ARREST VAN HET HOF (Zesde kamer)

12 december 2002 *

In zaak C-470/99,

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

Universale-Bau AG,

Bietergemeinschaft: **1) Hinteregger & Söhne Bauges.mbH Salzburg,**
2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH,

en

Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH,

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van artikel 1, sub a, b en c, 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

* Procestaal: Duits.

werken (PB L 199, blz. 54) en van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB L 395, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1),

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

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

advocaat-generaal: S. Alber,
griffier: H. A. Rühl, hoofdadministrateur,

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

— Universale-Bau AG, vertegenwoordigd door M. Neidhart, Direktor der Rechtsabteilung, en J. Mauch, Vorstandsdirektor Ingenieur,

— Bietergemeinschaft 1) Hinteregger & Söhne Bauges.mbH Salzburg, 2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH, vertegenwoordigd door J. Olischar en M. Kratky, Rechtsanwälte,

— Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, vertegenwoordigd door T. Wenger, Rechtsanwalt,

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

— de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door M. Fierstra als gemachtigde,

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

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de mondelinge opmerkingen van Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, vertegenwoordigd door C. Casati, Rechtsanwalt, van de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door M. Fruhmann als gemachtigde, en van de Commissie, vertegenwoordigd door H. van Lier als gemachtigde, bijgestaan door R. Roniger, ter terechtzitting van 12 september 2001,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 8 november 2001,

het navolgende

Arrest

1 Bij beschikking van 12 november 1999, ingekomen bij het Hof op 7 december daaraanvolgend, heeft de Vergabekontrollsenat des Landes Wien (commissie van toezicht op de aanbestedingen van de deelstaat Wenen) krachtens artikel 234 EG vier prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van artikel 1, sub a, b, en c, van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 199, blz. 54) en van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB L 395, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1; hierna: „richtlijn 89/665").

2 Deze vragen zijn gerezen in een geding tussen enerzijds Universale-Bau AG (hierna: „Universale-Bau") en de combinatie van inschrijvers („Bietergemeinschaft") gevormd door Hinteregger & Söhne Bauges.mbH Salzburg en ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH (hierna: „inschrijverscombinatie"), en anderzijds Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH (hierna: „EBS") betreffende een aanbestedingsprocedure voor de uitvoering van werken.

Toepasselijke bepalingen

Bepalingen van gemeenschapsrecht

3 Blijkens de eerste en tweede overweging van de considerans van richtlijn 89/665 maakten de voorzieningen die op het tijdstip van vaststelling daarvan zowel op nationaal als op gemeenschapsniveau bestonden om de daadwerkelijke naleving van de communautaire richtlijnen inzake overheidsopdrachten te waarborgen, het niet altijd mogelijk te waken over de naleving van de communautaire voorschriften, in het bijzonder in een stadium waarin de schendingen nog ongedaan konden worden gemaakt.

4 Volgens de derde overweging van de considerans van deze richtlijn „[vereist] de openstelling van aanbestedingen voor mededinging uit de gehele Gemeenschap een aanzienlijke uitbreiding van de garanties inzake doorzichtigheid en non-discriminatie en [...], wil deze openstelling tot concrete resultaten leiden, [het bestaan van] doeltreffende en snelle beroepsprocedures [...] ingeval van schending van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of van nationale voorschriften waarin dit recht is omgezet".

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

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

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

[...]

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

6 Blijkens de eerste overweging van de considerans van richtlijn 93/37 was om redenen van een rationele ordening van de tekst en om redenen van duidelijkheid een codificatie noodzakelijk van richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 185, blz. 5), zoals nadien gewijzigd.

7 Volgens de tweede overweging van de considerans van richtlijn 93/37 moeten „bij de gelijktijdige verwezenlijking van de vrijheid van vestiging en van het vrij verrichten van diensten op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken in de lidstaten voor rekening van de staat, van de territoriale en van de andere publiekrechtelijke instellingen, niet alleen de beperkingen worden opgeheven, maar [moeten] tevens de nationale procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken worden gecoördineerd".

8 De tiende overweging van de considerans van richtlijn 93/37 preciseert dat „het, voor de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten, noodzakelijk is dat de door de aanbestedende diensten van de lidstaten opgestelde aankondigingen van opdrachten op communautair niveau bekend worden gemaakt; dat het doel van de in deze aankondigingen gegeven inlichtingen is, de aannemers van de Gemeenschap in staat te stellen uit te maken of de voorgenomen opdrachten voor hen van belang zijn; dat zij te dien einde voldoende dienen te worden ingelicht over de te leveren prestaties en de bijbehorende voorwaarden; dat in het bijzonder in de niet-openbare procedures de bekendmaking ten doel heeft aan de aannemers van de lidstaten de mogelijkheid te verschaffen hun belangstelling voor deze opdrachten te tonen, door de aanbestedende diensten te verzoeken hen uit te nodigen voor een inschrijving onder de vereiste voorwaarden".

9 Voorts moeten blijkens de elfde overweging van de considerans van richtlijn 93/37 „de nadere inlichtingen betreffende de opdracht, zoals in de lidstaten gebruikelijk is, in het bestek voor elke opdracht of in een gelijkwaardig document zijn opgenomen".

10 Artikel 1, sub a, b, en c, van richtlijn 93/37 bepaalt:

„In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder

a) ‚overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken': schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die zijn gesloten tussen een aannemer, enerzijds, en een onder b) omschreven aanbestedende dienst, anderzijds, en die betrekking hebben op de uitvoering dan wel het ontwerp alsmede de uitvoering van werken in het kader van een van de in bijlage II vermelde of onder c) bepaalde werkzaamheden, dan wel op het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet;

b) ‚aanbestedende diensten': de staat, zijn territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen.

Onder ‚publiekrechtelijke instelling' wordt verstaan, iedere instelling die:

— is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard,

en

— rechtspersoonlijkheid heeft,

en

— waarvan of wel de activiteiten in hoofdzaak door de staat, de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, of wel het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatsten, of wel de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

[...]

c) ‚werk': het product van bouw- dan wel wegenbouwkundige werken in hun geheel dat er toe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen."

11 Artikel 7, lid 2, van richtlijn 93/37 luidt als volgt:

„De aanbestedende diensten kunnen in de volgende gevallen opdrachten voor de uitvoering van werken plaatsen volgens een procedure van gunning via onderhandelingen, na voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving en selectie van de gegadigden overeenkomstig openbaar gemaakte kwalitatieve criteria:

[...]"

12 Artikel 13 van richtlijn 93/37 dat van toepassing is op niet-openbare procedures en op procedures van gunning via onderhandelingen, bepaalt in lid 2, sub e:

„De aanbestedende diensten nodigen de daartoe uitgekozen gegadigden gelijktijdig en schriftelijk tot inschrijving uit. Bij de uitnodigingsbrief moeten het bestek en de aanvullende stukken worden ingesloten. De brief bevat ten minste:

[...]

e) de gunningscriteria, indien deze niet in de aankondiging zijn vermeld."

