CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL S. ALBER

van 7 februari 2002 [1]

I — Inleiding

1. In deze prejudiciële procedure wil het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (hierna: „verwijzende rechter") weten of het voorbij kan gaan aan het definitieve karakter van een aanbestedingsbericht voor het plaatsen van een overheidsopdracht voor levering dat niet binnen de door het nationale recht voorgeschreven termijn is aangevochten, om in een (latere) beroepsprocedure van een inschrijver tegen zijn uitsluiting van de aanbesteding evenwel rekening te kunnen houden met het feit dat een clausule van het aanbestedingsbericht in strijd is met het gemeenschapsrecht. In feite gaat het daarbij om het bewijs van de draagkracht van een inschrijver overeenkomstig artikel 22 van richtlijn 93/36/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (hierna: „aanbestedingsrichtlijn"). [2] De verwijzende rechter wil weten of het nationale beginsel van buitentoepassinglating van bestuursrechtelijke handelingen die in strijd zijn met de wet (artikel 5 van wet nr. 2248 van 20 maart 1865), ook geldt wanneer clausules van een aanbestedingsbericht het gemeenschapsrecht schenden. Hij wil verder weten of dit beginsel ook voortvloeit uit artikel 6 EU, in samenhang met het recht op een eerlijk proces en het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel in de zin van de artikelen 6 en 13 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens. De behandeling van de prejudiciële verwijzing maakt bovendien de uitlegging noodzakelijk van richtlijn 89/665/EEG 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 (hierna: „beroepsrichtlijn" of „richtlijn 89/665"). [3]

II — Feiten en procesverloop

2. In het hoofdgeding heeft Santex SpA (hierna: „verzoekster") beroep ingesteld tegen Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia (hierna: „verweerster") vanwege het feit dat zij van de aanbestedingsprocedure voor een opdracht voor levering was uitgesloten. Dienaangaande betwist zij het gunningsbesluit alsook het aanbestedingsbericht, dat volgens haar een toelatingsclausule bevat die in strijd is met het gemeenschapsrecht.

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2 — Richtlijn van de Raad van 14 juni 1993 (PB L 199, blz. 1).

3 — Richtlijn van de Raad van 21 december 1989 (PB L 395, blz. 33).

3. Blijkens de verwijzingsbeschikking heeft verweerster op 23 oktober 1996 in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* een aanbestedingsbericht gepubliceerd voor levering aan huis van absorberende producten voor mensen met incontinentieproblemen voor een bedrag van naar schatting 1 067 372 000 ITL per jaar. Het bericht bevatte een clausule volgens welke alleen ondernemingen zouden worden toegelaten die konden aantonen dat zij over de laatste drie boekjaren voor eenzelfde dienst als die waarop de aanbesteding betrekking had, een totale omzet hadden behaald van ten minste het drievoudige van het bedrag dat naar schatting jaarlijks met de opdracht was gemoeid.

4. Bij brief van 25 november 1996 heeft verzoekster aan de voorzitter van de bevoegde commissie van aanbesteding van verweerster laten weten dat de hierboven vermelde clausule een onrechtmatige beperking van de mededinging inhield. Aangezien de plaatselijke medisch-sociale centra (aziende sanitarie locali) pas sedert korte tijd met dit soort diensten waren begonnen, zou deze clausule vele gegadigden — waaronder ook verzoekster — uitsluiten, hoewel zij het laatste jaar een totale omzet had behaald van tweemaal het geschatte jaarlijkse bedrag van de opdracht.

5. Naar aanleiding daarvan heeft de commissie van aanbesteding van verweerster de opening van de aanbiedingen uitgesteld en de betrokken ondernemingen verzocht om overlegging van aanvullende documentatie, waarbij zij mededeelde dat de omstreden clausule zich wellicht zo liet interpreteren dat zij betrekking had op de totale omzet van de deelnemende ondernemingen en dat de levering van dezelfde producten als die waarop de opdracht betrekking heeft, niet als vereiste voor toelating tot de procedure zou kunnen worden beoordeeld, maar uitsluitend als criterium voor de puntenwaardering van de kwaliteit.[4]

6. Tegen deze uitlegging werd bezwaar gemaakt door Sca Mölnlycke SpA (hierna: „Mölnlycke"), waaraan de opdracht voor de levering van gelijksoortige producten voor de vorige periode was gegund. In een aan verweerster gezonden brief drong zij aan op strikte inachtneming van de omstreden aanbestedingsclausule.

7. Daarop verzocht verweerster de inschrijvers de reeds ingezonden documentatie aan te vullen met een opgave van hun omzet uit de levering van dezelfde producten als die waarop de opdracht betrekking had, met vermelding van de medisch-sociale centra waaraan deze producten waren geleverd.

8. De aanbestedingsprocedure eindigde met de uitsluiting van verzoekster en twee andere vennootschappen en de gunning van de opdracht aan Mölnlycke.

9. Verzoekster heeft met de motivering dat zij de opdracht in de wacht zou hebben gesleept, indien zij was toegelaten, beroep ingesteld zowel tegen haar eigen uitsluiting

4 — Proces-verbaal nr. 1 van 12 december 1996 van de commissie van aanbesteding.

en de daaropvolgende gunning van de opdracht alsook tegen het aanbestedingsbericht zelf wegens schending van de wet en bevoegdheidsoverschrijding.

10. Verweerster en Mölnlycke, die zich in het geding heeft gevoegd, voeren aan dat het beroep tegen het aanbestedingsbericht te laat is ingesteld en derhalve als ongegrond moet worden verworpen.

11. De verwijzende rechter heeft de incidentele vordering tot opschorting van de uitvoering van de aangevochten bepalingen toegewezen wegens schending van de communautaire beginselen op het gebied van de mededinging. Doordat het aanbestedingsbericht als criterium een bepaald omzetniveau hanteert, beperkt het volgens hem de deelname van het aantal concurrerende ondernemingen op een ongerechtvaardigde en te vergaande wijze. Ook al zou het beroep tegen het aanbestedingsbericht tardief zijn, dan nog moest de clausule van het aanbestedingsbericht niettemin buiten toepassing blijven wegens schending van het gemeenschapsrecht.

12. Deze beschikking werd op haar beurt door een beschikking van de vijfde kamer van de Consiglio di Stato van 29 augustus 1997 nietig verklaard zonder feitelijke of juridische motivering.

13. Na beëindiging van de procedure in kort geding heeft verweerster, die tussentijds het tot dusver met Mölnlycke bestaande leveringscontract had verlengd, met deze definitief het contract voor de volgende periode gesloten.

14. De verwijzende rechter heeft zich nu in het hoofdgeding tot het Hof gewend met een prejudicieel verzoek dat ertoe strekt te vernemen of artikel 22 van richtlijn 93/36 dan wel artikel 6, lid 2, EU, in samenhang met de artikelen 6 en 13 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, aldus moet worden uitgelegd dat clausules van een aanbestedingsbericht die in strijd zijn met het gemeenschapsrecht, buiten toepassing kunnen blijven, zelfs wanneer deze niet binnen de daartoe door de nationale procesregels vastgestelde termijn zijn aangevochten.

15. De Italiaanse regering, de Franse regering en de Oostenrijkse regering, alsook de Commissie hebben aan de schriftelijke procedure voor het Hof deelgenomen.

III — De prejudiciële verwijzing

16. In de motivering van zijn prejudiciële verwijzing acht de verwijzende rechter het voor zijn oordeel van wezenlijk belang dat het aanbestedingsbericht een naar het gemeenschapsrecht en de nationale bepalingen ter uitvoering daarvan onwettige

clausule bevat.[5] In het bijzonder is de toelatingsvoorwaarde dat met de levering van dezelfde goederen als in het aanbestedingsbericht over de laatste drie jaren een driemaal zo hoge omzet als het met de opdracht gemoeide bedrag moet zijn behaald, in strijd met het evenredigheidsbeginsel en met het verbod van discriminatie tussen de inschrijvende ondernemingen. Volgens het nationale procesrecht dient hij echter eerst uitspraak te doen over de exceptie dat de vordering te laat is ingesteld.

17. Het verweer van niet-ontvankelijkheid stoelt erop dat reeds de clausule van het aanbestedingsbericht verzoekster heeft belet aan de aanbesteding deel te nemen. Daardoor is verzoekster onmiddellijk en rechtstreeks geschaad in haar belang om aan de procedure deel te nemen, en die clausule had dus moeten worden aangevochten binnen de vervaltermijn van zestig dagen, te rekenen vanaf de kennisneming ervan door verzoekster, overeenkomstig artikel 36 van koninklijk besluit nr. 1054 van 6 juni 1924.[6]

18. De verwijzende rechter is echter van mening dat de rechten en belangen van concurrenten in procedures inzake de aanbesteding van overheidsopdrachten doeltreffend beschermd dienen te worden zowel wanneer het gaat om toepassing van het gemeenschapsrecht als om toepassing van het nationale recht. Daarom zouden clausules in aanbestedingsberichten niet toegepast moeten worden wanneer zij op onrechtmatige wijze een beperking inhouden op het beginsel van een zo breed mogelijke deelname aan openbare aanbestedingen.

