoor ontstaat immers nog geen dwang om een bepaalde rechtsvorm aan te nemen. Het besluit om een combinatie van aannemers te vormen, wordt bewust genomen en partijen zijn zich ook bewust van de daaraan verbonden voor- en nadelen.

66. Een dergelijke overeenkomst kan ook de uitoefening van het beroepsrecht tot voorwerp hebben. De uit een dergelijke overeenkomst resulterende voordelen voor de afzonderlijke leden van de combinatie van aannemers brengen echter niet de verplichting mee om een bepaalde rechtsvorm aan te nemen.

67. Waar de Commissie ten slotte stelt dat het unanimiteitsvereiste zelfs al bij de vorming van een combinatie van aannemers afschrikkende werking heeft, verliest zij uit het oog dat juist de kennis van de eventuele moeilijkheden bij het inroepen van rechtsbescherming ertoe kan leiden dat in het vennootschapscontract de nodige voorzorgsmaatregelen worden getroffen. Hierin kan bijvoorbeeld worden voorzien in vertegenwoordiging door een lid of in een bepaalde meerderheidsregel.

68. Evenmin kan het unanimiteitsvereiste worden gezien als een vorm van discriminatie ten opzichte van andere vennootschapsvormen. Want ook inschrijvers die niet als combinatie van aannemers optreden, moeten zich aan de voor hen geldende vennootschapsrechtelijke en procesrechtelijke voorschriften houden, zoals bijvoorbeeld aan de regels betreffende de vertegenwoordiging van vennootschappen door daartoe bevoegde organen. De specifieke kenmerken van een combinatie van aannemers bewijzen enkel dat iedere rechtsvorm zich door bepaalde bijzonderheden van de andere onderscheidt.

69. Het gevaar voor verlamming ten gevolge van het unanimiteitsvereiste, waarop de Commissie herhaaldelijk heeft gewezen, kan, zoals reeds gezegd, worden voorkomen wanneer de nationale wetgever dit vereiste slechts als een regel van aanvullend recht aanmerkt. In dat geval kan hiervan worden afgeweken in het vennootschapscontract of door een ad-hocbeslissing van de leden die rechtstreeks op de relevante bepalingen van het nationale vennootschapsrecht berust.

70. In de onderhavige procedure is er meermaals op gewezen, dat had kunnen worden gekozen voor een meerderheidsregel of voor vertegenwoordiging door een lid, waaraan bijvoorbeeld overeenkomstig het in het hoofdgeding relevante nationale recht een volmacht had kunnen worden verleend.

71. Aan de door de gemeenschapswetgever beoogde eenvoudigere toegang tot een effectieve rechtsbescherming zou echter afbreuk worden gedaan als het nationale recht bepalingen over vertegenwoordiging bevatte die neerkwamen op een benadeling van buitenlandse combinaties van aannemers of waarvan de naleving praktisch onmogelijk was.

72. Dat in een groot aantal lidstaten ook individuele leden van een combinatie van aannemers beroep kunnen instellen, verandert niets aan het feit dat de richtlijn dat niet verlangt. Uiteraard kunnen de lidstaten in beginsel verder gaan dan de in de richtlijn neergelegde minimumstandaard. [15] In dat geval rijst echter wel de vraag of een dergelijke nationale regeling, die op het eerste gezicht genereus is omdat zij gunstig is voor de inschrijvers, verenigbaar is met het gemeenschapsrecht. Deze rechtsvraag is in de onderhavige prejudiciële procedure echter niet aan de orde.

73. Tegen een gemeenschapsrechtelijke verplichting van de lidstaten om ook individuele leden procesbevoegdheid te verlenen, pleit ten slotte ook het feit dat de andere leden van een combinatie van aannemers ook moeten worden beschermd.

74. De toekenning van procesbevoegdheid aan individuele leden zou er bijvoorbeeld toe kunnen leiden dat — zelfs — de meerderheid van de leden tegen hun wil tot een beroep wordt gedwongen en bij slagen van dat beroep tot een nieuwe of voortgezette aanbestedingsprocedure waarbij zij wellicht geen belang meer hebben omdat zij intussen bijvoorbeeld reeds andere overeenkomsten hebben gesloten.

75. Op de vraag of het gemeenschapsrecht omgekeerd verbiedt om individuele leden van een combinatie van aannemers procesbevoegdheid toe te kennen, behoeft hier niet te worden ingegaan. In de onderhavige procedure is alleen de vraag aan de orde of het gemeenschapsrecht aan een speciaal nationaal verbod in de weg staat, anders gezegd of het toestaat dat de procesbevoegdheid wordt beperkt tot alle leden van een combinatie van aannemers tezamen.

76. Het gemeenschapsrecht gebiedt dus in beginsel niet dat de lidstaten de individuele leden van een combinatie van aannemers procesbevoegdheid toekennen om in eigen naam beroep in te stellen. Evenmin gebiedt het gemeenschapsrecht dat afzonderlijke

15 — Arrest van 19 juni 2003, GAT (C-315/01, Jurispr. blz. I-6351, punt 45).

leden in naam van de combinatie van aannemers beroep kunnen instellen. Een dergelijk gebod geldt in ieder geval niet voor die lidstaten waarvan het nationale recht niet dwingend is, in die zin dat het toestaat dat de combinaties van aannemers — dat wil zeggen de leden daarvan — afwijkende regelingen treffen, hetzij reeds in het vennootschapscontract hetzij in een — later — besluit.