13 Artikel 30, leden 1 en 2, van richtlijn 93/37 bepaalt:

„1. De criteria aan de hand waarvan de aanbestedende dienst een opdracht gunt, zijn

a) hetzij alleen de laagste prijs;

b) hetzij, indien de gunning aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbieding plaatsvindt, verschillende criteria die variëren naar gelang van de aard van de opdracht, zoals de prijs, de termijn voor uitvoering, de gebruikskosten, de rentabiliteit, de technische waarde.

2. In het geval van lid 1, onder b), vermeldt de aanbestedende dienst in het bestek of in de aankondiging van de opdracht alle gunningscriteria die hij voornemens is te hanteren, zo mogelijk in afnemende volgorde van het belang dat eraan wordt gehecht."

Bepalingen van nationaal recht

14 Het Wiener Landesvergabegesetz (wet van de deelstaat Wenen inzake de gunning van overheidsopdrachten, LBGl. nr. 36/1995, hierna: „WLVergG"), bepaalt in § 48, lid 2:

„De opdracht moet worden gegund aan de inschrijving die gelet op de in de aankondiging van de opdracht vermelde criteria uit technisch en economisch oogpunt het gunstigste is [...]"

15 § 96 WLVergG, met de aanhef „Voorafgaande procedure" bepaalt in leden 1 en 2:

„1. Indien een aannemer van mening is, dat een vóór de gunning door de aanbestedende dienst genomen besluit in strijd is met deze wet en dat hij daardoor schade heeft geleden of dreigt te lijden, dient hij de aanbestedende dienst daarvan schriftelijk in kennis te stellen met opgave van redenen en onder vermelding van zijn voornemen een beroepsprocedure in te leiden.

2. De aanbestedende dienst dient na ontvangst van de in lid 1 bedoelde kennisgeving ofwel onverwijld de gestelde onrechtmatigheid te herstellen en de aannemers daarvan in kennis te stellen, ofwel de aannemer die de klacht heeft ingediend, schriftelijk mede te delen, waarom zijns inziens geen sprake is van een gestelde onrechtmatigheid."

16 § 97 WLVergG, met de aanhef „Verzoekschrift en beroep", luidt als volgt:

„1. Een verzoekschrift tot inleiding van een beroepsprocedure vóór de gunning is slechts ontvankelijk indien de aannemer de aanbestedende dienst aantoonbaar van de gestelde onrechtmatigheid en van zijn voornemen een beroepsprocedure in te leiden in kennis heeft gesteld (§ 96, lid 1) en de aanbestedende dienst hem niet binnen twee weken heeft medegedeeld, dat de onrechtmatigheid is hersteld.

2. Een beroepsprocedure kan worden ingeleid:

1) door een aannemer die stelt een commercieel belang te hebben bij het plaatsen van een opdracht voor leveringen of de uitvoering van werken, van opdrachten via concessieovereenkomsten voor openbare werken, of van een opdracht voor het verrichten van diensten, dan wel een opdracht op het gebied van de water- en energievoorziening of in de sectoren vervoer en telecommunicatie, voorzover het een van de nietigheidsgronden van § 101 betreft;

2) door een inschrijver die stelt dat de aanbesteding ondanks het ontbreken van uitsluitingsgronden in de zin van § 47, in strijd met § 48, lid 2, niet aan hem werd gegund.

3. Een verzoekschrift overeenkomstig lid 2 dient te bevatten:

1) de exacte aanduiding van de betrokken aanbestedingsprocedure en van het bestreden besluit;

2) de exacte aanduiding van de aanbestedende dienst;

3) een exacte uiteenzetting van de relevante feiten;

4) gegevens omtrent de gestelde dreigende of reeds geleden schade van de verzoeker;

5) de gronden waarop de gestelde onregelmatigheid wordt gebaseerd;

6) een concrete vordering tot nietigverklaring of wijziging;

7) in de in lid 1 bedoelde gevallen, het bewijs dat de aanbestedende dienst conform de voorafgaande procedure van § 96 van de gestelde onrechtmatigheid en het voornemen een beroepsprocedure in te leiden in kennis is gesteld, alsmede een aanwijzing, dat de aanbestedende dienst de onrechtmatigheid niet binnen de termijn heeft hersteld.

4. Het inleiden van een beroepsprocedure heeft geen schorsende werking ten aanzien van de betrokken aanbestedingsprocedure.

[...]"

17 Voorts bepaalt § 98 WLVergG met het opschrift „Termijnen":

„Verzoekschriften tot inleiding van een beroepsprocedure wegens de ondervermelde onrechtmatigheden moeten binnen de onderstaande termijnen bij de Vergabekontrollsenat worden ingediend:

1) Met betrekking tot afgewezen aanvragen tot deelname: uiterlijk twee weken en in het in § 52 bedoelde geval uiterlijk drie dagen na kennisgeving van de afwijzing.

2) Met betrekking tot bepalingen in de openbare aankondiging waarin de aannemers worden uitgenodigd tot deelname aan een niet-openbare procedure of aan een procedure van gunning via onderhandeling, of met betrekking tot de aanbestedingsvoorwaarden: uiterlijk twee weken en in het in § 52 bedoelde geval uiterlijk een week vóór het verstrijken van de inzend- c.q. inschrijvingstermijn.

3) Wanneer de opdracht reeds is gegund: uiterlijk twee weken na de bekendmaking van de gunning in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen en ingeval publicatie uitblijft uiterlijk zes maanden na de gunning.

[...]"

Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

18 Blijkens de verwijzingsbeschikking kondigde EBS een aanbesteding aan betreffende de gunning in het kader van een niet-openbare procedure van een opdracht voor de uitvoering van werken (terrasseringswerkzaamheden, ruw- en afbouw) ter realisering van de tweede fase biologische zuivering van de hoofdzuiveringsinstallatie te Wenen.

19 De aankondiging werd bekendgemaakt in het *Amtsblatt der Stadt Wien* van 17 maart 1999. Onder de rubriek „Gunningscriteria" werd daarin vermeld dat de opdracht zou worden gegund aan de economisch voordeligste inschrijving volgens de in de aankondiging vermelde criteria.

20 In de toelichtingen betreffende de aanvragen tot deelname aan de procedure omschreef EBS de voor de rangschikking van deze aanvragen vastgestelde criteria als volgt:

„Bij de rangschikking van de aanvragen tot deelname zullen de technische capaciteiten van de gegadigden, de afzonderlijke leden van een inschrijverscombinatie en de opgegeven onderaannemers in de loop van de laatste vijf jaar in aanmerking worden genomen.

De vijf best gerangschikte gegadigden worden uitgenodigd tot inschrijving.

De beoordeling van de ingediende dossiers vindt plaats volgens een scoring-procedure.

Hiertoe zullen de volgende bouwactiviteiten worden beoordeeld:

1. waterzuiveringsinstallaties,

2. voorgespannen bouwelementen,

3. groot oppervlak funderingen met grindkolommen,

4. bodemverdichting door trilling,

5. hoge druk bodeminjectie met beton."

21 In die toelichtingen preciseerde EBS voor de gegadigden tevens dat de vereiste informatie volgens een bij een notaris gedeponeerde scoringprocedure zou worden beoordeeld; zij heeft inderdaad op 9 april 1999, dat wil zeggen vóór ontvangst van de eerste aanvraag tot deelname, de modaliteiten van deze procedure bij een notaris gedeponeerd.