19. Daartoe wordt vanouds gebruik gemaakt van twee rechtsinstrumenten. Ten eerste de automatische invoeging van dwingendrechtelijke normen in aanbestedingsregelingen door analoge toepassing van artikel 1339 van het Burgerlijk Wetboek[7], hetgeen in casu niet toepasbaar blijkt, en ten tweede de buitentoepassinglating overeenkomstig het nog steeds geldende artikel 5 van wet nr. 2248 van 20 maart 1865, sub E.[8]

20. Gelet op het tweede beginsel heeft de Consiglio di Stato in het algemeen vastgesteld dat ook de administratieve rechter, net als de gewone civiele rechter, een bestuursrechtelijke bepaling buiten toepassing kan laten wanneer die in strijd is met een hogere rechtsregel en een subjectief recht aantast. Omdat het niet om een subjectief recht gaat, heeft de Consiglio di Stato dit beginsel echter niet laten gelden voor de hier aan de orde zijnde aanbesteding voor het plaatsen van overheidsopdrachten. Het aanbestedingsbericht had dus moeten worden aangevochten binnen zestig dagen, zodat na het verstrijken van de termijn de clausules van het aanbestedingsbericht dwingend moeten worden toegepast.

5 — De verwijzende rechter is van oordeel dat er sprake is van schending zowel van artikel 22 van richtlijn 93/36 alsook van artikel 13, lid 1, sub c, van wetsbesluit nr. 358 van 24 juli 1992.

6 — Koninklijk besluit houdende de geconsolideerde versie van de wetten op de Consiglio di Stato, dat krachtens artikel 19 van wet nr. 1034 van 6 december 1971 ook voor regionale administratieve rechtbanken geldt.

7 — „Bedingen en prijzen van goederen of diensten die door de wet zijn voorgeschreven, maken van rechtswege deel uit van de overeenkomst, ook ter vervanging van de door partijen overeengekomen afwijkende bedingen."

8 — „De rechterlijke instanties passen de algemene en plaatselijke bestuursrechtelijke handelingen toe voorzover deze in overeenstemming zijn met de wetten."

21. Het Italiaanse recht maakt onderscheid tussen rechtmatige belangen, waarvoor altijd tijdig beroep tegen de schadebrengende handeling moet worden ingesteld, en subjectieve rechten, die door het rechtsinstrument van de buitentoepassinglating kunnen worden beschermd. Dit in het nationale recht bekende onderscheid lijkt gemeenschapsrechtelijk niet te verdedigen.

22. De verwijzende rechter verwijst naar het arrest Simmenthal [9], waarin het Hof van oordeel was dat de nationale rechter bij de toepassing van het gemeenschapsrecht verplicht is de volle werking daarvan te verzekeren en zo nodig elke daarmee strijdige bepaling van nationale wetgeving buiten toepassing moet laten, zonder dat hij eerst de intrekking daarvan behoeft te vragen of af te wachten.

23. Voorts acht de verwijzende rechter het op grond van de rechtspraak van het Hof in de arresten Van Schijndel en Van Veen [10] en Eco Swiss [11] noodzakelijk na te gaan of bij de specifieke administratieve procedure rond de gunning van de betrokken overheidsopdracht voor levering, de toepassing van het gemeenschapsrecht ernstig is bemoeilijkt of onmogelijk is gemaakt, waardoor aan een doelmatige bescherming van rechten uit hoofde van de gemeenschapsregels afbreuk is gedaan.

24. Doordat verweerster eerst deed voorkomen dat zij de omstreden clausule restrictief zou uitleggen dan wel zou wijzigen, heeft zij bij verzoekster de indruk gewekt dat het niet nodig was om het aanbestedingsbericht aan te vechten. Door haar handelwijze heeft verweerster voor verzoekster een objectieve situatie van rechtsonzekerheid geschapen. Daarom moeten hier dezelfde beginselen gelden die het Hof in het arrest Peterbroeck heeft ontwikkeld. [12]

25. In casu bestaat er een algemeen belang bij de vaststelling van de onrechtmatigheid van de bestreden uitsluiting, en wel gelet op de doelmatige handhaving van het gemeenschapsrecht en vanwege het belang van de overheid bij een zo breed mogelijke deelname aan de aanbestedingsprocedure als een instrument om te komen tot de keuze van het beste product in kwalitatief opzicht, voor de meest gunstige prijs.

26. De nationale rechter is bevoegd ambtshalve op te treden. Zo heeft het Hof in het arrest Océano Grupo Editorial en Salvat Editores [13] inzake consumentenovereenkomsten geoordeeld dat de nationale rechter bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van een bij hem ingediende vordering ambtshalve kan toetsen of de litigieuze contractuele bedingen oneerlijk zijn.

9 — Arrest van 9 maart 1978 (106/77, Jurispr. blz. 629).

10 — Arrest van 14 december 1995 (C-430/93 en C-431/93, Jurispr. blz. I-4705).

11 — Arrest van 1 juni 1999 (C-126/97, Jurispr. blz. I-3055).

12 — Arrest van 14 december 1995 (C-312/93, Jurispr. blz. I-4599).

13 — Arrest van 27 juni 2000 (C-240/98—C-244/98, Jurispr. blz. I-4941).

27. De uit het arrest Eco Swiss [14] voortvloeiende conclusie dat in geval van schending van bepaalde regels van nationaal procesrecht het gemeenschapsrecht niet ambtshalve van toepassing is, geldt niet in de feitelijke en juridische omstandigheden van het onderhavige geval.

28. De verwijzende rechter stelt het Hof de volgende prejudiciële vragen:

„1) Moet artikel 22 van richtlijn 93/36/EEG van 14 juni 1993 aldus worden uitgelegd dat de bevoegde nationale rechter verplicht is om de burgers van de Unie die worden benadeeld door in strijd met het gemeenschapsrecht genomen besluiten, te beschermen door met toepassing van artikel 5 van de Italiaanse wet van 20 maart 1865 ook clausules van een aanbestedingsbericht die in strijd zijn met het gemeenschapsrecht, maar niet binnen de in het nationale procesrecht gestelde korte vervaltermijn zijn aangevochten, buiten toepassing te laten, en het gemeenschapsrecht ambtshalve toe te passen, telkens wanneer vaststaat dat enerzijds de toepassing van het gemeenschapsrecht uiterst moeilijk of althans ingewikkeld wordt gemaakt, en anderzijds een communautair of nationaal algemeen belang de toepassing daarvan rechtvaardigt?

2) Leidt artikel 6, lid 2, EU[15], waarin wordt verklaard dat de Unie de door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden gewaarborgde grondrechten eerbiedigt, en waarin aldus het beginsel van daadwerkelijke rechtsbescherming in de zin van de artikelen 6 en 13 van dit laatste verdrag wordt overgenomen, tot dezelfde conclusie?"

IV — Rechtskader

A — *De communautaire regeling*

29. Richtlijn 93/36/EEG (aanbestedingsrichtlijn) bepaalt in artikel 22:

„1. In het algemeen kan de financiële en economische draagkracht van de leverancier worden aangetoond aan de hand van een of meer van de volgende referenties:

[...]

14 — Arrest aangehaald in voetnoot 11.

15 — Bedoeld wordt het Verdrag betreffende de Europese Unie (noot van mij).

c) een verklaring betreffende de totale omzet van de leverancier en van zijn omzet in producten waarop de opdracht betrekking heeft, dit alles over de laatste drie boekjaren.

2. De aanbestedende diensten geven in de aankondiging of in de uitnodiging tot inschrijving de referenties aan die zij verlangen, evenals de andere, niet in lid 1 genoemde bewijsstukken die moeten worden overgelegd.

3. Indien de leverancier om gegronde redenen niet in staat is de door de aanbestedende dienst gevraagde referenties over te leggen, kan hij zijn economische en financiële draagkracht aantonen aan de hand van andere documenten die de aanbestedende dienst geschikt acht."

30. Artikel 1, leden 1 en 3, alsook artikel 2, leden 1, sub b, en 6, van richtlijn 89/665/EEG (beroepsrichtlijn) zijn hier ook van belang. Deze bepalen:

„*Artikel 1*

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.

2. [...]

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."

„*Artikel 2*

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;

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 schadevergoeding een besluit vernietigd moet worden, kan een lidstaat bepalen dat na 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 schadevergoeding aan een ieder die door een schending werd gelaedeerd

[...]"

„*Artikel 3*

1. De Commissie kan de procedure van dit artikel hanteren, wanneer zij vóór de sluiting van een overeenkomst van oordeel is dat er tijdens de aanbestedingsprocedure die valt onder de werkingssfeer van de richtlijnen 71/305/EEG en 77/62/EEG, een duidelijke en kennelijke schending van de communautaire voorschriften inzake overheidsopdrachten heeft plaatsgevonden.

[...]"

B — *Italiaans recht*

31. Artikel 13 van wetsbesluit nr. 358 van 24 juli 1992, met als opschrift „Gecoördineerde tekst van de bepalingen betreffende overheidsopdrachten voor leveringen ter uitvoering van richtlijnen 77/62/EEG, 80/767/EEG en 88/295/EEG", dat artikel 22 van richtlijn 93/36 in nationaal recht omzet, bepaalt het volgende:

„*Artikel 13*

1. De financiële en economische draagkracht van de concurrerende ondernemingen kan worden aangetoond aan de hand van een van de volgende documenten:

[...]

c) een verklaring betreffende de totale omzet van de onderneming en van haar omzet in producten waarop de opdracht betrekking heeft, dit alles over de laatste drie boekjaren.