77. Op de eerste en de derde prejudiciële vraag moet daarom worden geantwoord, dat artikel 1 van richtlijn 89/665/EEG in die zin moet worden uitgelegd dat het niet in de weg staat aan een nationale wettelijke bepaling volgens welke de leden van een tijdelijke vereniging zonder rechtspersoonlijkheid die als zodanig heeft deelgenomen aan een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht en waaraan deze opdracht niet is gegund, enkel gezamenlijk — in hun hoedanigheid van leden van die vereniging of in eigen naam — beroep kunnen instellen tegen het besluit tot gunning van de opdracht, en een individueel lid van een dergelijke tijdelijke vereniging dit besluit noch in zijn hoedanigheid van lid van de vereniging noch in eigen naam kan aanvechten. Dit geldt op voorwaarde dat de nationale bepaling de toepassing van het gemeenschapsrecht niet onmogelijk of buitensporig moeilijk maakt. Hieraan is voldaan wanneer het nationale recht de leden van een combinatie van aannemers toestaat om een afwijkende regeling te treffen.

C — *De tweede prejudiciële vraag*

78. De tweede vraag gaat over de procesbevoegdheid in het specifieke geval dat alle leden van een tijdelijke vereniging weliswaar gezamenlijk beroep hebben ingesteld, maar het beroep van een van hen niet-ontvankelijk is.

79. Dit stelt de rechtsvraag aan de orde of volgens het gemeenschapsrecht bij de toetsing aan het nationale unanimiteitsvereiste moet worden gedifferentieerd naar gelang van de oorzaak voor het ontbreken van unanimiteit.

80. De Commissie en FOREM zijn, zij het op verschillende gronden, van mening dat dit niet het geval is.

81. Zoals Oostenrijk terecht opmerkt, moet de tweede prejudiciële vraag in het licht van de beginselen van evenredigheid en effectiviteit of, zoals hiervoor uiteengezet, van het in artikel 1 van de richtlijn uitdrukkelijk neergelegde beginsel van een snelle en effectieve rechtsbescherming worden beantwoord.

82. Deze beginselen kunnen in bepaalde feitelijke situaties of door bepaalde wettelijke bepalingen worden geschonden. In de onderhavige prejudiciële procedure gaat het om de vraag welke grenzen deze twee beginselen stellen aan de effecten van de toepassing van het unanimiteitsvereiste in een situatie als de onderhavige.

83. Uit het arrest Santex [16] komt, anders dan uit het arrest Universale Bau [17], duidelijk naar voren dat bij de beoordeling van de rechtmatigheid van een nationale procedurele bepaling in het licht van beide beginselen ook rekening moet worden gehouden met de omstandigheden van het concrete geval. Zo kan een bepaling die op het eerste gezicht aan de voorwaarden van het gemeenschapsrecht lijkt te voldoen, pas in bepaalde situaties daarmee in strijd blijken te zijn.

84. In een prejudiciële procedure ex artikel 234 EG dient het Hof zich echter te beperken tot de beantwoording van de prejudiciële vragen en mag het geen algemene theoretische uitspraken doen. Bijgevolg hoeven andere situaties dan in het hoofdgeding aan de orde zijn niet te worden onderzocht en evenmin juridisch te worden beoordeeld in het licht van het gemeenschapsrecht.

85. Hoe dan ook is het litigieuze nationale gebod om de voorschriften betreffende de interne wilsvorming in een situatie als de onderhavige na te leven, niet in strijd met de vereisten van een snelle en effectieve rechtsbescherming.

86. Op de tweede vraag moet derhalve worden geantwoord dat het antwoord op de eerste vraag niet anders uitvalt indien de leden van de tijdelijke vereniging gezamenlijk in rechte zijn opgetreden, maar de vordering van één van de leden niet-ontvankelijk is.

16 — Arrest aangehaald in voetnoot 12.

17 — Arrest van 12 december 2002, Universale-Bau e.a. (C-470/99, Jurispr. blz. I-11617).

## V — Conclusie

87. Op grond van het voorafgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 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 moet in die zin worden uitgelegd, dat het niet in de weg staat aan een nationale wettelijke bepaling volgens welke

— de leden van een tijdelijke vereniging zonder rechtspersoonlijkheid die als zodanig heeft deelgenomen aan een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht en waaraan deze opdracht niet is gegund, enkel gezamenlijk — in hun hoedanigheid van leden van de tijdelijke vereniging of in eigen naam — beroep kunnen instellen tegen het besluit tot gunning van de opdracht;

— een individueel lid van een dergelijke tijdelijke vereniging dit besluit noch in zijn hoedanigheid van lid van de vereniging noch in eigen naam kan aanvechten.

Dit geldt op voorwaarde dat de betrokken nationale regel de toepassing van het gemeenschapsrecht niet onmogelijk of buitensporig moeilijk maakt. Aan deze beginselen wordt in ieder geval voldaan wanneer het nationale recht de leden van een combinatie van aannemers toestaat om een afwijkende regeling te treffen.

2) Het antwoord op de vraag valt niet anders uit indien de leden van de tijdelijke vereniging gezamenlijk in rechte zijn opgetreden, maar de vordering van één van de leden naar nationaal recht niet-ontvankelijk is."