22 Universale-Bau en de inschrijverscombinatie (hierna gezamenlijk: „verzoeksters in het hoofdgeding") hebben hun interesse kenbaar gemaakt voor deelname aan de niet-openbare procedure, zonder eerst een beroepsprocedure met betrekking tot de voorwaarden of de opzet van de aanbesteding in te stellen. Na de mededeling van EBS bij brief van 7 juli 1999, dat zij niet tot de vijf best gerangschikte gegadigden behoorden en derhalve niet tot inschrijving zouden worden uitgenodigd, maakten zij bij de Vergabekontrollsenat bezwaar tegen de aanbestedingsprocedure.

23 In het op 3 augustus 1999 ingestelde beroep verzoekt Universale-Bau de Vergabekontrollsenat primair vast te stellen dat het besluit van de aanbestedende dienst om de opdracht volgens een niet-openbare procedure te gunnen onwettig en nietig is; subsidiair, dat de beperking van het aantal tot inschrijving uitgenodigde ondernemingen tot de vijf best gekwalificeerde gegadigden onwettig en nietig is; meer subsidiair, dat de toegepaste scoringprocedure niet voldoet aan de beginselen van transparantie en controleerbaarheid en dat het besluit van de aanbestedende dienst ten aanzien van de rangschikking van de aanvragen tot deelname derhalve onwettig en nietig is; nog meer subsidiair, ten slotte dat de aanvragers bij een juiste toepassing van de scoringprocedure tot de beste vijf gegadigden behoren en dat de rangschikking van de aanbestedende dienst dus onwettig en nietig is.

24 In haar beroep van 20 september 1999 vorderde de inschrijverscombinatie het besluit om haar niet tot de vijf best gerangschikte gegadigden te rekenen onwettig te verklaren, en subsidiair de niet-openbare procedure onwettig te verklaren.

25 Verzoeksters in het hoofdgeding verzochten voorts om EBS bij wege van voorlopige maatregel verbod op te leggen om tot gunning over te gaan.

26 In de verwijzingsbeschikking beklemtoont de Vergabekontrollsenat enerzijds dat hij krachtens de WLVergG bevoegd is om uitspraak te doen over beroepen inzake

procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, de uitvoering van werken en dienstverrichtingen, en anderzijds dat hij krachtens § 6, lid 1, van het Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz van 1991 (wetboek voor de administratieve procedure, BGBl. nr. 1991/51), in de versie van BGBl. I nr. 1998/158 (hierna: „AVG") ambtshalve zijn bevoegdheid moet onderzoeken. Hij voegt daaraan toe dat partijen volgens § 6, lid 2, AVG niet in onderlinge overeenstemming een instantie bevoegd kunnen achten of haar bevoegdheid kunnen wijzigen, en dat de omstandigheid dat EBS bij haar verkenning van de kring van gegadigden van de toepasselijkheid van het WLVergG is uitgegaan, derhalve niet volstaat om de Landesvergabekontrollsenat bevoegd te achten.

27 Om vast te stellen of hij bevoegd is moet de Vergabekontrollsenat derhalve om te beginnen nagaan of EBS een aanbestedende dienst is in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 93/37.

28 De Vergabekontrollsenat herinnert eraan dat blijkens het arrest van het Hof van 15 januari 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a (C-44/96, Jurispr. blz. I-73, punt 21) een entiteit aan de drie voorwaarden van artikel 1, sub b, tweede alinea, van richtlijn 93/37 moet voldoen om als publiekrechtelijke instelling in de zin van deze bepaling te kunnen worden aangemerkt.

29 Na te hebben vastgesteld dat EBS rechtspersoonlijkheid bezit en dat haar beheer in hoofdzaak aan toezicht door de stad Wenen is onderworpen, dat wil zeggen door een territoriaal lichaam, komt de Vergabekontrollsenat tot de slotsom dat EBS voldoet aan de voorwaarden van artikel 1, sub b, tweede alinea, tweede en derde streepje, van richtlijn 93/37.

30 Wat de voorwaarde van het eerste streepje van deze bepaling betreft, beklemtoont de Vergabekontrollsenat dat EBS blijkens de statuten die bij haar oprichting voor haar golden, op commerciële basis de exploitatie verzekerde van inrichtingen voor de verwijdering van bijzondere afvalstoffen. Hij preciseert dat deze

werkzaamheden niet aan de overheid waren voorbehouden of daaraan waren toegekend en dat uit de statuten niet blijkt dat EBS is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard.

31 Volgens de vaststellingen van de Vergabekontrollsenat deed zich een wezenlijke verandering voor toen EBS werd belast met de exploitatie van de hoofdzuiveringsinstallatie van de stad Wenen. In het bijzonder sloot EBS in 1985 met de stad Wenen een exploitatie-overeenkomst op basis waarvan zij de exploitatie van genoemde installatie op zich nam met personeel dat haar door de stad Wenen ter beschikking was gesteld. Op grond van twee overeenkomsten van 8 en 18 juli 1996 tussen de stad Wenen en EBS verbond de stad Wenen zich ertoe om aan EBS een passende uniforme vergoeding te betalen die een kostendekkende exploitatie moet garanderen. De Vergabekontrollsenat zet in dit verband uiteen dat EBS dit bedrijfsonderdeel niet uit winstoogmerk exploiteert. Het betreft veeleer een door de stad Wenen aan EBS uitbestede activiteit van algemeen belang die volgens het beginsel van kostendekking wordt verricht. De Vergabekontrollsenat komt derhalve tot de slotsom dat deze activiteit van andere dan industriële of commerciële aard is.

32 Volgens de Vergabekontrollsenat is het niet de bedoeling zich aan de toepassing van geldende voorschriften te onttrekken aangezien EBS reeds in 1976 als afvalstoffenverwijderingsbedrijf is opgericht terwijl zij pas op 1 januari 1986 de exploitatie van de hoofdzuiveringsinstallatie op zich heeft genomen. Deze zienswijze vindt steun in dat tijdsverloop en eveneens in de omstandigheid dat de Republiek Oostenrijk destijds nog geen lid van de Europese Unie was en dat EBS hoe dan ook niet onder de toen nog geldende richtlijn 71/305, waarin het begrip „publiekrechtelijke rechtspersonen" werd gebezigd, viel.

33 Voorzover EBS niet reeds vanaf haar oprichting ermee was belast te voldoen aan behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, maar pas na later opgetreden veranderingen in haar activiteitengebied, vraagt de Vergabekontrollsenat zich niettemin af of EBS de voorwaarde van artikel 1, sub b, tweede alinea, eerste streepje, van richtlijn 93/37 vervult.

34 De Vergabekontrollsenat betoogt voorts dat blijkens punt I van de overeenkomst van 8 juli 1996 tussen EBS en de stad Wenen op EBS de verplichting rust de hoofdzuiveringsinstallatie uit te breiden en daartoe op eigen naam en voor eigen rekening de nodige opdrachten te geven. Er worden geen specifieke eisen gesteld aan de wijze van uitvoering van deze verplichting. De punten II en III van de overeenkomst leggen EBS evenwel een daarin nader gespecificeerde wijze van functioneren van deze installatie op, zonder evenwel de concrete vormgeving van het bouwwerk te preciseren.