2. De aanbestedende diensten geven in de aankondiging of in de uitnodiging tot inschrijving de in lid 1 bedoelde documenten aan die zij verlangen, evenals de eventuele referenties die moeten worden overgelegd. [...]

3. Indien de leverancier om gegronde redenen niet in staat is de gevraagde referenties over te leggen, kan hij zijn economische en financiële draagkracht aantonen aan de hand van andere documenten die de aanbestedende dienst geschikt acht."

32. Artikel 36, lid 1, van koninklijk besluit nr. 1054 van 26 juni 1924 houdende de geconsolideerde versie van de wetten op de Consiglio di Stato, waarvan het toepassingsgebied bij artikel 19 van wet nr. 1034 van 6 december 1971 tot de administratieve rechtbanken is uitgebreid (hierna: „artikel 36 van de wet van 26 juni 1924"), is ook voor het onderhavige geding van belang. Dit artikel bepaalt:

„*Artikel 36*

1. Behoudens de gevallen waarin de termijnen bij bijzondere wetten inzake de beroepsprocedure zijn vastgesteld, is de termijn voor het instellen van beroep bij de Consiglio di Stato, afdeling rechtspraak, zestig dagen vanaf de datum waarop het administratieve besluit officieel ter kennis werd gebracht in de vorm en volgens de modaliteiten vastgesteld bij uitvoeringsbesluit, of vanaf de datum waarop de belanghebbende daarvan volledig kennis heeft gekregen [...]."

33. Ten slotte moet artikel 5 van wet nr. 2248 van 20 maart 1865 voor het onderhavige geding worden genoemd:

„*Artikel 5*

De rechterlijke instanties passen de algemene en plaatselijke bestuursrechtelijke handelingen toe voorzover deze in overeenstemming zijn met de wetten."

V — Opmerkingen van partijen

34. De *Italiaanse regering* voert aan dat de verwijzende rechter ervan uitgaat dat de gemeenschapsbepalingen rechtstreekse werking hebben en dat de bescherming van de communautaire rechtsorde dus van de nationale rechter verlangt dat hij de effectieve toepassing van die bepalingen verzekert los van de naleving van regels van nationaal procesrecht.

35. De Consiglio di Stato heeft echter recentelijk in een uitspraak van 7 april 1998 met bevestiging van zijn rechtspraak inzake aanbestedingen, geoordeeld dat wanneer een handeling een beperking inhoudt op het recht van een gegadigde om aan de aanbestedingsprocedure deel te nemen, deze binnen de normale termijn van zestig dagen moet worden aangevochten. Na het verstrijken van deze termijn kan de bestuursrechtelijke handeling niet meer buiten toepassing blijven. Zij wordt onherroepelijk en iedere daartegen ingestelde vordering niet-ontvankelijk; tevens moeten alle middelen ontleend aan de onwettigheid van de handeling, worden afgewezen.

36. Het definitieve karakter van de bestuursrechtelijke handeling is de sanctie voor het niet-handelen van de persoon die zich in zijn recht geschaad voelt en versterkt het vertrouwen in de rechtmatigheid van het handelen van de overheid. Het definitieve karakter van een bestuursrechtelijke handeling is net als de rechtsinstituten van de verjaring en de kracht van het gewijsde, een vereiste van de rechtszekerheid. Als het aanbestedingsbericht nog kon worden aangevochten, zouden het gerechtvaardigd vertrouwen en de economische belangen van de concurrenten geschaad worden.

37. Het gaat in het hoofdgeding niet zo zeer om wat rechtens de aard is van artikel 22 van richtlijn 93/36, als wel om de vraag of de vereisten omtrent de financiële en economische draagkracht in het aanbestedingsbericht rechtmatig zijn. Volgens de Italiaanse regering is dat ontegenzeggelijk het geval. Artikel 22 van de richtlijn heeft overigens ook geen rechtstreekse werking.

38. Gelet op de algemene verplichting van lidstaten tot samenwerking bij de uitvoering van het gemeenschapsrecht overeenkomstig artikel 10 EG, die ook voor de nationale rechters geldt, rijst de vraag hoe deze verplichting zich verhoudt ten opzichte van de beginselen van het nationale procesrecht.

39. De Italiaanse regering verwijst naar de vaste rechtspraak van het Hof volgens welke het bij ontbreken van een desbetreffende gemeenschapsregeling een aangelegenheid is van de interne rechtsorde van de lidstaten om de procesregels te geven voor rechtsvorderingen die ertoe strekken, de rechten te beschermen die de justitiabelen aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht ontlenen. Die procesregels mogen niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden en zij mogen de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken.

40. Het Italiaanse recht voorziet erin dat bestuursrechtelijke handelingen binnen zestig dagen kunnen worden aangevochten. Elke schending van het recht, ongeacht of het om nationaal recht dan wel om gemeenschapsrecht gaat, kan ertoe leiden dat de betrokken bestuursrechtelijke handeling onwettig wordt verklaard. Er is dus geen sprake van discriminatie en niets staat een doeltreffende toepassing van het gemeenschapsrecht in de weg. Als men de rechter toestond om in geval van een schending van een rechtstreeks toepasselijke gemeenschapsbepaling het nationale procesrecht buiten toepassing te laten, zou dat een ongerechtvaardigde discriminatie tussen inhoudelijk vergelijkbare nationale bepalingen opleveren.

41. Het uit de artikelen 6 en 13 van het Europees Verdrag tot bescherming van rechten van de mens voortvloeiende beginsel van daadwerkelijke rechtsbescherming geldt alleen voor gemeenschapsrechtelijke handelingen en handelingen van nationaal recht ter uitvoering daarvan; het beginsel kan niet worden toegepast ten koste van de procesregels van een lidstaat.

42. De Italiaanse regering stelt daarom voor de prejudiciële vragen als volgt te beantwoorden:

Voorzover er geen objectieve redenen zijn ter rechtvaardiging van een verschillende procesrechtelijke behandeling van vorderingen die gebaseerd zijn op rechtstreeks toepasselijke gemeenschapsvoorschriften enerzijds en nationale voorschriften van dezelfde inhoud anderzijds, is het niet mogelijk om procesregels van een lidstaat die ertoe strekken om beweerdelijk geschonden rechten in rechte af te dwingen, buiten toepassing te laten.

43. De *Oostenrijkse regering* is van mening dat de eerste prejudiciële vraag ertoe strekt om vast te stellen of het geldende gemeenschapsrecht inzake de aanbestedingsprocedures voor overheidsopdrachten zich verzet tegen de toepassing van op nationale bepalingen berustende vervaltermijnen. Het rechtskader wordt daarom bepaald door richtlijn 89/665 betreffende de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken.

44. De Republiek Oostenrijk acht het geoorloofd om het instellen van beroep bij het daartoe bevoegde beroepsorgaan in een procedure van plaatsing van overheidsopdrachten aan termijnen te binden, onder de dubbele voorwaarde dat de doelstellingen van richtlijn 89/665 niet worden omzeild en dat de uit het EG-Verdrag voortvloeiende beginselen van effectiviteit en gelijke behandeling niet worden geschonden. De richtlijn zelf bevat geen uitputtende regeling van de organisatie van de beroepsinstanties en de bij die instanties na te leven procedures. Het is daarom aan de lidstaten om de procesregels vast te stellen.

45. De in het onderhavige geding aan de orde zijnde vervaltermijn van zestig dagen om bestuursrechtelijke besluiten aan te vechten doet ook geen afbreuk aan de rechtsbescherming van inschrijvers en gegadigden. Integendeel, het is in het belang van de andere inschrijvers en gegadigden, maar ook in het algemeen belang van een goed functionerende overheidsdienst en zelfs in het belang van degenen die beroep instellen, dat tegen onwettige besluiten, zodra daarvan kennis is verkregen, zo spoedig mogelijk wordt opgekomen en dat deze zo spoedig mogelijk worden ingetrokken.

46. De Oostenrijkse regering stelt daarom voor de prejudiciële vraag als volgt te beantwoorden:

Richtlijn 89/665 verzet zich niet tegen een nationale regeling die, als kennis is verkregen van een schending van de voorschriften van aanbesteding, het instellen van beroep tegen een bepaald besluit van de aanbestedende dienst aan een termijn bindt, waarbij na het verstrijken van die termijn het besluit van de aanbestedende dienst niet meer kan worden aangevochten in het verdere verloop van de procedure van aanbesteding. De vastgestelde termijn mag niet zodanig zijn dat deze het instellen van beroep of het verloop van de beroepsprocedure in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maakt. Er kan worden bepaald dat wanneer kennis is verkregen van een schending van de voorschriften van aanbesteding, iedere onregelmatigheid binnen de daartoe gestelde termijn moet worden opgeworpen op straffe van verval van de betrokken belangen.