35 Bovendien blijkt uit een beschikking van de dienst bouwtoezicht van 30 december 1998 dat EBS de vergunning heeft verkregen om op een terrein in eigendom van de stad Wenen te bouwen. In een brief van 8 september 1999 heeft EBS uiteengezet dat de betrokken waterzuiveringsinstallatie op haar naam en voor haar rekening wordt gebouwd, en schrijft zij met name: „De uitbreiding van de zuiveringsinstallatie behoort ons in eigendom toe. Er zal sprake zijn van overdracht van de zuiveringsinstallatie ingeval de voor onbepaalde tijd tussen de stad Wenen en ons gesloten pacht- en exploitatieovereenkomsten worden opgezegd. In dat geval zal de stad Wenen tegen betaling onze zuiveringsinstallatie overnemen. Zij moet ons de dagwaarde van de zuiveringsinstallatie betalen."

36 In die omstandigheden vraagt de Vergabekontrollsenat zich af of de betrokken opdracht in het bij hem aanhangige geding, gelet op de genoemde overeenkomsten tussen EBS en de stad Wenen, die als territoriaal lichaam in ieder geval een aanbestedende dienst is, een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in de zin van artikel 1, sub a, juncto artikel 1, sub c, van richtlijn 93/37 is.

37 Voor het geval dat hij zich bevoegd moet verklaren in het bij hem aanhangige geschil, stelt de Vergabekontrollsenat vervolgens de vraag of de §§ 96 tot en met 98 van de WLVergG, voorzover zij bepalen dat het beroep tegen een aanbestedingsvoorwaarde slechts binnen een bepaalde termijn ontvankelijk is, met richtlijn 89/665 verenigbaar zijn. Hij zet in dit verband uiteen dat wanneer met betrekking tot een bepaalde aanbestedingsvoorwaarde niet of niet tijdig

beroep wordt ingesteld, ten aanzien van het besluit van de aanbestedende dienst niet meer kan worden getoetst of de toegepaste aanbestedingsvoorwaarde in strijd is met het WLVergG of met richtlijn 89/665, en dat deze vraag in het kader van het bij hem aanhangige geschil van belang is aangezien EBS uitdrukkelijk stelt dat het beroep te laat is ingesteld.

38 Ten slotte beklemtoont de Vergabekontrollsenat dat hij in het bij hem aanhangige geschil tevens moet vaststellen of de aanvragen tot deelname van verzoeksters in het hoofdgeding terecht niet in aanmerking zijn genomen na de door de aanbestedende dienst vastgestelde „scoringprocedure", nu de modaliteiten daarvan pas na het verstrijken van de inzendtermijn en de gunning van de opdracht bekend zijn gemaakt. De Vergabekontrollsenat preciseert dat het niet is uitgesloten dat de uitkomsten van deze procedure van wezenlijke invloed waren op het besluit van de aanbestedende dienst.

39 Gelet op een en ander heeft de Vergabekontrollsenat des Landes Wien besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen voor te leggen:

„1) Kan een rechtspersoon die *niet* is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, doch *thans wel* in dergelijke behoeften voorziet, als een aanbestedende dienst in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 93/37/EEG worden aangemerkt?

2) Indien Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH geen aanbestedende dienst is, gaat het bij de voorgenomen realisering van de tweede fase biologische reiniging van de hoofdzuiveringsinstallatie Wenen dan om het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende

dienst vastgestelde eisen voldoet, en dus om een ‚*overheidsopdracht voor de uitvoering van werken*' in de zin van artikel 1, sub a, juncto artikel 1, sub c, van richtlijn 93/37/EEG?

3) Indien de eerste of de tweede vraag bevestigend wordt beantwoord: verzet richtlijn 89/665/EEG zich tegen een nationale regeling die een termijn vaststelt voor het instellen van beroep tegen een concreet besluit van de aanbestedende dienst, zodat bij niet-inachtneming van deze termijn dat besluit in het verdere verloop van de aanbestedingsprocedure niet meer kan worden aangevochten? Moeten de betrokkenen [binnen die termijn] alle bezwaren geldend maken, omdat anders het recht om daartegen op te komen vervalt?

4) Indien de eerste of de tweede vraag bevestigend wordt beantwoord: volstaat het dat de aanbestedende dienst besluit dat de aanvragen tot deelname aan de procedure zullen worden beoordeeld aan de hand van een bij een notaris gedeponeerd toetsingsreglement, of moeten de beoordelingscriteria reeds in de aankondiging respectievelijk de documenten betreffende de aanbesteding worden bekendgemaakt?"

Eerste vraag

40 Met zijn eerste vraag wenst de Vergabekontrollsenat in wezen te vernemen of een entiteit die niet is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, maar die naderhand wel dergelijke behoeftenvoorzieningen op zich heeft genomen die zij sindsdien daadwerkelijk verzorgt, voldoet aan de voorwaarde van artikel 1, sub b, tweede alinea, eerste streepje, van richtlijn 93/37 om als „publiekrechtelijke instelling" in de zin van deze bepaling te worden aangemerkt.

Ontvankelijkheid

41 Vooraf dient te worden opgemerkt dat de Vergabekontrollsenat blijkens de verwijzingsbeschikking duidelijkheid wenst te verkrijgen over de vraag of een entiteit zoals EBS een aanbestedende dienst in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 93/37 is, teneinde vast te stellen of hij bevoegd is om kennis te nemen van de beroepen die verzoeksters in het hoofdgeding tegen een besluit van deze vennootschap hebben ingesteld.

42 Volgens vaste rechtspraak moet de rechtsorde van elke lidstaat de rechterlijke instantie aanwijzen die bevoegd is om kennis te nemen van geschillen betreffende individuele rechten die aan de communautaire rechtsorde zijn ontleend, echter met dien verstande dat de lidstaten gehouden zijn in elk geval een effectieve bescherming van die rechten te verzekeren. Het Hof dient zich evenwel niet in te laten met de beslechting van bevoegdheidsvragen die op het niveau van de nationale rechterlijke organisatie kunnen rijzen bij de kwalificatie van bepaalde op het gemeenschapsrecht gebaseerde rechtssituaties (zie met name arresten van 18 januari 1996, SEIM, C-446/93, Jurispr. 1996, blz. I-73, punt 32, en 17 september 1997, Dorsch Consult, C-54/96, Jurispr. blz. I-4961, punt 40).

43 Dit neemt niet weg dat het Hof bevoegd is de nationale rechter de elementen van gemeenschapsrecht te verschaffen die kunnen bijdragen tot de oplossing van de bevoegdheidsvraag waarvoor hij zich gesteld ziet (zie, met name, arrest SEIM, reeds aangehaald, punt 33, en arrest van 22 oktober 1998, IN. CO. GE.'90 e.a., C-10/97—C-22/97, Jurispr. blz. I-6307, punt 15).

44 Of EBS al dan niet als aanbestedende dienst moet worden aangemerkt, is bovendien beslissend voor de antwoorden op de derde en de vierde prejudiciële vraag, waarvan de ontvankelijkheid buiten discussie staat.

45 De eerste vraag moet dus worden beantwoord.

Ten gronde

46 In het hoofdgeding is onomstreden dat EBS, sinds zij op grond van een in 1985 met de stad Wenen gesloten overeenkomst de exploitatie van de hoofdzuiveringsinstallatie verzorgt, inderdaad voorziet in een behoefte van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard. Derhalve hangt de kwalificatie van EBS als publiekrechtelijke instelling in de zin van artikel 1, sub b, tweede alinea, van richtlijn 93/37 af van het antwoord op de vraag of de in het eerste streepje van deze bepaling genoemde voorwaarde uitsluit dat een entiteit die niet is opgericht met het doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, doch die later, na een wijziging van haar activiteitengebied dergelijke taken op zich heeft genomen, als aanbestedende dienst wordt aangemerkt.

Bij het Hof ingediende opmerkingen

47 EBS betoogt dat zij niet als publiekrechtelijke instelling in de zin van artikel 1, sub b, tweede alinea, van richtlijn 93/37 kan worden aangemerkt, omdat blijkens de bewoordingen van het eerste streepje van deze bepaling het enige beslissende gegeven de opdracht is waarmee zij bij haar oprichting is belast. Dat zij naderhand opdrachten van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard op zich heeft genomen verandert haars inziens niets aan haar status, omdat zij taken van industriële en commerciële aard blijft verrichten.

48 Ook de Commissie betoogt dat EBS niet als aanbestedende dienst in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 93/37 kan worden aangemerkt omdat de wijziging van haar activiteiten niet voortvloeit uit een herziening in die zin van haar statutair doel zoals dat in de statuten is omschreven, noch uit een wettelijke verplichting.

49 Verzoeksters in het hoofdgeding alsmede de Oostenrijkse en de Nederlandse regering betogen daarentegen dat de huidige activiteit van EBS en niet het op het tijdstip van haar oprichting nagestreefde doel in aanmerking moet worden genomen, en stellen dat een andere uitlegging ertoe zou leiden dat een entiteit die de facto aan de door richtlijn 93/37 gegeven definitie van het begrip aanbestedende dienst beantwoordt, zich bij de gunning van een opdracht voor de uitvoering van werken zou kunnen onttrekken aan de naleving van de voorschriften van deze richtlijn. Zij betogen verder dat de functionele uitlegging van het begrip aanbestedende dienst de enige manier is om eventuele frauduleuze handelingen te verhinderen, omdat richtlijn 93/37 anders gemakkelijk zou kunnen worden omzeild door taken van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard niet over te dragen aan een hiertoe nieuw opgerichte entiteit, maar aan een reeds bestaande entiteit die voorheen een ander doel had.

Beantwoording door het Hof

50 Het Hof heeft reeds de gelegenheid gehad om de strekking van het begrip publiekrechtelijke instelling in artikel 1, sub b, tweede alinea, van richtlijn 93/37, met name gelet op de doelstelling van deze richtlijn, te preciseren.

51 Zo heeft het Hof vastgesteld, dat de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten op communautair vlak zijn gecoördineerd om belemmeringen voor het vrije verkeer van diensten en goederen op te heffen en dus om de

belangen te beschermen van in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers die goederen of diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden (zie met name arresten van 3 oktober 2000, University of Cambridge, C-380/98, Jurispr. blz. I-8035, punt 16 en 1 februari 2001, Commissie/Frankrijk, C-237/99, Jurispr. blz. I-939, punt 41).

52 Het Hof heeft hieruit afgeleid dat richtlijn 93/37 ertoe strekt, zowel het risico uit te sluiten dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van opdrachten de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden, als de mogelijkheid dat een door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen gefinancierde of gecontroleerde instelling zich door andere dan economische overwegingen laat leiden (zie met name de reeds aangehaalde arresten University of Cambridge, punt 17, en Commissie/Frankrijk, punt 42).

53 Het Hof heeft dus geoordeeld dat het begrip publiekrechtelijke instelling in artikel 1, sub b, tweede alinea, van richtlijn 93/37, gelet op voormelde doelstellingen, een functionele uitlegging moet krijgen (zie met name arrest Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald, punt 43).

54 In punt 26 van het arrest Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., reeds aangehaald, heeft het Hof met betrekking tot de kwalificatie van een entiteit die was opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemene belang andere dan die van industriële of commerciële aard, doch die tevens commerciële activiteiten uitoefende, aldus vastgesteld dat de in artikel 1, sub b, tweede alinea, eerste streepje, van richtlijn 93/37 gestelde voorwaarde niet inhoudt dat de betrokken entiteit uitsluitend de voorziening in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard tot taak zou mogen hebben.

55 Blijkens punt 25 van het arrest Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., reeds aangehaald, heeft het Hof in het bijzonder geoordeeld dat het zonder belang is dat de betrokken entiteit vrij is om naast de specifieke taak om in dergelijke

behoeften van algemeen belang te voorzien, andere activiteiten te verrichten, maar heeft daarentegen beslissend geacht dat die entiteit zich blijft kwijten van de taken die haar specifiek zijn opgedragen.

56 Om na te gaan of een entiteit aan de voorwaarde van artikel 1, sub b, tweede alinea, eerste streepje, van richtlijn 93/37 voldoet, moet derhalve worden uitgegaan van de activiteiten die zij daadwerkelijk uitoefent.

57 In dit verband zij erop gewezen dat de nuttige werking van richtlijn 93/37 niet volkomen zou zijn verzekerd indien de toepassing van het stelsel van de richtlijn op een entiteit die voldoet aan de voorwaarden van artikel 1, sub b, tweede alinea, van die richtlijn, zou kunnen worden uitgesloten louter omdat zij niet reeds bij haar oprichting was belast met de taken van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard die zij in de praktijk verricht.

58 Eveneens ter verzekering van de nuttige werking van artikel 1, sub b, tweede alinea, van richtlijn 93/37, mag geen onderscheid worden gemaakt naar gelang dat de statuten van een dergelijke entiteit al dan niet zijn aangepast om ze in overeenstemming te brengen met de daadwerkelijke wijzigingen in haar activiteitengebied.

59 Voorts bevatten de bewoordingen van artikel 1, sub b, tweede alinea, van richtlijn 93/37 geen verwijzing naar de rechtsgrondslag van de activiteiten van de betrokken entiteit.

60 Overigens dient in herinnering te worden gebracht, dat het Hof betreffende de definitie van het begrip publiekrechtelijke instelling in artikel 1, sub b, tweede alinea, van richtlijn 92/50, waarvan de bewoordingen overeenkomen met die van artikel 1, sub b, tweede alinea, van richtlijn 93/37, reeds heeft geoordeeld dat het

al dan niet bestaan van behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard objectief wordt beoordeeld, en dat de rechtsvorm van de bepalingen waarin die behoeften zijn geformuleerd, in dit verband niet van belang is (arrest 10 november 1998, BFI Holding, C-360/96, Jurispr. blz. I-6821, punt 63).

61 In het hoofdgeding is derhalve niet relevant dat de uitbreiding van het activiteitengebied van EBS niet heeft geleid tot een wijziging van haar statuten met betrekking tot haar maatschappelijk doel.