47. De *Franse regering* vat de eerste vraag aldus op of een nationale rechter verplicht is ambtshalve na te gaan, of een nationale handeling verenigbaar is met een communautaire bepaling wanneer deze handeling niet binnen de door de nationale procesregels gestelde termijn is aangevochten. De Franse regering stelt voor deze vraag ontkennend te beantwoorden.

48. Ook wijst de Franse regering op het arrest van het Hof in de zaak Peterbroeck [16] en trekt zij daaruit de conclusie dat een vervaltermijn van zestig dagen, zoals die in Italië is vastgesteld voor het aanvechten van

16 — Arrest aangehaald in voetnoot 12, punt 12.

bestuursrechtelijke handelingen, de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maakt.

49. Doordat vervaltermijnen de mogelijkheid om beroep in te stellen van een juridisch kader voorzien en aan termijnen binden, zorgen zij ervoor dat het beginsel van rechtszekerheid ten aanzien van iedere partij wordt toegepast. De rechtszekerheid behoort tot grondbeginselen van de communautaire rechtsorde. Deze zijn van openbare orde en moeten door partijen en de rechter nageleefd worden.

50. Voorzover de verwijzende rechter van mening is dat in casu de handelwijze van de aanbestedende dienst na publicatie van het aanbestedingsbericht bijgedragen heeft aan de niet-ontvankelijkheid van het beroep van verzoekster, verwijst de Franse regering naar het arrest Edis. [17] Weliswaar wordt in dit arrest erkend dat de gedraging van een overheidsinstantie in samenhang met het bestaan van een termijn, ertoe kan leiden dat de verzoekende partij elke mogelijkheid ontnomen wordt om haar rechten voor de nationale rechter te doen gelden, maar een onderneming als verzoekster kan niet eraan voorbijgaan dat zij ter behoud van haar rechten beroep moet instellen binnen de daartoe gestelde termijnen, ook al was zij tegelijkertijd in gesprek met de aanbestedende dienst.

17 — Arrest van 15 september 1998 (C-231/96, Jurispr. blz. I-4951, punt 48).

51. De Franse regering stelt daarom voor de prejudiciële vragen als volgt te beantwoorden:

Het gemeenschapsrecht verplicht een in het kader van zijn bevoegdheid geadieerde nationale rechter niet om ambtshalve na te gaan of een nationale handeling verenigbaar is met het gemeenschapsrecht, wanneer deze handeling niet binnen de termijnen van het nationale procesrecht door de belanghebbende werd aangevochten.

Artikel 6, lid 2, EU legt, voorzover daarin naar de artikelen 6 en 13 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens wordt verwezen, te dezen geen verdergaande verplichtingen op.

52. De *Commissie* wijst er in haar opmerkingen om te beginnen op dat de in de rechtspraak van het Hof genoemde criteria ter beoordeling van de stelsels van rechtsbescherming van de lidstaten, zoals het verbod van discriminatie en het vereiste dat zij de uitoefening van rechten niet in de praktijk onmogelijk of onevenredig moeilijk maken, alleen dan kunnen gelden, wanneer het gemeenschapsrecht niet zelf rechtstreeks dan wel middels geharmoniseerde rechtsbepalingen de regels bevat die in het nationale recht moeten worden toegepast. Op het gebied van overheidsopdrachten bestaat er richtlijn 89/665, tegen de achtergrond waarvan de prejudiciële verwijzing moet worden beoordeeld.

53. De Commissie stelt daarom voor de prejudiciële vraag als volgt te herformuleren:

Moet richtlijn 89/665 aldus worden uitgelegd dat de bevoegde nationale rechter verplicht is om de burgers van de Unie die worden benadeeld door een in strijd met richtlijn 93/36 verrichte handeling, te beschermen door clausules van een aanbestedingsbericht die in strijd zijn met het gemeenschapsrecht, maar niet binnen de termijn van het nationale procesrecht zijn aangevochten, buiten toepassing te laten, om ambtshalve het gemeenschapsrecht in elke fase van de aanbestedingsprocedure, daaronder begrepen het gunningsbesluit, toe te passen?

54. Gelet op het feit dat richtlijn 89/665 voorziet in de verplichting van de lidstaten om ervoor te zorgen dat tegen de besluiten van een aanbestedende dienst doeltreffend en snel beroep kan worden ingesteld, waardoor het mogelijk is onwettige besluiten, ongeacht of een daaraanvoorafgaand besluit binnen de daarvoor bepaalde termijn was aangevochten, nietig te verklaren, moet worden nagegaan of het gunningsbesluit en het besluit van uitsluiting „besluiten" in de zin van de richtlijn zijn.

55. De opsomming van de voor beroep vatbare onwettige besluiten in artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 89/665 is slechts als voorbeeld gegeven en is geenszins limitatief. Wat het gunningsbesluit betreft, verwijst de Commissie naar het arrest Alcatel Austria e.a. [18], waarin is vastgesteld dat het gunningsbesluit een besluit in de zin van richtlijn 89/665 is.

56. Wat het besluit van uitsluiting betreft, stelt de Commissie vast dat de aanbestedende dienst met deze handeling een antwoord gaf op het verzoek van de onderneming om aan de aanbestedingsprocedure deel te nemen. De aanbestedende dienst verwijst in dit besluit naar de algemene en specifieke bepalingen van het aanbestedingsbericht en neemt dus een standpunt in over de uitlegging ervan. Deze stap is dus een nieuwe en autonome beslissing. Wanneer het aanbestedingsbericht in strijd is met bepalingen van het gemeenschapsrecht, is de aanbestedende dienst zelfs verplicht het gemeenschapsrecht rechtstreeks toe te passen en een wettig besluit te nemen.

57. Daarom is het besluit van uitsluiting een besluit in de zin van richtlijn 89/665, waartegen snel en doeltreffend beroep moet kunnen worden ingesteld, zonder dat rekening gehouden moet worden met een onwettig aanbestedingsbericht, dat alsdan dus niet toegepast mag worden.

58. In het onderhavige geval heeft de aanbestedende dienst bovendien eerst te ken-

18 — Arrest van 28 oktober 1999 (C-81/98, Jurispr. blz. I-7671).

nen gegeven dat de omstreden clausule van het aanbestedingsbericht als criterium voor de aanbesteding en niet als selectiecriterium kon worden beschouwd, en heeft hij daarmee aan het aanbestedingsbericht een uitleg gegeven die overeenstemt met het gemeenschapsrecht c.q. dat recht rechtstreeks toepast.

59. De ontstaansgeschiedenis van richtlijn 89/665 bevestigt de hierboven bepleite zienswijze. Het oorspronkelijke voorstel van de Commissie bepaalde het volgende: „De lidstaten nemen alle mogelijke maatregelen om te waarborgen dat in elk stadium van de aanbestedingsprocedure doeltreffende administratieve en/of gerechtelijke beroepsmogelijkheden ter beschikking staan [...]". [19] Tijdens de voorbereidende werkzaamheden van de Raad is de uitdrukking „in elk stadium van de aanbestedingsprocedure" zonder uitleg geschrapt, terwijl de Italiaanse delegatie verzocht om de uitdrukking „besluiten" te vervangen door „ieder besluit". Dit verzoek is later weer ingetrokken in verband met een gemeenschappelijke verklaring inzake artikel 1, die in het proces-verbaal is opgenomen. Deze gemeenschappelijke verklaring luidt in essentie: de Raad en de Commissie verklaren dat in de zin van deze richtlijn iedere persoon die wegens een beweerde schending van deelname aan een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht is uitgesloten, een persoon is die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een overheidsopdracht en die is of zou kunnen worden benadeeld.

19 — PB 1987, C 230, blz. 6.

60. De Commissie stelt voor de verwijzende rechter als volgt te antwoorden:

Richtlijn 89/665 legt de bevoegde rechter van een lidstaat de verplichting op om ervoor te zorgen dat de burgers van de Unie die worden benadeeld door in strijd met richtlijn 93/36 genomen bestuursrechtelijke handelingen, worden beschermd, door gebruik te maken van de mogelijkheid om clausules van een aanbestedingsbericht die in strijd zijn met het gemeenschapsrecht, maar niet binnen de door het nationale procesrecht voorziene termijn zijn aangevochten, buiten toepassing te laten, om in elke fase van de aanbestedingsprocedure, daaronder begrepen het gunningsbesluit, ambtshalve het gemeenschapsrecht toe te passen.

VI — Beoordeling

61. Indien de prejudiciële vragen in de context van de verwijzingsbeschikking worden gelezen, blijkt duidelijk dat de verwijzende rechter, anders dan de formulering van de eerste vraag aangeeft, in werkelijkheid geen uitlegging van artikel 22 verlangt. De verwijzende rechter lijkt van de onwettigheid van de omstreden clausule overtuigd te zijn. Hij gaat ervan uit dat de clausule zowel in strijd is met artikel 22 van richtlijn 93/36 als met artikel 13, lid 1, sub c, van wetsbesluit nr. 358 van 24 juli 1992, dat voor de

tenuitvoerlegging van de communautaire bepaling in nationaal recht werd vastgesteld.