62 Hoewel de voorziening door EBS in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard niet formeel in haar statuten is neergelegd, is zij namelijk wel voorzien in de overeenkomsten tussen EBS en de stad Wenen, zodat zij objectief kan worden vastgesteld.

63 Op de eerste vraag moet dus worden geantwoord, dat een entiteit die niet is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, doch die naderhand wel dergelijke behoeftenvoorziening op zich heeft genomen en die sindsdien daadwerkelijk verzorgt, aan de voorwaarde van artikel 1, sub b, tweede alinea, eerste streepje, van richtlijn 93/37 om als „publiekrechtelijke instelling" in de zin van deze bepaling te worden aangemerkt, voldoet mits objectief kan worden vastgesteld dat zij deze behoeftenvoorziening op zich heeft genomen.

Tweede vraag

64 Gelet op het antwoord op de eerste vraag, behoeft de tweede vraag niet te worden beantwoord, aangezien deze enkel aan het Hof was voorgelegd voor het geval dat de eerste vraag ontkennend zou worden beantwoord.

Derde vraag

65 Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of richtlijn 89/665 zich verzet tegen een nationale regeling die bepaalt dat elk beroep tegen een besluit van de aanbestedende dienst binnen een daartoe gestelde termijn moet worden ingesteld en dat alle tot staving van het beroep aangevoerde bezwaren tegen de aanbestedingsprocedure op straffe van verval van dat recht binnen diezelfde termijn geldend moeten worden gemaakt, zodat bij niet-inachtneming van deze termijn tegen een dergelijk besluit niet meer kan worden opgekomen of een dergelijk bezwaar niet meer geldend kan worden gemaakt.

Bij het Hof ingediende opmerkingen

66 Verzoeksters in het hoofdgeding betogen dat de korte beroepstermijnen van de §§ 97 en 98 WLVergG het de belanghebbenden niet mogelijk maakt de gronden van een negatief besluit van de aanbestedende dienst te controleren en in voorkomend geval schijngronden aan het licht te brengen. Het zou dus praktisch zijn uitgesloten dat een degelijk onderbouwd beroep met een kans van slagen binnen deze termijnen kan worden ingesteld.

67 Universale-Bau voegt daaraan toe dat de gegadigden van andere lidstaten in het algemeen de termijn van twee weken van § 98 WLVergG niet kunnen eerbiedigen, hetgeen in strijd is met de fundamentele beginselen van het gemeenschapsbeleid in de sector overheidsopdrachten, te weten enerzijds de gunning van overheidsopdrachten zonder discriminatie, en anderzijds de toegang van ondernemingen tot een gemeenschappelijke markt met ruime afzetmogelijkheden, waardoor de concurrentiepositie van de Europese ondernemingen wordt verstrekt.

68 EBS brengt daartegen in dat richtlijn 89/665 zelf een snelle en doeltreffende procedure instelt, welke korte termijnen verlangt na afloop waarvan de

aanbestedende diensten ervan uit moeten kunnen gaan dat de procedure voor de gunning van opdrachten kan worden voortgezet. De noodzaak van korte termijnen is in het hoofdgeding juist gebleken.

69 EBS beklemtoont in het bijzonder dat niets verzoeksters in het hoofdgeding belet tijdig hun bezwaren tegen de aanbesteding kenbaar te maken, omdat zij hen er op had gewezen dat zij een „scoringprocedure" zou hanteren voor de selectie van de gegadigden die zouden worden uitgenodigd tot inschrijving, en dat zij het precieze besluitvormingsproces niet bekend zou maken. EBS voegt daaraan toe dat het beroep tegen haar besluit om bepaalde gegadigden tot inschrijving uit te nodigen binnen de kortst mogelijk termijnen moest worden genomen, omdat zij anders de procedure voor gunning van de opdracht niet had kunnen voortzetten. Ten slotte merkt EBS op dat een beroepstermijn van twee weken voor administratieve handelingen de algemene regel is en noemt zij als voorbeeld § 63, lid 5, AVG, dat bepaalt dat binnen een termijn van twee weken tegen elk besluit van een administratieve autoriteit moet worden opgekomen.

70 De Oostenrijkse en de Nederlandse regering alsmede de Commissie betogen in wezen dat richtlijn 89/665 het aan de lidstaten overlaat om de specifieke modaliteiten te regelen die gelden voor beroepen tegen procedures voor het plaatsen van opdrachten. Zij leiden daaruit af dat de lidstaten over een beoordelingsmarge beschikken om de beroepstermijnen vast te stellen, onder de dubbele voorwaarden dat de doelen van die richtlijn niet worden omzeild en dat de fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht worden geëerbiedigd. De Oostenrijkse regering beklemtoont voorts dat de beroepstermijnen die in het hoofdgeding aan de orde zijn, voorkomen dat de procedure voor het plaatsen van opdrachten overdreven lang wordt vertraagd en het risico verminderen dat misbruik wordt gemaakt van de voorafgaande procedure, twee doelen die in overeenstemming zijn met deze richtlijn.

Beantwoording door het Hof

71 Om te beginnen heeft richtlijn 89/665 weliswaar tot doel te garanderen dat er in alle lidstaten doeltreffende beroepsmogelijkheden bestaan ingeval van schending

van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of van nationale voorschriften waarin dit recht is omgezet, opdat een daadwerkelijke naleving van de richtlijnen inzake de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten kan worden gewaarborgd, doch zij bevat geen specifieke bepaling betreffende de termijnen voor de beroepen die zij beoogt in te voeren. Het staat dus aan de nationale rechtsorde van elke lidstaat om deze termijnen vast te stellen.

72 Daar het evenwel om procedurele regels gaat voor beroepen in rechte ter bescherming van de rechten die het gemeenschapsrecht aan de door besluiten van aanbestedende diensten gelaedeerde gegadigden en inschrijvers verleent, mogen zij geen inbreuk maken op de nuttige werking van richtlijn 89/665.

73 Gelet op die doelstelling van deze richtlijn, moet dus worden getoetst of een nationale regeling zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, geen inbreuk maakt op de door het gemeenschapsrecht aan particulieren verleende rechten.

74 Er zij aan herinnerd dat richtlijn 89/665, blijkens de eerste en de tweede overweging van de considerans ervan, bedoeld is ter versterking van de zowel op nationaal als op gemeenschapsniveau bestaande voorzieningen die de doeltreffende toepassing van de richtlijnen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten moeten waarborgen, in het bijzonder in een stadium waarin de schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt. Daartoe verplicht artikel 1, lid 1, van deze richtlijn de lidstaten te waarborgen dat tegen de door de aanbestedende diensten genomen onwettige besluiten doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld.

75 De volledige verwezenlijking van het doel van richtlijn 89/665 zou in gevaar worden gebracht indien het de gegadigden en inschrijvers vrij zou staan op ieder moment van de aanbestedingsprocedure inbreuken op de regels voor het plaatsen van opdrachten op te werpen, waardoor de aanbestedende dienst verplicht zou worden om de volledige procedure opnieuw te beginnen om deze inbreuken te herstellen.