62. De Italiaanse regering heeft weliswaar te kennen gegeven dat volgens haar de omstreden clausule in overeenstemming is met de relevante bepalingen. Als de omstreden clausule echter niet als in strijd met het gemeenschapsrecht was te beschouwen, dan was de verdere vraag van de rechter, namelijk of en in voorkomend geval onder welke voorwaarden de clausule buiten toepassing kan worden gelaten, zonder voorwerp. Daarom dient met het oog op de verdere toetsing van de prejudiciële vragen met de verwijzende rechter ervan te worden uitgegaan dat de omstreden clausule onwettig is, gelet zowel op het gemeenschapsrecht alsook op de uitvoeringsbepalingen van de lidstaat.

63. De verwijzende rechter ziet zich nu bij de beslissing over het bij hem aanhangig gemaakte geding voor het probleem geplaatst, dat volgens hem de clausule die de oorzaak is van de uitsluiting van verzoekster van de aanbestedingsprocedure onwettig is, terwijl die clausule volgens het procesrecht van de lidstaat definitief is geworden.[20] Uit de opmerkingen van de Italiaanse regering blijkt dat niet alleen een te laat beroep tegen de bestuursrechtelijke handeling niet-ontvankelijk is, maar ook dat alle aan de beweerde onwettigheid van de bestuursrechtelijke handeling ontleende beroepsgronden die in een andere procedure worden aangevoerd, als niet-ontvankelijk afgewezen dienen te worden. Dit betekent dat zelfs een incidentele toetsing van de litigieuze bestuursrechtelijke handeling normaliter niet meer mogelijk is in een latere administratieve geschilprocedure.

64. Ter terechtzitting is naar aanleiding van vragen van de rapporteur een discussie ontstaan die tot de volgende conclusies heeft geleid. Een incidentele toetsing van een vermeende onwettige bestuursrechtelijke handeling is op zich niet onbekend in het Italiaanse recht. In een civielrechtelijk geding, waarbij het bijvoorbeeld gaat om een vordering tot schadevergoeding op grond van een onwettige bestuursrechtelijke handeling, is een incidentele toetsing absoluut mogelijk. Alleen in een administratiefrechtelijke geschilprocedure, waarbij het algemeen belang bij de handhaving van de bestuursrechtelijke handeling dient te prevaleren, kan de onwettigheid ervan niet als beroepsgrond worden ingeroepen.

65. De verwijzende rechter heeft echter zelf in de verwijzingsbeschikking erop gewezen, dat overeenkomstig de rechtspraak van de Italiaanse Consiglio di Stato, ook de administratieve rechter, ter waarborging van subjectieve rechten, een bepaling van een besluit die in strijd is met een hogere rechtsregel, buiten toepassing kan laten, net als de gewone rechter. De verwijzende rechter twijfelt er niet aan dat dit ook geldt voor bestuursrechtelijke handelingen die in strijd zijn met het gemeenschapsrecht.

20 — Artikel 36 van besluit nr. 1054 van 26 juni 1924, ingevolge hetwelk administratieve besluiten binnen zestig dagen na kennisname moeten worden aangevochten, bij gebreke waarvan het besluit definitief wordt.

66. Het lijkt er dus op dat het van de kwalificatie van de rechtspositie van de potentiële verzoeker afhangt — kan hij subjectieve rechten dan wel „alleen" rechtmatige belangen aanvoeren — of het recht van de lidstaat een incidentele toetsing van een als onwettig te beschouwen bestuursrechtelijke handeling mogelijk maakt.

67. Aangezien de rechtspositie die voor de verzoeker uit de schending van artikel 22 van richtlijn 93/36 en de daarmee gepaard gaande schending van de uitvoeringsbepaling voortvloeit, duidelijk geen aantasting van „subjectieve rechten" in de zin van het Italiaanse recht inhoudt, is het voor de verwijzende rechter niet mogelijk om in het kader van de beroepsprocedure tegen het besluit van uitsluiting rekening te houden met de volgens hem in casu aanwezige onwettigheid van het aanbestedingsbericht.

68. In die omstandigheden zou de eerste vraag van de verwijzende rechter — anders dan de opvatting van partijen in de procedure voor het Hof — aldus kunnen worden begrepen dat zij ertoe strekt te vernemen of artikel 22 van richtlijn 93/36 een inschrijver subjectieve rechten verstrekt. Het zou hier dus gaan om de bepaling van de rechtspositie van partijen bij een aanbestedingsprocedure, zoals die door artikel 22 van richtlijn 93/36 wordt omschreven.

69. Bezien in dit licht zouden ook de opmerkingen van de Italiaanse regering betreffende de aard rechtens van artikel 22 van richtlijn 93/36 en, in voorkomend geval, de rechtstreekse toepasselijkheid daarvan, relevant zijn, daar de doctrine van het Hof inzake de rechtstreekse toepasselijkheid van bepalingen van richtlijnen op de vooronderstelling berust dat de door de richtlijn aan de particulier verleende rechtspositie beschermd dient te worden. Volgens inmiddels vaste rechtspraak kan de particulier zich jegens de staat beroepen op inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig lijkende bepalingen van een richtlijn, voorzover deze rechten vastleggen.[21]

70. Artikel 22 staat in titel IV van richtlijn 93/36, in hoofdstuk 2, „Criteria voor de kwalitatieve selectie". In deze bepaling wordt geregeld welke bewijsstukken de aanbestedende dienst kan verlangen van de potentiële leveranciers om hun financiële en economische draagkracht aan te tonen. Daartoe voorziet de richtlijn in drie mogelijkheden:

„a) passende bankverklaringen;

b) overlegging van balansen of van balansuittreksels van de onderneming, indien de wetgeving van het land waar de leverancier is gevestigd, de bekendmaking van balansen voorschrijft;

21 — Zie voor beginseluitspraak arrest van 19 januari 1982, Becker (8/81, Jurispr. blz. 53, punt 25).

c) een verklaring betreffende de totale omzet van de leverancier en van zijn omzet in producten waarop de opdracht betrekking heeft, dit alles over de laatste drie boekjaren."

71. Uit lid 2 van dit artikel volgt dat de verschillende bewijsstukken zowel alternatief als cumulatief verlangd kunnen worden en de opsomming van de bewijsstukken niet limitatief is. Zo moet de aanbestedende dienst in de aankondiging of in de uitnodiging tot inschrijving ook aangeven welke *andere*, niet in lid 1 genoemde bewijsstukken moeten worden overgelegd. Verder verstrekt artikel 22, lid 3, de potentiële leverancier de mogelijkheid om, indien hij „om gegronde redenen" niet in staat is de door de aanbestedende dienst gevraagde referenties over te leggen, zijn economische en financiële draagkracht aan te tonen aan de hand van andere documenten die de aanbestedende dienst geschikt acht.

72. Dit artikel bevat dus voor de potentiële leverancier absoluut garanties wat de mogelijkheden betreft om aan de aanbestedingsprocedure deel te nemen.

73. In casu gaat het echter niet om de rechtstreekse toepassing van bepalingen van een richtlijn, omdat buiten kijf staat dat de betrokken bepaling van de richtlijn op juiste wijze[22] in nationaal recht werd omgezet. De problemen die in het hoofdgeding uit de schending van die bepalingen voortvloeien, rijzen op het vlak van de rechtsbescherming.

74. De rechtsbescherming tegen een als onwettig aangemerkte clausule van een aanbestedingsbericht kan op verschillende vlakken van belang worden. Enerzijds kan het gaan om een rechtstreeks beroep tegen het aanbestedingsbericht, dat — zoals gebleken — in het Italiaanse recht binnen zestig dagen moet worden ingesteld. Anderzijds kan de onwettigheid zich echter ook voortzetten, eventueel toenemen dan wel zelfs pas aan het licht komen in een later stadium van de procedure, waarbij het beroep dan niet meer betrekking heeft op de aanbesteding als zodanig, maar op het besluit dat de specifieke fase van de procedure regelt of beëindigt. In het hoofdgeding is het het besluit van uitsluiting waardoor verzoekster rechtstreeks is geraakt en die het voorwerp is van haar beroep tot nietigverklaring.

75. In die omstandigheden is het de vraag of en, zo ja, in hoeverre de aanvankelijke onwettigheid van een clausule van een aanbestedingsbericht tot nietigverklaring van het latere besluit kan leiden.

76. In beginsel staat het aan de nationale rechtsorde om het instellen van beroep

22 — Een eventueel gebrek bij de omzetting van de betrokken bepaling van de richtlijn werd althans niet aangevoerd, noch is daarvan anderszins gebleken.

tegen bestuursrechtelijke handelingen te regelen. Wanneer het echter gaat om de waarborging van de werking van het gemeenschapsrecht, moet rekening gehouden worden met de door het Hof in zijn vaste rechtspraak ontwikkelde beginselen. Het gaat daarbij om het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel. Volgens deze beide beginselen die pas in de recentere rechtspraak van het Hof als zodanig worden omschreven [23], mogen de procesregels ter bescherming van de voor de justitiabelen uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende rechten niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden, en mogen zij de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken. [24]

77. Het Hof is blijkens vaste rechtspraak [25] van oordeel dat de nationale rechterlijke instanties op grond van het samenwerkingsbeginsel de rechtsbescherming moeten waarborgen die voor de justitiabelen voortvloeit uit de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht. *„Bij ontbreken van een desbetreffende gemeenschapsregeling* is het een aangelegenheid van de interne rechtsorde [...] om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels te geven voor rechtsvorderingen die ertoe strekken, de rechten te beschermen die de justitiabelen aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht ontlenen." [26]

78. Er moet daarom eerst worden vastgesteld of er een gemeenschapsregeling is die betrekking heeft op de hier relevante omstandigheden. In richtlijn 89/665 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, worden minimumvoorwaarden gesteld waaraan de te verzekeren rechtsbescherming moet voldoen. Artikel 1, lid 1, van de richtlijn schrijft voor dat de lidstaten de nodige maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten doeltreffend en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld, op grond van het feit dat door die besluiten het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten geschonden is. Ingevolge artikel 1, lid 3, dragen de lidstaten er zorg voor dat de beroepsprocedures 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.

79. Een uitgesloten inschrijver behoort dus ongetwijfeld tot de kring van rechtssubjec-

23 — Zie arrest Edis, aangehaald in voetnoot 17, punt 34.

24 — Zie de arresten die worden aangehaald in het arrest Peterbroeck (aangehaald in voetnoot 12, punt 12) alsmede in de opmerkingen van de Italiaanse Republiek, blz. 9.

25 — Zie onder meer arresten van 16 december 1976, Rewe (33/76, Jurispr. blz. 1989, punt 5) en Comet (45/76, Jurispr. blz. 2043, punten 12-16); 27 februari 1980, Just (68/79, Jurispr. blz. 501, punt 25); 9 november 1983, San Giorgio (199/82, Jurispr. blz. 3595, punt 14); 25 februari 1988, Bianco en Girard (331/85, 376/85 en 378/85, Jurispr. blz. 1099, punt 12); 24 maart 1988, Commissie/Italië (104/86, Jurispr. blz. 1799, punt 7); 14 juli 1988, Jeunehomme en EGI (123/87 en 330/87, Jurispr. blz. 4517, punt 17); 19 november 1991, Francovich e.a. (C-6/90 en C-9/90, Jurispr. blz. I-5357, punt 43); 9 juni 1992, Commissie/Spanje (C-96/91, Jurispr. blz. I-3789, punt 12), en Peterbroeck, aangehaald in voetnoot 12, punt 12.

26 — Arrest Peterbroeck, aangehaald in voetnoot 12, punt 12, cursivering van mij.

ten die van het recht om beroep in te stellen gebruik kunnen maken. Daarmee is echter nog niet duidelijk tegen welke besluiten er beroep ingesteld kan of moet worden. De richtlijn bevat geen uitputtende opsomming van de besluiten die aangevochten kunnen worden. Artikel 2, lid 1, sub b, bepaalt louter:

„De lidstaten zorgen ervoor dat de maatregelen [...] de benodigde bevoegdheden behelzen om: [...] 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."

80. Ook al was er in het hoofdgeding wellicht sprake van discriminerende economische of financiële specificaties, dan nog moet worden vastgesteld in welk stadium van de aanbestedingsprocedure deze discriminatie moet worden aangevoerd. Het gaat er derhalve om of het besluit van uitsluiting als zodanig een besluit is waartegen beroep in de zin van de richtlijn kan worden ingesteld en of in die procedure eventueel kan worden aangevoerd dat de economische of financiële specificaties discriminerend van aard zijn.

81. Het Hof heeft al in de zaak Alcatel Austria e.a.[27] moeten beslissen of het gunningsbesluit een besluit in de zin van richtlijn 89/665 is. Deze vraag heeft het bevestigend beantwoord. Bij de behandeling van deze vraag heeft het Hof de verschillende stadia van de aanbestedingsprocedure die richtlijn 89/665 noemt, in aanmerking genomen. „Zo maakt richtlijn 89/665 onderscheid tussen de fase vóór het sluiten van de overeenkomst, waarop artikel 2, lid 1, van toepassing is, en de daaropvolgende fase, waarvoor een lidstaat volgens artikel 2, lid 6, tweede alinea, kan bepalen, dat de bevoegdheden van de voor beroepsprocedures verantwoordelijke instantie beperkt blijven tot het toekennen van schadevergoeding aan een ieder die door een schending werd gelaedeerd."[28]

82. Het besluit van uitsluiting ligt logischerwijs — ook al scheelt dit in praktijk, chronologisch gezien, soms maar een seconde — vóór het gunningsbesluit. Bezien vanuit het oogpunt van het verloop van de procedure bestaat er dus geen reden waarom een besluit van uitsluiting niet volledig kan worden getoetst.

83. Gezien het in artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 neergelegde doel, dat de beroepsprocedure althans toegankelijk is voor een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht voor levering, moet er tegen het besluit dat rechtstreeks verband houdt met de verdere deelname of de uitsluiting van de procedure voor de gunning van een

27 — Arrest aangehaald in voetnoot 18.
28 — Ibidem, punt 37.

opdracht, beroep kunnen worden ingesteld. Het besluit van uitsluiting is ook een besluit waarin de aanbestedende dienst de voorwaarden van het aanbestedingsbericht uitlegt en deze autonoom toepast op een gegadigde. Deze geïndividualiseerde toepassing van van tevoren vastgestelde voorwaarden heeft duidelijk een autonome regelgevende inhoud, hetgeen het mogelijk moet maken hiertegen beroep in te stellen. [29]

84. Deze zienswijze wordt bevestigd door de ontstaansgeschiedenis van de richtlijn waarnaar de Commissie in het kader van deze procedure uitdrukkelijk heeft verwezen. [30] De gemeenschappelijke verklaring die uiteindelijk in het proces-verbaal werd opgenomen, luidt in essentie: de Raad en de Commissie verklaren dat in de zin van deze richtlijn iedere persoon die wegens een beweerde schending van deelname aan een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht is uitgesloten, een persoon is die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een overheidsopdracht en die is of zou kunnen worden benadeeld.

85. Gelet zowel op het rechtssubject dat bevoegd is de beroepsprocedure in te leiden als op de aard van besluit waartegen beroep kan worden ingesteld, pleit deze verklaring ervoor om de rechtsbescherming tegen besluiten van aanbestedende diensten ruim op te vatten.

86. Het besluit van uitsluiting moet daarom worden beschouwd als een besluit waartegen beroep mogelijk moet zijn. Voorzover de beroepsprocedure op nationaal niveau op grond van de uitoefening van de bevoegdheden van de lidstaten overeenkomstig artikel 1 van richtlijn 89/665 de vorm van een beroep tot nietigverklaring voor de administratieve rechter aanneemt, moet dat beroep tegen het besluit van uitsluiting ontvankelijk zijn. Dat geen beroep tot nietigverklaring van eerdere handelingen is ingesteld, kan als zodanig niet in de weg staan aan de ontvankelijkheid van een beroep tot nietigverklaring van een besluit van uitsluiting.

87. Het is echter nog de vraag wat de invloed is van het definitieve karakter van een in een eerder stadium van de gunningsprocedure verrichtte bestuursrechtelijke handeling op de gegrondheid van het beroep tegen het besluit van uitsluiting. Het definitieve karakter van het aanbestedingsbericht heeft namelijk inhoudelijk hetzelfde effect als een vervaltermijn, omdat, zoals hierboven al gebleken is [31], de beroepsgronden die aan de onwettigheid van het bericht ontleend worden, als niet-ontvankelijk afgewezen moeten worden.

29 — Zie voor een ruime opvatting van de rechtsbescherming tegen alle besluiten in het kader van een gunningsprocedure, de conclusie van advocaat-generaal Tizzano van 28 juni 2001 in de zaak Hospital Ingenieure (C-92/00, arrest van 18 juni 2002, Jurispr. blz. I-5553, blz. I-5556, punten 21 e.v.); zie impliciet voor het beroep tegen besluiten in het kader van een aanbestedingsprocedure die aan een eerdere besluitvorming voorafgingen, de conclusie van advocaat-generaal Mischo van 10 juni 1999 in de zaak Alcatel Austria e.a., aangehaald in voetnoot 18, punt 46.

30 — Zie hierboven punt 59.

31 — Zie hierboven punt 63.

88. Het Hof heeft al herhaaldelijk de gelegenheid gehad om zich uit te spreken over de ontvankelijkheid van nationale vervaltermijnen waar het gaat om het beroep op het gemeenschapsrecht. [32] In elke zaak heeft het Hof altijd heel strikt de voorwaarden en omstandigheden onderzocht waaronder een beroep op het toepasselijke gemeenschapsrecht was uitgesloten, om in het licht daarvan een oordeel te geven over de ontvankelijkheid c.q. niet-ontvankelijkheid van uitsluitingsbepalingen. Het is dus niet mogelijk de vraag naar de ontvankelijkheid van een vervaltermijn globaal te beantwoorden.