76 Voorts voldoet de vaststelling van redelijke vervaltermijnen in beginsel aan het effectiviteitsvereiste van richtlijn 89/665, aangezien dit een toepassing van het fundamentele rechtszekerheidsbeginsel vormt (zie naar analogie met betrekking tot het gemeenschapsrechtelijk effectiviteitsbeginsel, arresten van 10 juli 1997, Palmisani, C-261/95, Jurispr. blz. I-4025, punt 28, en 16 mei 2000, Preston e.a., C-78/98, Jurispr. blz. I-3201, punt 33).

77 Gelet op wat voorafgaat, moet worden vastgesteld enerzijds dat de termijnen zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn, redelijk voorkomen, zowel uit het oogpunt van de doelen van richtlijn 89/665 zoals omschreven in punt 74 van het onderhavige arrest, als uit dat van het rechtszekerheidsbeginsel.

78 Anderzijds lijdt het geen twijfel dat sancties zoals het verval van recht waarborgen dat de onwettige besluiten van de aanbestedende diensten zodra de belanghebbenden daarvan kennis krijgen, zo snel mogelijk worden aangevochten en hersteld, eveneens in overeenstemming met de doelen van richtlijn 89/665 en met het rechtszekerheidsbeginsel.

79 Derhalve moet op de derde vraag worden geantwoord dat richtlijn 89/665 zich niet verzet tegen een nationale regeling die bepaalt dat tegen een besluit van de aanbestedende dienst binnen een daartoe gestelde termijn beroep moet worden ingesteld en dat elke tot staving van het beroep aangevoerde onregelmatigheid van de aanbestedingsprocedure op straffe van verval van dit recht binnen diezelfde termijn moet worden opgeworpen, zodat het na het verstrijken van deze termijn niet langer mogelijk is tegen een dergelijk besluit op te komen of een dergelijke onregelmatigheid op te werpen, mits de betrokken termijn redelijk is.

Vierde vraag

80 Met zijn vierde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of richtlijn 93/37 zich ertegen verzet dat de aanbestedende dienst in het kader van een niet-openbare procedure volgens beoordelingsmodaliteiten die niet in de aankondiging van de opdracht of in de stukken betreffende de aanbesteding zijn vermeld, de gegadigden selecteert die tot inschrijving zullen worden uitgenodigd, ofschoon stukken waarin deze modaliteiten zijn gepreciseerd, bij een notaris zijn neergelegd.

Bij het Hof ingediende opmerkingen

81 Verzoeksters in het hoofdgeding betogen dat de door EBS gevolgde procedure die erin bestond dat aan de gegadigden noch de modaliteiten van de aangekondigde „scoringprocedure" noch het belang dat werd toegekend aan de verschillende criteria voor de rangorde van de aanvragen tot deelname bekend werden gemaakt, onverenigbaar is met beginselen van transparantie en objectiviteit. Zij voegen daaraan toe dat het respectievelijke belang van de verschillende criteria voor de rangorde in ieder geval uit de aankondiging van de opdracht moet blijken, om alle willekeur in het besluit van de aanbestedende dienst uit te sluiten en de gegadigden in staat te stellen de wettigheid daarvan te controleren en hun beroepsrecht uit te oefenen.

82 EBS en de Oostenrijkse regering stellen daarentegen dat een procedure zoals het bij een notaris neerleggen van stukken waarin de beoordelingsmodaliteiten van de gegadigden zijn gepreciseerd, voldoende waarborgen biedt voor de eerbiediging van de beginselen van non-discriminatie en objectiviteit. Zij zijn van mening dat de aanbestedende dienst op grond van deze beginselen weliswaar vooraf de procedure moet vaststellen voor de keuze van de gegadigden en dat deze selectiemethode naderhand niet meer kan worden gewijzigd, doch dat zij de aanbestedende diensten niet verplichten om de precieze modaliteiten voor de beoordeling van de gegadigden openbaar te maken.

83 EBS beklemtoont dat zij in het hoofdgeding de voornaamste criteria voor de rangorde van de aanvragen tot deelname in volgorde van hun belang heeft genoemd, en dat zij juist om de eerlijke en gelijkwaardige mededinging te bevorderen niet vooraf de precieze modaliteiten voor de beoordeling van de gegadigden bekend heeft gemaakt. EBS zocht immers de vijf bouwondernemingen die objectief de beste zijn voor de betrokken opdracht voor de uitvoering van werken, en niet ondernemingen die hun offertes aanpassen aan de opvattingen van de aanbestedende dienst, zoals die doorgaans kunnen worden afgeleid uit de keuze van de beoordelingsmodaliteiten.

Beantwoording door het Hof

84 Vooraf zij beklemtoond dat in het hoofdgeding onomstreden is dat EBS van meet af aan de waarde heeft vastgesteld die aan elk van de door haar te hanteren selectiecriteria zou worden toegekend, doch dat zij hierover geen enkele inlichting heeft verschaft in de aankondiging van de opdracht, en zich ertoe heeft beperkt de stukken betreffende de „scoringprocedure" bij een notaris neer te leggen.

85 Aldus blijkt dat de verwijzende rechter in deze zaak niet wenst te vernemen of een aanbestedende dienst krachtens het gemeenschapsrecht gehouden is reeds vóór de aankondiging van de opdracht de afwegingregels vast te stellen voor de selectiecriteria die hij voornemens is te hanteren, maar dat hij het Hof enkel een vraag stelt over de naleving van de vereisten van bekendmaking van richtlijn 93/37 in het geval dat de aanbestedende dienst vooraf dergelijke regels heeft vastgesteld.

86 De vierde vraag strekt er dus toe te vernemen of richtlijn 93/37 aldus moet worden uitgelegd, dat indien de aanbestedende dienst in het kader van een

niet-openbare procedure vooraf afwegingsregels heeft vastgesteld voor de criteria voor selectie van de gegadigden die tot inschrijving zullen worden uitgenodigd, deze dienst die regels in de aankondiging van de opdracht of de stukken betreffende de aanbesteding moet vermelden.

87 Voor de beantwoording van de aldus geherformuleerde vraag moet meteen worden vastgesteld, dat richtlijn 93/37 geen enkele specifieke bepaling bevat inzake de voorafgaande bekendmaking van de criteria voor de selectie van de gegadigden die in het kader van een niet-openbare procedure tot inschrijving zullen worden uitgenodigd.

88 Blijkens het opschrift en de tweede overweging van de considerans van richtlijn 93/37 heeft deze immers louter de coördinatie van de nationale procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken tot doel, en voorziet zij dus niet in een uitputtende gemeenschapsregeling terzake (zie met name arrest van 27 november 2001, Lombardini en Mantovani, C-285/99 en C-286/99, Jurispr. blz. I-9233, punt 33).

89 Zoals blijkt uit de aanhef en de tweede en de tiende overweging van de considerans, beoogt richtlijn 93/37 niettemin de beperkingen van de vrijheid van vestiging en van dienstverrichting op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken op te heffen teneinde deze opdrachten voor daadwerkelijke mededinging onder de aannemers van de lidstaten open te stellen (zie met name arrest Lombardini en Mantovani, reeds aangehaald, punt 34).