89. In het al herhaaldelijk genoemde arrest Peterbroeck [33], inzake een geding tussen deze vennootschap en de Belgische Staat, ging het over de toepasselijke aanslagvoet uit hoofde van de belasting der niet-verblijfhouders. Het middel dat ontleend was aan de schending van het gemeenschapsrecht werd in het hoofdgeding pas voor het eerst als nieuw bezwaar aangevoerd voor het Hof van Beroep. Volgens de relevante bepalingen van het nationale recht kon de justitiabele voor het Hof van Beroep niet meer een aan het gemeenschapsrecht ontleend nieuw bezwaar opwerpen, wanneer een termijn van zestig dagen na neerlegging, door de directeur van de belastingen, van de eensluidend verklaarde uitgifte van de bestreden beslissing was verstreken. [34]

90. Het Hof was van oordeel dat een aldus aan de justitiabele gestelde termijn van zestig dagen op zich geen aanleiding geeft tot kritiek. [35] Niettemin stelde het Hof dat voor de toepassing van het gelijkwaardigheidsbeginsel en 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, voor de verschillende nationale instanties. In voorkomend geval moet rekening worden gehouden met de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspraak ten grondslag liggen, zoals de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure. [36]

91. Na toetsing van de bijzondere kenmerken van de betrokken procedure kwam het Hof in die zaak tot de conclusie dat het gemeenschapsrecht zich verzet tegen de toepassing van een nationale procesregel die de in het kader van zijn bevoegdheid geadieerde nationale rechter verbiedt ambtshalve de verenigbaarheid te onderzoeken van een handeling van nationaal recht met een gemeenschapsbepaling, wanneer niet binnen een bepaalde termijn door de justitiabele een beroep op laatstbedoelde bepaling is gedaan. [37]

92. In de gevoegde zaken Van Schijndel en Van Veen [38] ging het om de toepasselijk-

32 — Zie bijvoorbeeld arresten Peterbroeck, aangehaald in voetnoot 12; Van Schijndel en Van Veen, aangehaald in voetnoot 10; Edis, aangehaald in voetnoot 17, en Eco Swiss, aangehaald in voetnoot 11.

33 — Aangehaald in voetnoot 12.

34 — Zie punt 15 van het arrest.

35 — Zie punt 16 van het arrest.

36 — Zie punt 14 van het arrest.

37 — Zie punt 21 en het dictum van het arrest.

38 — Arrest aangehaald in voetnoot 10.

heid van de mededingingsregels van primair communautair recht in een geding betreffende de verplichte deelneming in een beroepspensioenfonds. In die zaak was het middel dat aan schending van het gemeenschapsrecht was ontleend, pas in de cassatieprocedure voor de Hoge Raad der Nederlanden aangevoerd. De aard van het rechtsmiddel van cassatie brengt mee dat alleen nieuwe stellingen die van zuiver juridische aard zijn, mogen worden aangevoerd. Eisers hadden echter ter staving van hun cassatiemiddel een beroep gedaan op feiten en omstandigheden die in eerdere instantie niet waren aangevoerd. [39] Voor de verwijzende rechter rees de vraag of hij toch ambtshalve rekening moest houden met het gemeenschapsrecht.

93. Het Hof oordeelde dienaangaande: „Indien de rechter ingevolge het nationale recht verplicht is, ambtshalve de aan een interne regel van dwingende aard ontleende rechtsgronden in het geding te brengen, die niet door partijen zijn aangevoerd, geldt diezelfde verplichting wanneer het dwingende regels van gemeenschapsrecht betreft [...]. Hetzelfde geldt indien het nationale recht de rechter de mogelijkheid geeft, de dwingende rechtsregel ambtshalve toe te passen." [40] In het licht van de toetsing van het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel stelde het Hof dat ieder geval moet „worden onderzocht met inaanmerkingneming van de plaats van die bepaling in de gehele procedure, en van het verloop en de bijzondere kenmerken ervan, voor de verschillende nationale instanties". [41]

94. Het Hof kwam tot de conclusie dat de nationale rechter gehouden is, ambtshalve met dwingende bepalingen van gemeenschapsrecht rekening te houden op dezelfde wijze als dwingende bepalingen van nationaal recht. Dat geldt echter slechts voorzover de rechter niet „de hem passende lijdelijkheid zou moeten verzaken door buiten de rechtsstrijd van partijen te treden". [42]

95. In het arrest Edis [43] ging het om de terugvordering van bedragen die onverschuldigd waren betaald uit hoofde van een vergunningsheffing die in strijd was met het gemeenschapsrecht. Dat de heffing in strijd was met het gemeenschapsrecht, was eerst door een arrest van het Hof aan het licht getreden. [44] De overheid voerde tegen de vordering tot terugbetaling van belanghebbenden een in het belastingrecht geldende vervaltermijn van drie jaar aan. Het Hof stelde vast dat het gemeenschapsrecht er niet aan in de weg staat, dat een lidstaat zich bij vorderingen tot terugbetaling van in strijd met een bepaling van gemeenschapsrecht geheven belastingen beroept op een nationale vervaltermijn van drie jaar, wanneer die vervaltermijn gelijkelijk van toepassing is op vorderingen tot terugbetaling van die belastingen welke op het gemeenschapsrecht zijn gebaseerd, en op vorderingen die op het nationale recht zijn gebaseerd.

96. In het arrest Eco Swiss [45] ging het onder meer over de vraag of een rechter van een

39 — Zie punt 11 van het arrest.

40 — Zie punten 13 en 14 van het arrest.

41 — Zie punt 19 van het arrest.

42 — Zie het dictum van het arrest.

43 — Arrest aangehaald in voetnoot 17.

44 — Arrest van 20 april 1993, Ponente Carni en Cispadana Costruzioni (C-71/91 en C-178/91, Jurispr. blz. I-1915); zie punt 5 van het arrest Edis, aangehaald in voetnoot 17.

45 — Arrest aangehaald in voetnoot 11.

lidstaat een regel van nationaal procesrecht, volgens welke een arbitraal vonnis onder bepaalde voorwaarden gezag van gewijsde krijgt, buiten toepassing moet laten, om de relevante bepalingen van het gemeenschapsrecht op de feiten van de zaak te kunnen toepassen.[46] Het Hof beantwoordde deze vraag ontkennend. Het was van oordeel dat de door het nationale recht gestelde termijn voor de vordering tot vernietiging de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten niet uiterst moeilijk of in de praktijk onmogelijk maakte.[47]

97. Om uit de hierboven uiteengezette rechtspraak conclusies te trekken voor het in casu te beoordelen geval, moet ervan worden uitgegaan dat vervaltermijnen op zich geen aanleiding geven tot kritiek. Net als in de zaak Peterbroeck is een vervaltermijn van zestig dagen als zodanig niet aanvechtbaar. De toepassing van vervaltermijnen bij procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten is bezien vanuit het gemeenschapsrecht op zich ook niet laakbaar. In die zin heb ik mij ook in de conclusie van 8 november 2001 in de zaak Universale-Bau[48] uitgesproken.

98. Toch blijkt uit de hierboven uiteengezette arresten[49] dat bij de toetsing van de verenigbaarheid van vervaltermijnen met het gemeenschapsrecht rekening gehouden moet worden met het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel, alsook met de concrete omstandigheden van de feitelijke en juridische context.[50]

99. Wat het gelijkwaardigheids- en het effectiviteitsbeginsel betreft, is hierboven al uiteengezet[51] dat deze beginselen vooral dan aan de orde zijn wanneer er geen gemeenschapsregelgeving op dat gebied is. Daarom was het voor de vraag of het mogelijk was om een besluit van uitsluiting aan te vechten, nodig richtlijn 89/665 in aanmerking te nemen. Nu gaat het echter om de vraag of bepalingen inzake vervaltermijnen in het kader van de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen geoorloofd zijn. Richtlijn 89/665 bevat op dit punt geen uitdrukkelijke bepaling.[52] Het oordeel of de bepalingen inzake vervaltermijnen geoorloofd zijn, hangt dus in dat opzicht af van de naleving van het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel.

100. Wat het gelijkwaardigheidsbeginsel betreft, moet bij gebreke van andersluidende informatie ervan worden uitgegaan dat de vervaltermijn gelijkelijk betrekking heeft op vorderingen gebaseerd op het nationale recht en op vorderingen gebaseerd op het gemeenschapsrecht.

46 — Ibidem, punt 43.

47 — Ibidem, punt 45.

48 — Arrest van 12 december 2002 (C-470/99, Jurispr. blz. I-11617, blz. I-11620, punt 68).

49 — Zie hierboven punten 89-96.

50 — Zie arresten Peterbroeck, aangehaald in voetnoot 12, punten 12 en 14; Van Schijndel en Van Veen, aangehaald in voetnoot 10, punten 17 en 19, en Edis, aangehaald in voetnoot 17, punt 19.

51 — Zie punten 77 en 78.

52 — Zie de analyse in mijn conclusie in de zaak Universale-Bau, aangehaald in voetnoot 48, punt 69.

101. Het effectiviteitsbeginsel kent als materieel vereiste [53] dat de nationale procedures de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten niet in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken. Mocht bij een aanbesteding een daaraan voorafgaande bestuursrechtelijke handeling in strijd blijken te zijn met het gemeenschapsrecht, dan moet worden aangenomen dat de beroepstermijn van zestig dagen niet in de weg staat aan een effectieve toepassing van het gemeenschapsrecht. Overwegingen van rechtszekerheid en een goed verloop van de procedure pleiten voor deze zienswijze. Daarvoor is nodig dat het gerechtvaardigd vertrouwen van de concurrerende bieders dat de vorige stappen van de procedure volgens de voorschriften zijn verlopen, wordt beschermd.

102. Ook richtlijn 89/665, die maatregelen voorschrijft om „doeltreffend" en „snel" beroep in te stellen tegen besluiten van de aanbestedende diensten [54], biedt a priori geen aanknopingspunt voor kritiek op een beroepstermijn van zestig dagen. Anderzijds is al bij de uiteenzetting van de mogelijkheid van beroep tegen een besluit van uitsluiting erop gewezen dat een later besluit in de loop van een aanbestedingsprocedure een concretisering van een daaraan voorafgaand besluit met autonome regelgevende inhoud kan zijn.

103. Daarom zou het aan de problematiek van de onderhavige zaak geen recht doen als op puur abstracte wijze naar de vervaltermijn zou worden gekeken. De concrete omstandigheden en het verloop van de procedure die aan het beroep tegen het besluit van uitsluiting voorafging, dienen daarentegen ook in aanmerking te worden genomen. De clausule die de oorzaak is van het geding, werd inderdaad samen met het aanbestedingsbericht gepubliceerd. Daardoor is deze ter kennis gebracht van degenen die in de opdracht waren geïnteresseerd. Verzoekster had al in dat stadium bezwaren aangaande de wettigheid van de clausule en zij heeft deze ook aan de aanbestedende dienst medegedeeld.

104. De aanbestedende dienst reageerde op de door verzoekster geuite bezwaren met het uitstellen van de opening van de aanbiedingen en het verzoek aan de hierdoor geraakte ondernemingen om aanvullende documentatie in te zenden, *„waarbij zij aantekende dat de clausule zich wellicht zo liet interpreteren, dat zij betrekking had op de totale omzet van de deelnemende ondernemingen en dat de levering van gelijksoortige producten als de gevraagde producten [...] zou kunnen worden beoordeeld, niet als vereiste voor toelating tot de procedure, maar uitsluitend als criterium voor de puntenwaardering van de kwaliteit".* [55]

105. Daarmee heeft de aanbestedende dienst te kennen gegeven dat hij met het bezwaar van verzoekster rekening zou houden en het vermoeden geschapen dat

53 — Zie de rechtspraak over die vraag, aangehaald in voetnoot 25.

54 — Artikel 1, lid 1, van de richtlijn.

55 — Aldus de letterlijke bewoordingen van de verwijzingsbeschikking die refereert aan proces-verbaal nr. 1 van de aanbestedingscommissie van 12 december 1996.

hij de omstreden clausule in overeenstemming met het gemeenschapsrecht zou toepassen. Pas in de vorm van het besluit van uitsluiting nam hij definitief een standpunt in over de door hem aan de voorwaarden van het aanbestedingsbericht gegeven uitlegging. De aanbestedende dienst gaf daarbij aan de aanbestedingsvoorwaarden een interpretatie waardoor deze — gelet op het gemeenschapsrecht — onwettig leken, althans in de ogen van de nationale rechter bij wie de zaak aanhangig was gemaakt.

106. Van grote betekenis is het feit dat een andere uitlegging van de aanbestedingsvoorwaarden de onwettigheid van de clausule had kunnen verhinderen *en* dat de aanbestedende dienst in eerste instantie de indruk heeft gewekt aldus te werk te zullen gaan.Verzoekster heeft pas definitief duidelijkheid verkregen over de door haar onwettig geachte uitlegging van de voorwaarden van het aanbestedingsbericht door het besluit van uitsluiting. Pas door dit besluit heeft de weliswaar reeds in de aanbestedingsvoorwaarden latent aanwezige onwettigheid concrete vormen aangenomen.

107. Daarom kan ook worden aangevoerd dat verzoekster pas door het besluit van uitsluiting definitief kennis heeft gekregen van de onwettigheid van de aanbestedingsvoorwaarden. Die conclusie zou weer gevolgen kunnen hebben voor het tijdstip van aanvang van de termijn van zestig dagen. De vraag of deze termijn altijd begint te lopen vanaf de publicatie van het aanbestedingsbericht dan wel, in de gegeven omstandigheden, eventueel pas bij kennisneming van de onwettigheid van een bepaalde clausule, is uiteindelijk een vraag die in het kader van de procesregels van de lidstaat moet worden beslist.

108. Gezien de omstandigheden in casu moet in elk geval worden aangenomen dat verzoekster de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten uiterst moeilijk werd gemaakt. Het is daarom onbillijk als zij zich in een gerechtelijke procedure tegen het besluit van uitsluiting niet meer zou kunnen beroepen op de schending van het gemeenschapsrecht die weliswaar besloten lag in de voorwaarden van het aanbestedingsbericht, doch die haar pas heeft benadeeld in de vorm van het besluit van uitsluiting.

109. De Franse regering heeft er weliswaar op gewezen dat verzoekster ter behoud van haar rechten beroep had kunnen instellen tegen de aanbestedingsvoorwaarden, ook al was zij met de aanbestedende dienst in gesprek over de in haar ogen onwettige clausule van het aanbestedingsbericht. Dat kan zo zijn als de aanbestedende dienst niet gereageerd had op de door verzoekster naar voren gebrachte bezwaren. Gelet echter op de wijze waarop deze in eerste instantie op de bezwaren is ingegaan, mocht verzoekster erop vertrouwen dat aan haar verzoek gehoor en eventueel ook gevolg zou worden gegeven. Daarbij moet ook worden bedacht dat verzoekster positieve verwachtingen had wat de gunning van de opdracht betreft en het in die situatie wellicht niet oppor-

tuun was haar toekomstige betrekkingen met de aanbestedende dienst in gevaar te brengen door beroep in te stellen. [56]

110. Het lijkt ook niet in de geest van richtlijn 89/665 te zijn om puur ter behoud van rechten beroep in te stellen. Artikel 1, lid 3, tweede volzin, bepaalt immers: „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." Deze aan de lidstaten verleende mogelijkheid duidt er ook op dat niets eraan in de weg mag staan om voordat beroep wordt ingesteld, tot een minnelijke schikking te komen. Het is in elk geval niet in het belang van de betrokken partijen om de aanbestedende dienst onverhoopt te overvallen met een beroep.

111. Gelet op die gevolgen, rijst de vraag of de termijn van zestig dagen voor het aanvechten van het aanbestedingsbericht niet al was opgeschort. Ook kan men denken aan stuiting van de beroepstermijn door de handelwijze van de aanbestedende dienst, omdat deze eerst duidelijk inging op de door verzoekster geuite bezwaren en niet alleen verzoekster, maar ook andere betrokken inschrijvers om nadere gegevens had verzocht. Omdat het in die concrete situatie voor verzoekster uiterst moeilijk werd gemaakt om zich op de door de communautaire rechtsorde verleende rechten te beroepen, is het in elk geval niet passend om abstract vast te houden aan de termijn van zestig dagen.

112. Het staat aan de verwijzende rechter om alle mogelijkheden van de nationale rechtsorde uitputtend te benutten teneinde de bepalingen van het gemeenschapsrecht op het betrokken geval te kunnen toepassen. Indien een minder ingrijpend middel niet in aanmerking komt, kan de verwijzende rechter verplicht zijn om, zoals door hem reeds uiteen is gezet, gebruik te maken van het instrument van buitentoepassinglating in de zin van artikel 5 van wet nr. 2248 van 20 maart 1865. De verdere rechtsgevolgen die uit een eventuele nietigverklaring van het besluit van uitsluiting voortvloeien, vallen onder de nationale rechtsorde.

113. In de voorgestelde aanpak behoeft niet meer te worden ingegaan op de tweede vraag van de verwijzende rechter, omdat met de op het punt van de rechtsbescherming bestaande belangen van de uitgesloten inschrijver in het belang van de juiste toepassing van het gemeenschapsrecht rekening wordt gehouden wanneer de in het nationale recht beschikbare mogelijkheden uitputtend worden benut.

56 — Zie voor een vergelijkbare situatie de conclusie van advocaat-generaal Mischo van 10 juni 1999 in de zaak Alcatel Austria e.a., aangehaald in voetnoot 29, punt 38.

VII — Conclusie

Gelet op een en ander, geef ik het Hof in overweging de verwijzende rechter als volgt te antwoorden:

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 aldus worden uitgelegd dat, wanneer en voorzover de aanbestedende dienst het door zijn gedrag voor een burger van de Unie die wordt benadeeld door maatregelen die in strijd zijn met het gemeenschapsrecht, onmogelijk of uiterst moeilijk heeft gemaakt om de hem door het gemeenschapsrecht verleende rechten in rechte aan te voeren, de bevoegde rechter verplicht is om een doeltreffend en snel rechtsmiddel tegen elk besluit van de aanbestedende dienst, daaronder begrepen een besluit van uitsluiting van een onderneming, ontvankelijk te verklaren, ongeacht of een daaraanvoorafgaand besluit is aangevochten. Het staat aan de nationale rechter om in het kader van die procedure te beslissen of het nodig is gebruik te maken van het rechtsinstrument van buitentoepassinglating in de zin van artikel 5 van de Italiaanse wet nr. 2248 van 20 maart 1865.