90 Zoals het Hof reeds heeft beklemtoond ten aanzien van richtlijn 71/305, die zoals in punt 6 van het onderhavige arrest is opgemerkt bij richtlijn 93/37 is gecodificeerd, moeten de aanbestedende diensten met het oog op dit doel passende bekendheid geven aan de voor elke aanbesteding geldende voorwaarden en criteria (arrest van 20 september 1988, Beentjes, 31/87, Jurispr. blz. 4635, punt 21).

91 Het beginsel van gelijkheid van behandeling, dat de basis van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vormt, verplicht immers tot transparantie, opdat de naleving ervan zou kunnen worden gecontroleerd (zie met name arresten van 7 december 2000, Telaustria en Telefonadress, C-324/98, Jurispr. blz. I-10745, punt 61, en 18 juni 2002, HI, C-92/00, Jurispr. blz. I-5553, punt 45).

92 Deze op de aanbestedende dienst rustende verplichting tot transparantie houdt in, dat aan elke potentiële inschrijver passende bekendmaking wordt gegarandeerd, zodat de dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst (zie arrest Telaustria en Telefonadress, reeds aangehaald, punt 62).

93 Daaruit volgt dat de procedure voor de gunning van een overheidsopdracht in alle fasen, en met name in de fase van de selectie van de gegadigden in een niet-openbare procedure, in overeenstemming dient te zijn met zowel het beginsel van gelijke behandeling van de potentiële inschrijvers als met het beginsel van transparantie, opdat allen bij het formuleren van hun aanvraag tot deelname of hun aanbieding dezelfde kansen hebben (zie in die zin, met betrekking tot de fase van de vergelijking van aanbiedingen, arrest van 25 april 1996, Commissie/België, C-87/94, Jurispr. blz. I-2043, punt 54).

94 Het is in dit perspectief dat richtlijn 93/37 overeenkomstig de tiende en de elfde overweging van de considerans ervan, vereisten inzake bekendmaking oplegt ten aanzien van de criteria zowel voor de selectie van de gegadigden als voor de gunning van de opdracht.

95 Betreffende enerzijds de selectiecriteria, vereist artikel 7, lid 2, van richtlijn 93/37, wat de procedure van gunning via onderhandelingen betreft, dat de gegadigden overeenkomstig openbaar gemaakte kwalitatieve criteria worden geselecteerd.

96 Betreffende anderzijds de gunningscriteria, bepaalt artikel 13, lid 2, sub e, van richtlijn 93/37, dat zowel voor procedures van gunning via onderhandelingen als voor niet-openbare procedures geldt, dat deze criteria deel uitmaken van de minimale gegevens die in de uitnodigingsbrief tot inschrijving moeten worden vermeld indien zij niet reeds in de aankondiging van de opdracht zijn opgenomen.

97 Wanneer de opdracht aan de economisch voordeligste offerte wordt gegund, verplicht voorts artikel 30, lid 2, van richtlijn 93/37, dat geldt voor de openbare procedure, de niet-openbare procedure en de procedure van gunning via onderhandelingen, de aanbestedende dienst om bij alle soorten procedures in het bestek of in de aankondiging van de opdracht alle gunningscriteria te vermelden die hij voornemens is te hanteren, zo mogelijk in afnemende volgorde van het belang dat eraan wordt gehecht. Blijkens dit artikel kan de aanbestedende dienst, wanneer hij een rangorde maakt naar volgorde van belang van de gunningscriteria die hij voornemens is te hanteren, zich niet beperken tot de loutere vermelding van die criteria in het bestek of in de aankondiging van de opdracht, maar moet hij bovendien de rangorde die hij heeft gekozen aan de inschrijvers meedelen.

98 Zoals het Hof immers heeft beklemtoond ten aanzien van artikel 27, lid 2, van richtlijn 90/531/EEG van de Raad van 17 september 1990 betreffende de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 297, blz. 1), dat in wezen overeenkomt met artikel 30, lid 2, van richtlijn 93/37, is de aldus aan de aanbestedende diensten opgelegde verplichting er juist op gericht om alle potentiële inschrijvers vóór de voorbereiding van hun offertes in kennis te stellen van de gunningscriteria waaraan die offertes moeten voldoen alsmede van het relatieve belang van deze criteria, om aldus de eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers en van het beginsel van transparantie te waarborgen (zie arrest Commissie/België, reeds aangehaald, punten 88 en 89).

99 Aldus blijkt, dat de uitlegging volgens welke de aanbestedende dienst, wanneer hij, in het kader van een niet-openbare procedure, reeds vóór de bekendmaking

van de aankondiging van de opdracht afwegingsregels heeft vastgesteld voor de selectiecriteria die hij voornemens is te hanteren, gehouden is de gegadigden daarvan vooraf in kennis te stellen, de enige is die in overeenstemming is met het doel van richtlijn 93/37 zoals gepreciseerd in de punten 89 tot en met 92 van het onderhavige arrest, aangezien alleen deze uitlegging geschikt is om een afdoend niveau van transparantie, en bijgevolg de eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling, te waarborgen in de aanbestedingsprocedures voor de opdrachten waarop deze richtlijn van toepassing is.

100 Bijgevolg moet op de vierde vraag worden geantwoord, dat richtlijn 93/37 aldus moet worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst, wanneer hij in het kader van een niet-openbare procedure vooraf afwegingsregels heeft vastgesteld voor de criteria voor de selectie van de gegadigden die tot inschrijving zullen worden uitgenodigd, deze in de aankondiging van de opdracht of in de stukken betreffende de aanbesteding moet vermelden.

Kosten

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

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

uitspraak doende op de door de Vergabekontrollsenat des Landes Wien bij beschikking van 12 november 1999 gestelde vragen, verklaart voor recht:

1) Een entiteit die niet is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, doch die naderhand wel dergelijke behoeftenvoorziening op zich heeft genomen en die sindsdien daadwerkelijk verzorgt, voldoet aan de voorwaarde van artikel 1, sub b, tweede alinea, eerste streepje, 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, om als publiekrechtelijke instelling in de zin van deze bepaling te worden aangemerkt, mits objectief kan worden vastgesteld dat zij deze behoeftenvoorziening op zich heeft genomen.

2) Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, zoals gewijzigd bij richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, verzet zich niet tegen een nationale regeling die bepaalt dat tegen een besluit van de aanbestedende dienst binnen een daartoe gestelde

termijn beroep moet worden ingesteld en dat elke tot staving van het beroep aangevoerde onregelmatigheid van de aanbestedingsprocedure op straffe van verval van dit recht binnen diezelfde termijn moet worden opgeworpen, zodat het na het verstrijken van deze termijn niet langer mogelijk is tegen een dergelijk besluit op te komen of een dergelijke onregelmatigheid op te werpen, mits de betrokken termijn redelijk is.

3) **Richtlijn 93/37 moet aldus worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst, wanneer hij in het kader van een niet-openbare procedure vooraf afwegingsregels heeft vastgesteld voor de criteria voor de selectie van de gegadigden die tot inschrijving zullen worden uitgenodigd, deze in de aankondiging van de opdracht of in de stukken betreffende de aanbesteding moet vermelden.**

Puissochet Schintgen Gulmann

Skouris Macken

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 12 december 2002.

De griffier

R. Grass

De president van de Zesde kamer

J.-P. Puissochet